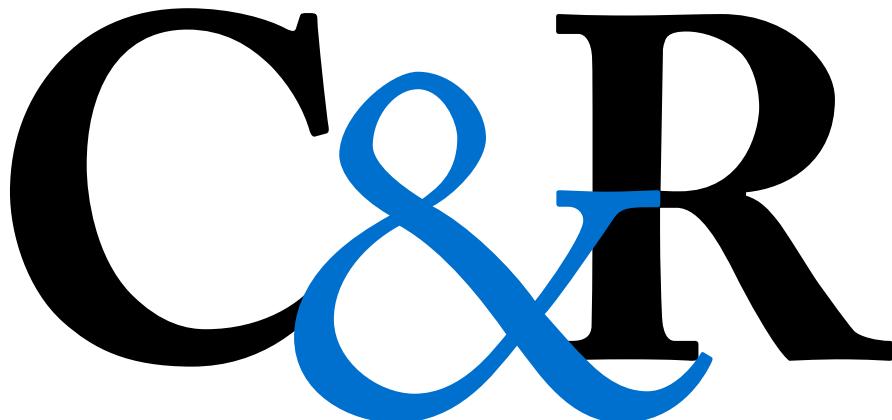


AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA  
INSTITUTO DE DIREITO ECONÓMICO  
FINANCEIRO E FISCAL DA FACULDADE DE DIREITO  
DA UNIVERSIDADE DE LISBOA

PORtUGUESE COMPETITION AUTHORITY  
INSTITUTE OF ECONOMIC, FINANCIAL AND TAX LAW  
OF THE UNIVERSITY OF LISBON LAW SCHOOL



REVISTA  
DE CONCORRÊNCIA  
E REGULAÇÃO  
COMPETITION  
AND REGULATION

ANO/YEAR IX • NÚMERO/No 35  
JULHO/JULY • SETEMBRO/SEPTEMBER 2018  
PERIODICIDADE TRIMESTRAL/QUARTERLY



INSTITUTO  
DE DIREITO  
ECONÓMICO  
FINANCEIRO  
E FISCAL FDL



AUTORIDADE DA  
CONCORRÊNCIA



REVISTA  
DE CONCORRÊNCIA  
E REGULAÇÃO



ANO IX • NÚMERO 35  
JULHO – SETEMBRO 2018

# REVISTA DE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO

*Direção/Editorial Chairs*  
MARIA JOÃO MELÍCIAS • MIGUEL SOUSA FERRO

*Presidência do Conselho Científico/Scientific Council Chairs*  
EDUARDO PAZ FERREIRA • MARGARIDA MATOS ROSA

*Presidência do Conselho de Redação/President of the Executive Editorial Board*  
RICARDO BAYÃO HORTA

*Conselho Consultivo/Advisory Board*  
JOÃO E. GATA • NUNO CUNHA RODRIGUES



INSTITUTO  
DE DIREITO  
ECONÔMICO  
FINANCEIRO  
E FISCAL FDL



AUTORIDADE DA  
**CONCORRÊNCIA**

**REVISTA DE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO**

Ano IX • Número 35

julho – setembro 2018

**DIRETORES**

MARIA JOÃO MELÍCIAS

MIGUEL SOUSA FERRO (Diretor-Adjunto)

**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

**EXECUÇÃO GRÁFICA**

UNDO, L.<sup>DA</sup>

OUTUBRO 2018

N.º DE REGISTO NA ERC

126126

**ESTATUTO EDITORIAL**

[http://www.concorrencia.pt/vPT/Estudos\\_e\\_Publicacoes/Revista\\_CR/Paginas/Revista-CR.aspx](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) seu(s) autor(es).

A C&R tem uma política de acesso livre e gratuito.

Os artigos poderão ser lidos, descarregados, copiados, distribuídos, impressos,  
pesquisados ou utilizados para qualquer propósito legal, sem barreiras financeiras,  
legais ou técnicas. Os autores detêm o controlo da integridade do seu trabalho  
e o direito a ser reconhecidos e citados.

# ÍNDICE

- 9 EDITORIAL**
- 15 DOUTRINA**
- 17 Doutrina geral**
- 19** Bernardo Sarmento / Jorge Padilla – *Another look at the competitive assessment of information exchanges amongst competitors in EU Competition Law*
- 31** Carlos Oliveira Cruz & Joaquim Miranda Sarmento – *A fusão da Estradas de Portugal com a REFER: o caso da integração do operador rodoviário com o operador ferroviário*
- 45** Carlos Pinto de Abreu – *Breves notas sobre segurança da informação, acesso a dados e privacidade*
- 79** Fernando Pereira Ricardo – *As cattivitàes e a autonomia administrativa e financeira das entidades reguladoras independentes (e da AdC em particular)*
- 101** Marta Borges Campos – *Competition Law and the Competition, Regulation and Supervision Court*
- 113** Sérgio Martins P. de Sousa – *Reflexões “soltas” sobre a jurisprudência do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão em matéria de confidencialidade e acesso à prova*
- 123** Sofia Oliveira Pais – *Considerações de lealdade e equidade no direito da concorrência da União: breves reflexões*
- 149 Breves – Dossier comemorativo do 15.º aniversário da Autoridade da Concorrência**
- 151** Abel Mateus – *Portugal precisa de uma política de concorrência mais ativa*
- 159** Manuel Sebastião – *Concorrência. Um valor, uma lei, uma instituição, uma praxis*
- 167** António Ferreira Gomes – *Com concorrência todos ganhamos*
- 175** Margarida Matos Rosa – *Direito à Concorrência*
- 181** António Saraiva – *15 anos ao serviço da concorrência nos mercados*
- 185** Vasco Colaço – *Concorrência, Inovação digital e dados pessoais: os novos desafios das Autoridades de Concorrência*

**189 JURISPRUDÊNCIA**

**191 Jurisprudência geral**

**191 Jurisprudência nacional de concorrência – julho a setembro de 2018**

**195 Jurisprudência de concorrência da União Europeia – julho a setembro de 2018**

**201 EVENTOS**

**205 NOTAS CURRICULARES**

**215 Índice consolidado por temas**

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

**239 Órgãos Sociais**

## **EDITORIAL/EDITORIAL NOTE**

*Maria João Melícias*

*Miguel Sousa Ferro*

O número 35 da Revista de Concorrência & Regulação é o primeiro número a ser disponibilizado *online* e em *open source*. Este é um passo importante para a prossecução dos objetivos da Revista, contribuindo para aumentar a acessibilidade dos estudos e opiniões publicados, tanto nacional como internacionalmente. Passará também a ser possível divulgar antecipadamente os artigos que virão a ser incluídos nos números vindouros, permitindo que estes cheguem ao conhecimento dos interessados mais rapidamente do que até agora. A C&R passará a ser disponibilizada, em formato PDF, através da página de internet da Autoridade da Concorrência, sendo divulgada também por outras vias.

O presente número é especial também por outro motivo. É o número

*Issue 35 of the Revista de Concorrência & Regulação is the first issue to be made available online and in open source. This is an important step in the direction of achieving the objectives of the journal, contributing to increase the accessibility of the studies and opinions published in it, both nationally and internationally. It will also make it possible to divulge, beforehand, the papers which will come to be included in the upcoming issues, allowing those papers to be known by interested readers at an earlier stage than the current practice allowed. C&R will be made available, in PDF format, through the webpage of the Portuguese Competition Authority (AdC). Additionally, it will be divulged through other means.*

*The present issue is special for an additional reason. It is the issue which*

que comemora os 15 anos da Autoridade da Concorrência. A reforma institucional do *public enforcement* da concorrência em Portugal, realizada em 2003, mudou radicalmente a realidade do direito da concorrência no nosso país, consagrando finalmente a política de concorrência como uma realidade efetiva entre nós. 15 anos passados, os vários Presidentes do conselho de administração da AdC, o Presidente da CIP – Confederação da Indústria Portuguesa, António Saraiva, e o Presidente da DECO – Associação Portuguesa de Defesa do Consumidor, Eng.<sup>o</sup> Vasco Colaço, refletem sobre o historial e resultados da AdC, mas também sobre o seu futuro, os objetivos a traçar e as áreas mais merecedoras de atenção.

Os artigos publicados neste número debruçam-se sobre um amplo leque de temas, incluindo algumas das atuais grandes controvérsias no direito da concorrência da União e no direito regulatório.

Bernardo Sarmento e Jorge Padilla debruçam-se sobre um dos temas que tem repetidamente surgido em casos a nível nacional e da União – a troca de informação entre concorrentes. Apelam a uma abordagem económica mais focada nos efeitos das práticas. No entender destes autores, não é tanto a questão da qualificação de certas trocas como restrições por objeto que tem de merecer atenção, mas sim a efetividade da possibilidade

*commemorates the 15 years of the AdC. The institutional reform of public enforcement in Portugal, carried out in 2003, radically changed the reality of competition law in our country, finally ensuring that competition policy became an effective reality in our midst. 15 years later, the several Presidents of the AdC's Board, the President of the Portuguese Industry Confederation (CIP), António Saraiva, and the President of the Portuguese Association for Consumer Protection (DECO), Vasco Colaço, reflect on the history and the results of the AdC, but also on its future, the objectives which should be aimed for, and the areas more deserving of attention.*

*The papers published in this issue tackle a broad range of topics which include some of the greatest controversies in EU competition law and sector regulation today.*

*Bernardo Sarmento and Jorge Padilla look at one of the topics which has repeatedly come up in European and national cases – the exchange of information between competitors. They speak out for an economic approach more focused on the effects of the practices. According to these authors, it is not so much the issue of qualifying certain exchanges as object restrictions which merits attention, but the effectiveness of the possibility for undertakings to show*

das empresas em causa demonstrarem efeitos positivos ou ausência de efeitos anticoncorrenciais.

Carlos Oliveira Cruz e Joaquim Miranda Sarmento analisam, numa ótica económica, o invulgar caso de uma fusão entre empresas de infraestruturas rodoviárias e ferroviárias. A fusão das empresas portuguesas Estradas de Portugal e REFER foi justificada com eficiências ao nível dos custos, mas também com sinergias que permitiriam a expansão das receitas. Os autores descrevem o modo como a operação foi implementada e os indícios de cumprimento dos seus objetivos.

Carlos Pinto de Abreu fornece-nos uma introdução aos principais problemas enfrentados pelos reguladores na gestão de informação de terceiros a que têm acesso no exercício das suas funções, e dos cuidados que devem ter nessa gestão e na recolha de prova. O autor aventura-se nesta temática caracteristicamente objeto de acesos debates com uma posição assente numa preocupação marcadamente de garantia dos direitos dos regulados e particulares.

Fernando Pereira Ricardo discute uma controvérsia financeira entre o Governo e as autoridades reguladoras independentes. Algumas vozes têm sugerido que a sua independência está a ser ilegitimamente limitada pela aplicação das normas de cativações às receitas próprias dos

*positive effects or absence of anticompetitive effects.*

*Carlos Oliveira Cruz and Joaquim Miranda Sarmento analyse, from an economic perspective, the unusual case of a merger between undertakings owning road and railway infrastructures. The merger of the Portuguese companies Estradas de Portugal and REFER was justified with cost efficiencies, but also with synergies which would allow the expansion of income. These authors describe the way the concentration was implemented and the evidence that its objectives may be met.*

*Carlos Pinto de Abreu provides us with an introduction to the main problems faced by regulators managing information supplied by third parties to which they have access when exercising their powers, and the cares which should be had in handling and collecting evidence. The author ventures into this characteristically controversial topic with a position resting on a marked concern for the protection of the rights of regulated entities and private persons.*

*Fernando Pereira Ricardo looks at a financial controversy which has affected between the Government and the independent regulatory authorities. Some voices have suggested that their independence is being unduly curtailed by the application of public expenditure freeze*

reguladores. Este autor apresenta esta linha de argumentação jurídica, num esforço de promoção do debate e de esclarecimento desta questão com tanto impacto para todos os reguladores independentes nacionais.

Marta Borges Campos, juíza no Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, apresenta uma visão geral da atividade do Tribunal, desde a sua criação, na área do direito da concorrência. Esta análise, atualizando um texto anteriormente publicado nesta Revista e agora disponibilizada em inglês, fornece informação estatística e quantitativa, mas identifica também os principais contributos do tribunal em questões jurídicas controversas.

Sérgio Sousa, também juiz no TCRS, fornece-nos uma preciosa súmula da jurisprudência do Tribunal sobre a especialmente debatida questão do acesso a prova e da proteção de informação confidencial incluída em elementos de prova recolhidos pelos reguladores, quer sejam usados em decisões condenatórias, quer não o sejam.

Sofia Oliveira Pais aventura-se na guerra em curso pela alma do direito da concorrência. Numa altura em que a Comissária Europeia da Concorrência e a ANC alemã defendem, mais ou menos abertamente, a expansão dos objetivos e preocupações subjacentes ao direito da concorrência para passar a incluir considerações

*rules to the regulators' own revenue. This author expresses this line of legal argument, in an effort to promote debate and to clarify this issue of such significant impact to all national independent regulators.*

*Marta Borges Campos, judge at the Competition, Regulation and Supervision Court (TCRS) provides us with a general overview of the activity of the Court, ever since its creation, in the field of competition law. This analysis, which updates a text previously published in this journal and is now made available in English, provides statistic and quantitative information, but also identified the main contributions of this Court to controversial legal issues.*

*Sérgio Sousa, also a judge at the TCRS, provides us with an extremely useful summary of the jurisprudence of the Court relating to the particularly heatedly debated issue of access to evidence and the protection of confidential information included in evidentiary elements collected by regulators, whether they are used in decisions or not.*

*Sofia Oliveira Pais ventures into a war which is ongoing for the soul of competition law. At a time when the European Competition Commissioner and the German NCA argue, more or less openly, that the concerns and objectives underlying competition law should be expanded to include also considerations of equity and loyalty, the*

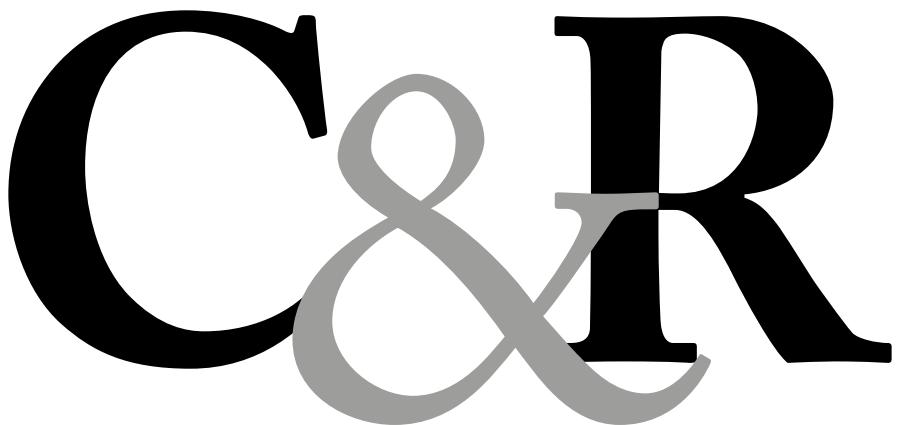
de equidade e lealdade, a Professora toma partido, com algumas ressalvas, por esta posição que entende que o direito da concorrência poderá ser utilizado em termos mais amplos do que até agora tem sido.

Uma palavra final de agradecimento à Dra. Mariana Tavares, que desempenhou breve mas excelentemente as funções de presidente do conselho de redação da C&R. Desejamos-lhe as maiores felicidades nas suas novas funções, nas quais continuará a contribuir para a reflexão e o avanço do direito da União Europeia. Estamos muito gratos ao Dr. Ricardo Bayão Horta, que aceitou assumir estas exigentes funções.

*Professor takes a stand, with a few caveats, in favour of this position which believes competition law may be used in a way which is broader than the uses to which it has been put to so far.*

*A final word of thanks to Mariana Tavares, who carried out, briefly but brilliantly, the functions of president of the executive board of C&R. We wish her the best of luck in her new functions, in which she will continue to contribute to the reflection and advancement of European Union law. We are very grateful to Ricardo Bayão Horta, who has accepted to take on these demanding functions.*





DOUTRINA

*Doutrina geral*



# DOUTRINA GERAL



# ANOTHER LOOK AT THE COMPETITIVE ASSESSMENT OF INFORMATION EXCHANGES AMONGST COMPETITORS IN EU COMPETITION LAW

Bernardo Sarmento & Jorge Padilla\*

**ABSTRACT:** *Competition antitrust authorities dedicate considerable effort and resources to the assessment of the competitive effects of information exchanges amongst competitors; an amply justified approach given the potential of such conducts to facilitate collusion. In this article, we contrast the insights from economic theory on information exchanges among competitors with the legal test set out in the case law. We argue that while the legal test draws on insights from economic theory, the practical difficulties to meet the standard of proof might result in excessive type I errors. The cost of such type I errors has been dramatically increased by the new Damages Directive, which highlights the importance that competition authorities consider whether the standard of proof they require to rebut a presumption of illegality is correct and proportionate.*

**INDEX:** 1. Introduction. 2. Assessing information exchanges amongst competitors. 2.1. Lessons from economic analysis. 2.2. Implications for the legal test. 3. Concluding remarks.

## 1. INTRODUCTION

Many of the most prominent enforcement decisions of the Portuguese Competition Authority (“PCA”) during its first fifteen years of existence concern price fixing cartels.<sup>1</sup> This is likely to remain true in the future. Indeed, the PCA has recently confirmed as one of its enforcement priorities the

---

\* Bernardo Sarmento is an Economist at Compass Lexecon. Jorge Padilla is Senior Managing Director at Compass Lexecon, Research Fellow at CEMFI (Madrid) and teaches competition economics at the Barcelona Graduate School of Economics (BGSE) and the Toulouse School of Economics (TSE). The views expressed in this paper are the responsibility of the authors and cannot be attributed to Compass Lexecon or its clients. The authors welcome comments at the following email address: bsarmento@compasslexecon.com.

1 See for example PRC 2016/08, PRC 2014/02, or PRC 2011/10,

“detection and investigation of anticompetitive practises, namely cartels”.<sup>2</sup> Several of the PCA cartel decisions, however relate to information exchanges amongst competitors rather than to straightforward (or plain vanilla) price fixing agreements.<sup>3</sup> These exchanges were condemned by the PCA as restrictions of competition by object and were fined severely. The PCA motivated its decisions by reference to the potential of such practises to facilitate the implementation of collusive practises resulting in higher prices to the detriment of consumers.

The PCA is not the only competition authority that has shown concern with the potential anticompetitive effects of information exchanges amongst competitors. In recent years, several national competition authorities have undertaken similar investigations and adopted similar decisions.<sup>4</sup> More importantly, the European Commission (“EC”) itself has pursued several cases of information exchanges amongst competitors.<sup>5</sup> Some of those have been appealed to the European Courts, which has helped clarify the legal approach to the competitive assessment of the exchange of information amongst competitors under EU law.<sup>6</sup>

The efforts and resources dedicated by competition authorities to the assessment of the competitive effects of information exchanges amongst competitors are amply justified. The welfare costs of collusion are large and well documented.<sup>7</sup> Price fixing agreements result in a transfer of rents from consumers to suppliers and, most importantly, a reduction in output which generates a deadweight welfare loss. Not surprisingly, over the years, the fight against (explicit) collusion has been a top priority in the agenda of many competition authorities. Clemency programs have been introduced around the world to induce cartelist to defect and facilitate the detection of price fixing. Competition authorities have dedicated considerable resources to make those programs more efficient over time. Many agencies are currently

<sup>2</sup> See Autoridade da Concorrência (2017) *Prioridades da Política de Concorrência para o ano de 2018*, 22 December 2017. (Translated from the original in Portuguese.)

<sup>3</sup> See for example PRC 2005/26 or PRC 2007/02.

<sup>4</sup> See for example the CNMC decision on S/DC/0579/16 *Derivados Financieros* in Spain, or the Bundeskartellamt decision B11-11/08 in Germany, or the CMA decision on Case CE/9859-14 in the UK.

<sup>5</sup> See for example COMP/38.511 – *DRAMs*, COMP/39188 – *Bananas*, or Case AT.39850 *Container Shipping*.

<sup>6</sup> It is the case, for example, of the recent Container Shipping case or the Bananas case which was appealed to the General Court and subsequently to the Court of Justice. See Case T-588/08 *Dole Food and Dole Germany v Commission*; Case C-286/13 *Dole Food and Dole Fresh Fruit Europe v Commission*. See Section 2.2 below.

<sup>7</sup> See among others Tirole, 1988:chapter 6.

investing significant resources to developing and perfecting mechanisms aimed at identifying cartels and other instances of collusive behaviour *ex officio*, especially in public procurement markets.

It is then natural, and, one should not find surprising, that companies willing to escape the rigours of competition find explicit coordination much less attractive than they did in the past. Unfortunately, this does not mean that those companies are likely to accept a *status quo* characterised by unfettered competition. Instead, they may try to approximate the outcomes of explicit coordination by colluding tacitly.<sup>8</sup> And yet, while they may have the incentive to collude tacitly, they may lack the ability to do so due to asymmetries of information regarding market fundamentals and/or their inability to observe, forecast and interpret market outcomes accurately. Information exchanges can facilitate (tacit) collusion by mitigating those information asymmetries and reducing market uncertainty. They help firms operating in tight oligopolies to coordinate their prices around a mutually agreed or “focal” price and to monitor their actual prices and hence punish deviations from the focal price.

The case for investigating information exchanges amongst competitors is therefore clear. Caution is, however, advised when assessing actual information exchange cases, as not all information exchanges are born equal. Not all information exchanges are anticompetitive and not all potentially anticompetitive information exchanges materially reduce consumer welfare, as we explain in what follows.

## 2. ASSESSING INFORMATION EXCHANGES AMONGST COMPETITORS

### 2.1. Lessons from economic analysis

The competitive assessment of information exchanges is a highly complex matter. It is well documented in economic theory that information exchanges can be procompetitive or anticompetitive, and often have no effects at all (in which case we say that the information exchanged is “cheap talk”).<sup>9</sup>

---

<sup>8</sup> Alternatively, they may attempt to achieve supra-competitive prices by merging. In fact, horizontal mergers and information exchanges need not be seen as alternatives but as complementary ways to approximate joint profit outcomes.

<sup>9</sup> See Farrell & Rabin, 1996, and references therein.

We can distinguish four strands in the information exchanges literature. The first strand highlights the ability of certain information exchanges to have procompetitive effects, either because they lead to a more efficient functioning of the market or because they strengthen competition.<sup>10</sup> The second strand shows that under certain market conditions some exchanges of information can facilitate collusion and may thus cause consumer harm.<sup>11</sup> The third strand of the literature tries to assess the sign of the competition impact of an exchange of information depending on the nature of the uncertainty being reduced, the structure of the affected market and the strategic variables through which firms operating in that market compete (e.g. prices versus quantity or quality).<sup>12</sup> Finally, the fourth strand of the literature clarifies that information exchanges which involve no commitment by the firms to any particular future conduct are unlikely to have a real effect on competition.<sup>13</sup>

An impartial reading of the economic literature can only produce one, perhaps frustrating, conclusion: there is no definite answer as to whether and when information exchanges amongst competitors are anticompetitive. More importantly from an enforcement perspective, there are no unambiguous rules that could help competition authorities and courts identify the economic contexts under which those exchanges would be unambiguously anticompetitive. Economic theory has thus far been unable to produce clear-cut “identification rules”.<sup>14</sup>

Rules often employed in competition law enforcement, such as for example the one that states that “private exchanges of future information are necessarily anticompetitive” cannot be endorsed by economic theory.<sup>15</sup> As explained above, the sharing of private information about future conduct (e.g. future prices) will likely increase market transparency by making available to competitors information which otherwise would not be in the public domain. This increase in market transparency may in turn facilitate tacit collusion, either by allowing competing firms to reach a focal point or to monitor compliance with the collusive price. However, this is not necessarily the case.

---

10 See Padilla & Pagano, 2000; and Jensen, 2007.

11 See among others Ivaldi, Jullien, Rey, Seabright & Tirole, 2003: 4-5; and Motta, 2004.

12 See Kühn & Vives, 1994.

13 See note 10 supra.

14 See Evans & Padilla, 2005.

15 For a more detailed discussion on the appropriateness of such rules to analyse information exchanges please see Padilla, 2010.

Consider for example a market where future supply is given (i.e. predetermined) at the time information on future prices/sales is exchanged. In that scenario, which admittedly is somewhat extreme, the information exchange cannot produce anticompetitive effects.<sup>16</sup> Consider alternatively a case where all exchanges of information are bilateral and take place in a fragmented industry where many firms compete. Such bilateral information exchanges may not be capable of producing the degree of coordination necessary to achieve collusive outcomes.<sup>17</sup>

While unable to provide identification rules, economics does generate useful insights on the relevant factors to analyse when assessing the competitive effects of exchanges of information: the characteristics of the market where the exchanges take place (i.e. is the market prone to tacit collusion?) and the characteristics of the information exchanged (i.e. is the information exchanged of the type required to move the market from competition to collusion).<sup>18</sup>

The first step is thus to analyse the market where the exchange of information takes place and whether this market has the characteristics of a market where tacit collusion would be viable if competitors benefitted from a sufficient level of market transparency. If the market in question does not exhibit such characteristics, then the information exchange will be unable to cause harm.

The second step in the assessment is to investigate the nature of the information exchanged. For example, information about past cost and demand information or about future market conditions is unlikely to help competitors to coordinate their strategies on a focal price or to monitor their conduct in order to detect and punish deviations. On the contrary, exchanges of information about future prices and commercial initiatives may be sufficient to align prices and information about prices actually charged can facilitate the enforcement of the tacitly collusive price.

An information exchange which increases transparency in a market where collusion is possible may be able to distort competition and thus cause anti-trust harm. Whether it is likely to do so in reality is hard to assess by only looking into the characteristics of the affected market and the nature of the

<sup>16</sup> This is the case discussed in Jensen, 2007.

<sup>17</sup> As noted by William Baumol in the case of technology exchange programs where the negotiation and supervision of the arrangements is done bilaterally and consequently does not allow the required level of coordination to implement price fixing or the holding down of R&D outlays. See Baumol, 2001.

<sup>18</sup> This is the same view of the European Commission. See European Commission, 2011: para 75.

information exchanged. In particular, in a market prone to collusion but for the absence of market transparency, only an information exchange that increases market transparency *significantly* will likely facilitate collusion.

So while the assessment of the characteristics of the affected market and the nature of the information exchange can help competition agencies establish that the information exchange in question is *capable* of restricting competition, such analyses will not be able to conclude whether that anticompetitive distortion of the competitive process is *likely*. As explained above, such conclusion can only be reached after assessing the magnitude of the impact of the information exchange on market transparency in order to determine its sufficiency. In our experience, this is a difficult task and, for that reason, we believe that, even in cases where the information exchange appears to be capable of causing antitrust harm, it is crucial to go beyond capability and establish effects.

In other words, we consider that an information exchange can only be found to be anticompetitive as a matter of economics, if the following three conditions are verified cumulatively: (a) the market where the information exchange takes place is conducive to collusion; (b) the nature of the information exchange increases market transparency and facilitates coordination on, and enforcement of, a collusive outcome; and (c) there is evidence of effects insofar as this evidence corroborates that the impact of the information exchange on market transparency was sufficient.

The economic test above is very different from the test commonly advocated for the assessment of explicitly price fixing agreements, since those explicit agreements are found to distort competition without an analysis of their actual effects. This difference is justified in our opinion. Price fixing agreements, in contrast with exchanges of commercially sensitive information, are unlikely to give rise to efficiencies and/or enhance rivalry. Moreover, such explicit agreements are structured so as to resolve the coordination and enforcement problems that competitors may not be able to address tacitly even in a completely transparent market. The likely effects of price fixing agreements can therefore be safely presumed where that is not truly possible for most exchanges of information.

## 2.2. Implications for the legal test

Information exchanges amongst competitors are analysed in the EU under the legal framework set out by Article 101 TFEU. Article 101(1) TFEU establishes that agreements which restrict competition by *object* or *effect*

are considered infringements of EC law. These conditions are not cumulative. Object restrictions relate to conducts which “can be regarded by their very nature, as being harmful to the proper functioning of normal competition”.<sup>19</sup>

The case law shows that information exchanges amongst competitors are often regarded as object restrictions.<sup>20</sup> Whether a specific information exchange is found to be restrictive of competition by object requires an assessment of “its objectives and the economic and legal context”.<sup>21</sup> For instance, it is settled case law that exchanges of commercially sensitive information which reduce the level of uncertainty in the market and which the parties’ act upon when deciding about their own commercial strategies are considered to be restrictions of competition by object. Object restrictions are presumed to be anticompetitive and can be condemned without the need to produce any evidence that anticompetitive effects took place (or would likely take place).

This legal test does take into account the insight from economic theory that not all information exchanges are born equal. This is shown by the fact that the case law requires a preliminary assessment of the nature of the information exchanged and the economic context where that exchange occurs. However, in our opinion this legal test may cause a competition agency to conclude the existence of an object restriction when the information exchange in question is unlikely to produce anticompetitive effects because its impact on market transparency is insufficient to overcome the coordination and enforcement hurdles that make tacit collusion difficult. Thus the legal test may lead to presumptions of anticompetitive harm when no harm is likely. Or, in other words, it risks erroneously characterizing as anticompetitive certain information exchanges that are neutral and even some that are procompetitive.

As an example let us apply this framework to the Kerala fisherman information exchange case studied in Jensen (2007).<sup>22</sup> Robert Jensen analysed the impact of the adoption of mobile phones by fishermen and wholesalers in the Indian state of Kerala and the consequent reliance on these technologies to exchange information on the allocation of ports. Jensen showed

<sup>19</sup> See Case C-286/13 Dole Food and Dole Fresh Fruit Europe v Commission – para. 114.

<sup>20</sup> See cases listed in note 7 *supra*.

<sup>21</sup> See Case C-286/13 Dole Food and Dole Fresh Fruit Europe v Commission – para. 117.

<sup>22</sup> See Jensen, 2007.

that this exchange of information resulted in a reduction of price dispersion and waste, thus having a positive impact on both consumer and producer welfare.

Applying the legal test to this case we would find that (i) the information exchange involved commercially sensitive information which reduced market uncertainty, since competitors communicated to each other the port in which they would sell their fish captures (volumes), and (ii) the parties' acted on this information, since the information exchanged had an impact on the allocation of ports and hence on the supply available on those ports. As a matter of law, this would then be an object restriction even though it produced no anticompetitive effects.

The rebuttable presumption of illegality that results from the application of the applicable legal test may be justified given that assessing effects, as the economic test proposed above requires, is a complex exercise which may result in under-enforcement. The rebuttable presumption of illegality in the case law reduces the likelihood and cost of potential type II errors (i.e. the errors committed when anticompetitive practices are not found to be illegal).<sup>23</sup> Of course, a legal rule that minimises the expected cost of a type II error is bound to increase the likelihood and cost (and therefore the expected cost) of a type I error (i.e. the error committed when a pro-competitive practice is found to be illegal). The expected cost of the type I error can be reduced, or even eliminated, if the legal criteria for rebutting the presumption are correct as a matter of economics and are applied fairly and without bias.

As a matter of law the presumption of illegality that is applied to an object restriction can be rebutted by the parties to the information exchange by showing either that (a) the conduct could not have an anticompetitive effect (i.e. rebutting the Article 101(1) conclusion), or alternatively that (b) the conduct led to compensating efficiencies so that the net effect was pro-competitive (i.e. establishing an Article 101(3) defence). This makes sense as a matter of economics. The difficulty in practice is that the standard of proof typically required to show (a) or (b) is very high; in our opinion, unjustifiably high. Since the burden of proof regarding (a) and (b) rests on the parties, this implies that the legal test is biased and, as a result, is likely to produce too many false positives (type I errors) and cause a problem of over-enforcement.

---

<sup>23</sup> For a discussion of the error-cost framework to the design of antitrust rules see Evans & Padilla, 2005.

Note, in particular, that the cost of the type I errors has been dramatically increased after the adoption of the *Damages Directive*,<sup>24</sup> since now a finding of infringement not only results in a fine but also leads to onerous compensation claims.

### 3. CONCLUDING REMARKS

In a moment where antitrust enforcers around the world place large efforts on fighting cartels, it is normal for non-compliant firms to search for alternative and less explicit ways to reach their anticompetitive objectives. Since the exchange of commercially sensitive information may in some markets result in collusive outcomes, it is of utter importance that enforcers keep paying close attention to how competitors interact with each other and how and what they communicate amongst themselves.

One cannot ignore, however, that, while some information exchanges may facilitate tacit collusion and harm consumers, many others, even when similar in nature, may bring about procompetitive effects or may produce no effect at all. As there are no clear identification rules to distinguish between those different types of information exchanges, caution is advised.

The legal standard that emerges from the case law imposes a rebuttable presumption of illegality on certain information exchanges which may not necessarily be anticompetitive. Under this legal test, some information exchanges that are procompetitive or that can have no effect on competition may nonetheless be found to restrict competition by object. As such, enforcers are excused of analysing the *likely* effects of those exchanges and feel entitled to dismiss evidence showing no *actual* anticompetitive effects.

Our view is that while this legal test may be justified, as it possibly mitigates the expected cost of under-enforcement, it opens the door to costly type I errors and may therefore result in over-enforcement. To assuage such possibility, it is extremely important that competition authorities do not treat *de facto* the rebuttable presumption in the case law as a *per se* illegality rule.

Following the transposition of the *Damages Directive* by the Member states, every infringement decision by a competition authority is likely to give rise to follow-on damages proceedings where the participants in the

---

<sup>24</sup> Directive 2014/104/EU of the European Parliament and of the Council of 26 November 2014 on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union.

information exchange will, under the current legal text that assimilates those exchanges to explicit price fixing agreements, face a presumption of harm. Courts will have to decide whether to award compensation to the claimants and, if so, calculate the quantum subject to that presumption of harm.

The quantification of the damages caused by an antitrust infringement is not a trivial matter. It involves complex economic analyses. Moreover, in many Member states, such disputes are resolved by non-specialized courts which place a disproportionate weight on the presumption of harm. Firms involved in an information exchange which by its nature and the characteristics of the affected market is considered to be an object infringement will thus face an uphill battle when defending themselves even if the exchange in question caused no anticompetitive harm.

Because of this, and given that changing the legal test is not something that competition authorities can do, we believe that competition agencies in the EU, including DG Comp and the PCA, should consider whether the standard of proof they require the parties to meet in order to rebut the presumption of illegality that is attributed to certain information exchanges in certain markets is correct and proportionate.

## BIBLIOGRAPHY

- BAUMOL, W. J.
- 2001 "When is inter-firm coordination beneficial? The case of innovation", 19(5) *International Journal of Industrial Organization* 727-737.
- EUROPEAN COMMISSION
- 2011 *Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements*, 14 January 2011.
- EVANS, D. & PADILLA, J.
- 2005 "Designing Antitrust Rules for Assessing Unilateral Practices: A Neo-Chicago Approach", 72(1) *University of Chicago Law Review* 73-98.
- FARRELL, J. & RABIN, M.
- 1996 "Cheap talk", 10(3) *Journal of Economic Perspectives* 103-118.
- IVALDI, M., JULLIEN, B., REY, P., SEABRIGHT, P. & TIROLE, J.
- 2003 "The economics of tacit collusion", Final report for DG competition, European Commission
- JENSEN, R.
- 2007 "The digital provide: Information (technology), market performance, and welfare in the South Indian fisheries sector", 122(3) *Quarterly Journal of Economics* 879-924.
- KÜHN, K. U. & VIVES, X.
- 1994 *Information exchanges among firms and their impact on competition*, Institut d'Analisi Economica, Barcelona.
- MOTTA, M.
- 2004 *Competition policy: theory and practice*, Cambridge University Press.
- PADILLA, J.
- 2010 "The elusive challenge of assessing information sharing among competitors under the competition laws", *Roundtable on Information Exchanges Between Competitors under Competition Law*, 879-924.
- PADILLA, A. J. & PAGANO, M.
- 2000 "Sharing default information as a borrower discipline device", 44(10) *European Economic Review* 1951-1980
- TIROLE, J.
- 1988 *The Theory of Industrial Organization*, MIT Press.



# A FUSÃO DA ESTRADAS DE PORTUGAL COM A REFER: O CASO DA INTEGRAÇÃO DO OPERADOR RODOVIÁRIO COM O OPERADOR FERROVIÁRIO\*

*Carlos Oliveira Cruz\*\**

*Joaquim Miranda Sarmento\*\*\**

**ABSTRACT:** *This paper presents a rare event in transport infrastructures: the case of the merger between a road and railway infrastructure companies. There is little evidence internationally of mergers in transport companies, and most of it is focussed on mergers in the same sector. This merger was based on the need for Portugal to optimize the use of its road and railway network, and also to increase the efficiency of the large investments made. The new company no longer positions itself as an investor and constructor of infrastructures, but is rather as a provider of multimodal mobility. The Government expectation is that the merger created scope for a better service, increased revenues, the reduction of costs, all through synergies which allow for a more financially-sustainable operator. But apart from costs, there is still little evidence to support the fulfilment of the initial objectives. This paper describes the merger, its strategic and operational objectives, and also the changes in the management. This paper presents some policy implications, as mergers in transport sector infrastructures are not very common, particularly between different sectors.*

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Experiência Internacional. 3. O contexto português. 4. Objetivos estratégicos e operacionais. 5. Resultados da fusão. 6. Conclusões.

---

\* Este artigo baseia-se numa versão original do paper “Horizontal bundling of infrastructure managers: The case of Portugal Infrastructure Company (roads and railways)”, publicado no Transport Policy.

\*\* CERIS/ICIST, Instituto Superior Técnico, Universidade de Lisboa, Portugal

\*\*\* ADVANCE/CSG, ISEG-(Lisbon School of Economics and Management), Universidade de Lisboa, Portugal

## 1. INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, os países têm procurado aumentar a eficiência global no setor de transportes, com foco especial na redução de custos e na melhoria dos serviços (Amdal et al., 2007; Odeck, 2008; Ozbek et al., 2011; Wiesenthal, 2015). Existe uma vasta literatura econômica sobre o tema de fusões e aquisições de empresas (para uma extensa revisão, ver Martynova & Renneboog, 2008), no entanto, é quase inexistente no caso de fusões no setor de transportes e, particularmente, no que diz respeito a empresas de capital público.

Dos poucos estudos realizados, a maioria concentra-se em fusões no mesmo setor, particularmente no setor ferroviário. Aqui, as fusões foram analisadas para avaliar as evidências de maior eficiência, redução de custos e melhoria da qualidade de serviço (Levin & Weinberg (1979); Harris & Winston (1983); Chapin & Schmidt (1999); Sun & Tang (2000), Bitzan & Wilson (2007), Winston, Maheshri, & Dennis (2011) e Larsson (2013)). A maioria desses autores concluiu que houve uma redução nos custos da indústria, embora com tremendas diferenças entre as fusões, em termos de estratégia, nível, prazo e impacto. Fusões ferroviárias têm o potencial de captar economias de densidade de tráfego para reduzir custos. Tendem também a consolidar a rede física e o fluxo de tráfego das operadoras combinadas, melhorando assim o atendimento ao cliente (Harris e Winston (1983), Bitzan e Keeler (2007)). Poucos estudos analisam o setor rodoviário (Odeck (2008) e Andreou, Louca & Panayides (2012)). O último afirma que as fusões no transporte ocorrem principalmente por razões sinérgicas.

No que respeita à Europa, houve uma liberalização recente destes serviços, criando a possibilidade de concorrência transfronteiriça e integração do mercado. Seguindo a experiência dos EUA na desregulamentação que levou a uma onda de fusões, o mesmo deve ocorrer na Europa (Stehmann & Zenger, 2011). Os efeitos da avaliação das metas são maiores para a vertical (fusões entre operadores em diferentes níveis da cadeia de produção), em vez de fusões horizontais (fusões entre operadoras no mesmo nível) (ver, por exemplo, Colangelo, 1995), o que indica uma avaliação positiva para as empresas que controlam e gerenciam uma cadeia de suprimentos mais extensa (Andreou, Louca & Panayides, 2012).

Os benefícios (ou expectativas) subjacentes à fusão de empresas baseadas em infraestrutura, como serviços públicos, têm captado alguma atenção dos investigadores. Brown (1954) analisou os trade-offs entre a proteção dos trabalhadores e a reorganização por meio de fusões, destacando como as fusões são percebidas pelos sindicatos como uma reorganização que conduz, em

última análise, ao downsizing. A perspectiva usada por Cox e Portes (1998) foi mais focada em discutir como a fusão de utilidades é necessária para criar benefícios econômicos aos usuários, aumentando a eficiência. Este estudo analisou como avaliar os benefícios, muitas vezes medidos por variações no preço das ações. Esse método geralmente é inviável, uma vez que a maioria dos utilitários não é listada publicamente.

O caso da fusão entre a empresa de infraestrutura rodoviária e a empresa de infraestrutura ferroviária é um exemplo recente (a fusão foi decidida e implementada em 2014-2015) de como as fusões verticais podem ser focadas no aumento de valor e na redução de custos. Esta nota técnica aborda as seguintes questões: 1) Quais foram os motivos que levaram a essa fusão? 2) Quais são os objetivos? 3) O que se pode aprender com o caso português?

O nosso objetivo é contribuir para o debate sobre a literatura sobre fusões em empresas de transporte. As fusões no setor dos transportes podem ser justificadas por: 1) desregulamentação e liberalização; 2) sinergias (geográficas, económicas ou operacionais); 3) aumentar a eficiência, aumentando as receitas ou reduzindo custos; 4) melhorar a qualidade do serviço. Como as fusões entre empresas de diferentes setores não são muito frequentes, este artigo aborda as questões de sinergias, redução de custos, qualidade de serviços e sustentabilidade.

## 2. EXPERIÊNCIA INTERNACIONAL

Nas últimas décadas, a maioria dos países evoluiu para um modelo de gestão de infraestrutura que é organizado sob dois principais impulsionadores: i) um funcional, e; ii) desagregação sectorial. No primeiro caso, isso signifcou uma divisão vertical entre operadores, gestores de infraestrutura, reguladores e formuladores de políticas. O raciocínio era uma clarificação dos papéis e responsabilidades dos vários interessados, e o motivo subjacente era a abertura de uma operação de transporte para a iniciativa do setor privado (Gomez-Ibanez, 2003; Beria, et al., 2015). No segundo caso, todas as entidades acima mencionadas são organizadas dentro de uma estrutura setorial, o que significa que existem diferentes reguladores e diferentes gestores de infraestrutura para setores distintos, sendo a lógica a especificidade de gerir tipo de infraestrutura, por exemplo, gerir um aeroporto exigirá certamente um conjunto diferente de competências do que gerir uma rede rodoviária. No nível da autoridade reguladora, no entanto, alguns países adotaram agências únicas, multissetoriais, no nível da gestão de infraestrutura ou operação. Os dois casos mais relevantes são a Finlândia e a Suécia.

A Finlândia adotou um modelo de gestão integrada que abrange toda a infraestrutura de transporte: rodoviário, ferroviário, hidroviário e urbano. Toda a rede de transporte estatal é gerida e operada pela Finish Transport Agency (FTA). O FTA administra um portfólio de infraestrutura de 20 mil milhões de Euros e tem um gasto médio anual de 1.800 milhões de Euros, empregando 12.000 funcionários. O FTA desenvolveu uma visão de longo prazo designada por “Redes inteligentes e tráfego inteligente”, que identificou claramente a digitalização e a gestão inteligente da mobilidade como sendo os principais impulsionadores da sua ação. O FTA foi criado em 2010 através da fusão da Finnish Rail Administration, da Finnish Maritime Administration e da Finnish Road Administration.

Um princípio semelhante foi aplicado na Suécia, onde em 2010 a antiga Administração Rodoviária Sueca foi fundida com a Administração Ferroviária Sueca. O primeiro era responsável pela gestão e operação da rede viária, enquanto o último supervisionava a infraestrutura ferroviária. A nova agência, que foi designada Administração Sueca de Transportes, concentrou todos os setores: rodoviário, ferroviário, marítimo e aéreo, empregando 6.500 funcionários, com um gasto médio anual de 3.600 a 4.000 milhões de Euros / ano. Esta integração horizontal na Suécia é ainda mais surpreendente, dado que este país foi pioneiro na desagregação vertical do setor ferroviário, separando as operações e a infraestrutura, muito antes do Reino Unido (Nash, 2008).

Em ambos os casos, os governos apoiaram a decisão de aumentar a interdependência entre as redes de transporte e a necessidade de desenvolver políticas coordenadas de transporte, capturando sinergias e complementaridades entre os modos de transporte. Da forma como está explicitado, este objetivo é extremamente amplo e ambicioso, e é difícil de medir, o que levanta algumas questões sobre como monitorar efetivamente o sucesso (ou não) dessas fusões.

As secções seguintes do artigo analisam como evoluiu o contexto português de uma fusão entre a infraestrutura rodoviária e ferroviária e como esta fusão está alinhada com as principais experiências internacionais do passado.

### 3. O CONTEXTO PORTUGUÊS

Nas últimas décadas, Portugal conheceu um impressionante desenvolvimento económico e social. Por exemplo, o PIB per capita aumentou de 6.000 Euros em 1970 para mais de 18.000 Euros a preços constantes. A mortalidade infantil diminuiu de mais de 55 por 1.000 para menos de 3 por 1.000. Naturalmente, foi feito um esforço substancial para colmatar o défice de infraestrutura em

várias áreas, mas particularmente nos transportes, de que se destaca o sector rodoviário. A rede aumentou 700% entre 1990 e 2007, semelhante à Irlanda (+ 900%) e à Grécia (+ 500%) (Cruz, 2011). De uma rede rodoviária quase inexistente em 1986 (menos de 100 km), em 2015 Portugal tinha cerca de 4.000 km. Isto representa mais de 18 mil milhões de Euros em investimentos principalmente privados (Miranda Sarmento & Renneboog, 2014a), através de Parcerias Público-Privadas.

Algum investimento também foi feito no setor ferroviário. Existiram duas decisões estratégicas no sector. A primeira foi investir nos caminhos-de-ferro urbanos das duas principais cidades (Lisboa e Porto, que representam metade da população do país). Isto resultou numa expansão das linhas existentes e na renovação do material circulante. Também em Lisboa, foi concedida uma concessão para uma nova linha de caminho-de-ferro do outro lado do rio (Fertagus, ver Miranda Sarmento & Renneboog, 2014 b). A segunda decisão foi desinvestir em áreas rurais com baixa densidade populacional, abandonando linhas ferroviárias com baixo tráfego. É importante, no entanto, mencionar que estas áreas rurais viram a sua rede de estradas melhorar substancialmente, e também foram criados transportes públicos alternativos, como por autocarro.

Tudo isso levou à situação atual, ou seja, a existência de uma grande rede de infraestruturas, particularmente no setor rodoviário, com um alto padrão de qualidade. No entanto, isso representa um custo significativo para um país que enfrenta fortes restrições orçamentais. Além disso, em muitos casos, a expansão de ambas as redes não foi coordenada, o que criou estruturas e serviços sobrepostos. Portanto, o principal motivo para a fusão foi o objetivo de ter uma estrutura única e unificada para ambos os sistemas de transporte. Além disso, o fato de ambas as empresas compartilharem desafios semelhantes é importante, assim como a gestão de grandes infraestruturas. Ambas as empresas estão altamente endividadas e enfrentarão fortes restrições financeiras nos próximos anos. As duas empresas também possuem grandes estruturas internas, com um total de mais de 3.000 funcionários.

A rede física (estradas e ferrovia) tem sobreposição significativa em termos de áreas e movimentos de origem-destino (particularmente o eixo Norte-Sul mais significativo na área costeira). A figura 1 apresenta as duas redes, onde é visualmente evidente essa sobreposição. Até agora, as tarifas concebidas para as infraestruturas rodoviárias (portagens) e ferroviárias (taxas de utilização para os operadores ferroviários) foram determinadas separadamente.

O próximo capítulo abordará os objetivos estratégicos dessa fusão.

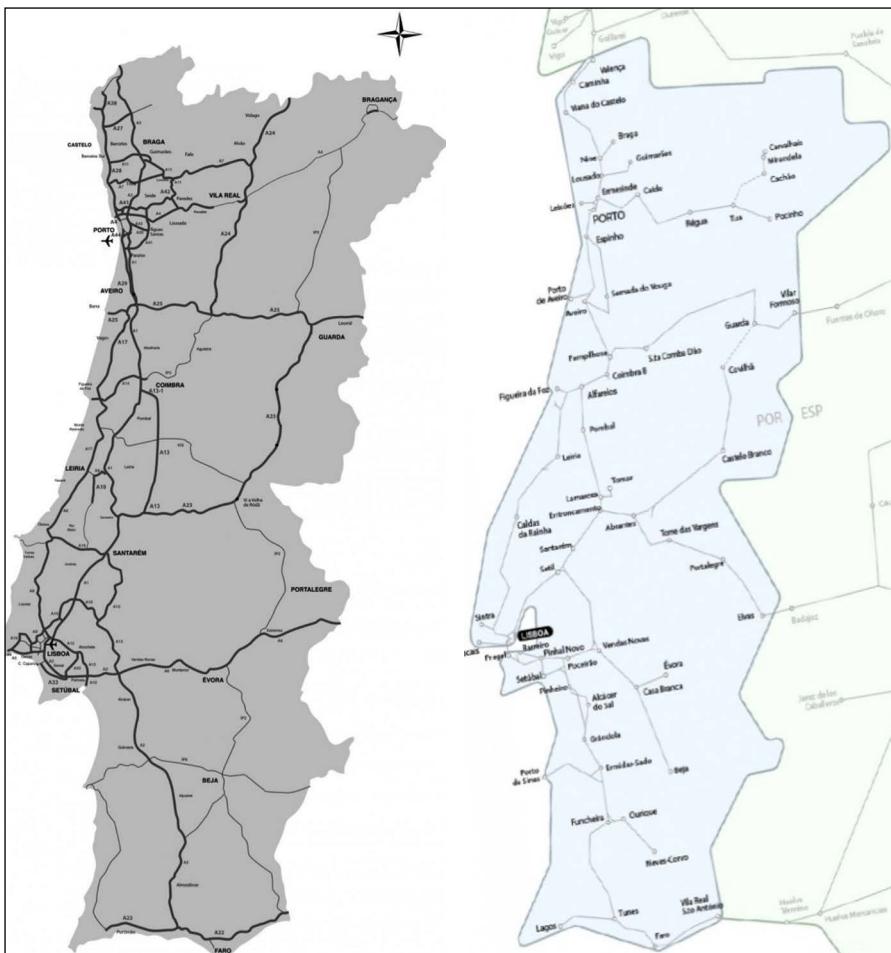


FIGURA 1 – Redes rodoviárias e ferroviárias em Portugal

A figura à esquerda apresenta a rede de estradas, e a figura à direita a rede ferroviária (Fonte: MOPTC)

#### 4. OBJETIVOS ESTRATÉGICOS E OPERACIONAIS

O governo português baseou a sua decisão de fundir as duas empresas de infraestrutura numa única empresa estatal em cinco objetivos estratégicos:

- 1) Promover um quadro de mobilidade sustentável com o objetivo de promover um sistema de remuneração e compensação. No setor rodoviário, isso representa um novo modelo de portagens, com preços mais flexíveis

de acordo com a procura. No setor ferroviário, os pagamentos serão baseados no uso efetivo da infraestrutura e numa alocação de risco mais eficiente. A fusão também visa um planeamento integrado e racional de toda a rede e o desenvolvimento de uma gestão de mobilidade multimodal;

- 2) Aumentar as receitas para a Infraestruturas de Portugal provenientes do setor privado: concentrando-se mais nas atividades comerciais, em uma melhor exploração dos ativos imobiliários e em novos serviços de engenharia e mobilidade;
- 3) Aumentar a eficiência da gestão de infraestruturas: transformando a empresa de um investidor e construtor de infraestruturas num gestor de ativos. O objetivo é otimizar o capital e os gastos operacionais dessas infraestruturas, juntamente com a otimização do ciclo de vida dos ativos, reduzindo as principais reparações e terceirizando grandes obras;
- 4) Captura de sinergias: estabelecendo uma nova organização da empresa e um novo modelo para a gestão de recursos humanos. Isso envolve fundir departamentos e integrar sistemas, a fim de obter eficiências de escala, como compras, TI e processos de negócios; Contudo as sinergias não estão limitadas ao componente de custo; em termos de receita global, há um significativo potencial para aumentar a receita por meio de uma melhor gestão dos ativos e capacidade existentes; a sobreposição de redes (rodoviárias e ferroviárias) pode ajudar a otimizar a alocação de capacidade e facilitar a introdução de modelos dinâmicos de preços (dynamic pricing models);
- 5) Promover a autonomia financeira da nova empresa: elevando novas receitas em função dos objetivos anteriores, acesso a novas fontes de financiamento.

Ao decidir esta fusão, foram estabelecidos dois objetivos operacionais principais, baseados nos objetivos estratégicos, a saber: aumento de receitas e redução de custos. Do lado das receitas, o objetivo é aumentar as receitas em 2,6 mil Milhões de Euros ao longo de um período de 10 anos. O primeiro objetivo estratégico (promover a mobilidade sustentável) é baseado na maximização do uso da capacidade instalada e no aumento dos pagamentos dos usuários. O segundo objetivo estratégico é aumentar as receitas através de melhores atividades comerciais e imobiliárias. Com relação à redução de custos, o terceiro objetivo estratégico descrito acima (aumentar a eficiência) é baseado em uma nova estrutura organizacional, que levará a uma redução nos

custos de O & M (Operate & Maintenance – isto é, operação e manutenção dos ativos) e de pessoal. Além disso, o quarto objetivo estratégico (sinergias), baseado em gestão de ativos e serviços compartilhados, reduzirá os custos de aquisição. A meta da empresa é reduzir os custos em € 800 milhões nos próximos dez anos. O efeito cumulativo da redução de custos e aumento das receitas assegurará o quinto e último objetivo estratégico: aumentar a autonomia financeira da empresa.

No nível micro, a fusão inclui várias medidas em termos de gestão da nova empresa. O aumento das receitas baseia-se em um novo modelo tarifário e também aluguéis adicionais através de novas concessões que foram concedidas à empresa pelo governo. Além disso, existe um novo plano integrado de investimentos e um programa de gestão de ativos, o que inclui a venda de ativos considerados desnecessários. Além disso, a empresa examinará a duplicação de funções e serviços fornecidos tanto por rodovia quanto por ferrovia. Também procurará reduzir os custos de manutenção, eliminando a duplicação. No caso de aquisições, vários contratos beneficiarão de uma economia de escala. Esta fusão trouxe uma redução significativa na estrutura

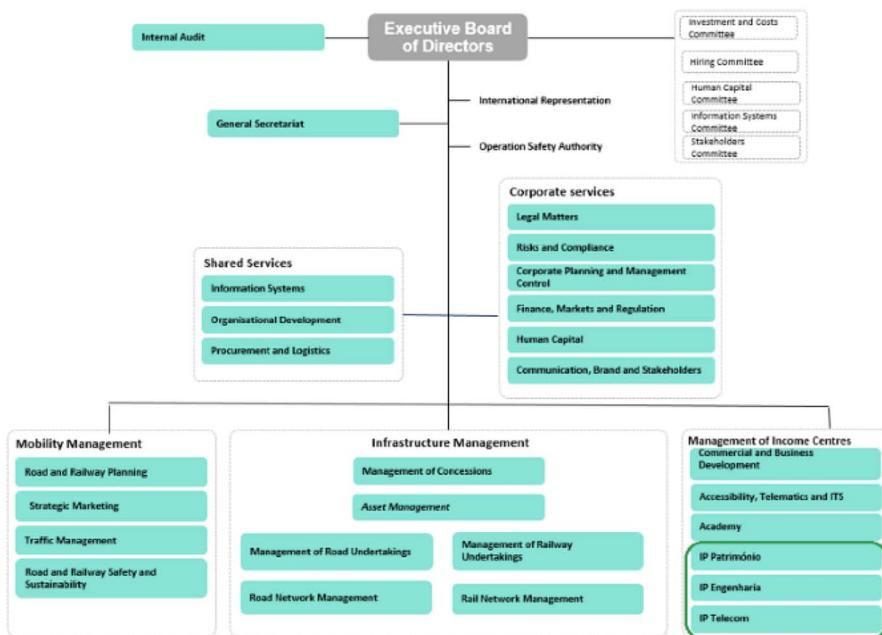


FIGURA 2 – Estrutura organizacional pós-fusão

Source: Infraestruturas de Portugal

da organização, resultando na eliminação de departamentos e na redução do número de gestor de alto e médio nível. A nova empresa é projetada para vários serviços compartilhados, o que eliminará sobreposições funcionais e redundâncias. Essas redundâncias ocorrem principalmente nos serviços corporativos e compartilhados. A Figura 2 apresenta uma visão geral da estrutura organizacional final da empresa após a fusão.

## 5. RESULTADOS DA FUSÃO

Dado que a fusão só foi efetuada em meados de 2015, ainda há poucos dados para obter conclusões sólidas. No entanto, comparando o primeiro semestre completo pós-fusão (1.º semestre de 2016) com o semestre anterior à pré-fusão (1.º semestre de 2015), há sinais de melhoria:

- O pessoal foi reduzido em 2% (num total de 3850 trabalhadores);
- O rácio custo / rendimento com uma melhoria global de 3;
- O EBIDTA<sup>1</sup> no primeiro semestre de 2016 foi positivo em 5,1 Milhões de Euros, comparado a um negativo de 12,3 no primeiro semestre de 2015;
- Receita operacional aumentou 7,4%;
- O rácio de pontualidade global melhorou 2%.

No longo prazo, a poupança estimada será de 40 a 50 milhões de Euros por ano, mas no primeiro ano a redução de custos ainda é pequena. Normalmente em fusões, o primeiro ano representa investimento, dada a necessidade de realocar funcionários e negociar possíveis benefícios.

## 6. CONCLUSÕES

A fusão entre a empresa portuguesa de infraestruturas rodoviárias e a infraestrutura ferroviária é uma experiência relativamente nova a nível internacional. O que pode ser discutido e aprendido com essa fusão? Quais são as implicações?

A primeira implicação é que, após um período de forte investimento em infraestruturas no setor de transportes, chegou o momento de focar mais na

---

<sup>1</sup> Earnings before interests, taxes, depreciations and amortizações; isto é, resultado antes de juros, impostos, depreciações e amortizações.

eficiência e no uso racional desses ativos. À medida que as restrições orçamentais na Europa aumentam, há uma necessidade urgente de reduzir os déficits atuais que caracterizam a maioria das operações de transporte e criar valor a partir dos grandes investimentos realizados. A fusão de infraestruturas em setores diferentes, mas complementares, tem potencial para aumentar a interligação e a mobilidade. Focar na mobilidade multimodal coloca as necessidades dos clientes no centro da visão estratégica, afastando-se de uma estratégia puramente “baseada em infraestrutura” tradicional. Melhorias substanciais podem ser obtidas pelo posicionamento da nova empresa como gestor de mobilidade multimodal. Além disso, a fusão pode fornecer potencial não apenas para a gestão de ativos, mas também sinergias e autonomia financeira (reduzindo custos e aumentando receitas) por meio de um serviço melhor, mais seguro e eficiente. Ao melhorar a sustentabilidade financeira, também há espaço para novas medidas, como cortes adicionais nos custos, particularmente em pessoal e aquisições, bem como o desmembramento de algumas das concessões. A redução de custos pode ser conseguida essencialmente através da redução do pessoal (por exemplo, serviços duplicados) e economias de escala na aquisição e gestão de obras públicas tanto na rede ferroviária como na rede rodoviária. O aumento da receita será mais complexo e dependerá da capacidade de efetivamente ter uma política de preços (sobre a rede ferroviária e rodoviária) que possa fornecer uma melhor gestão da procura. A securitização de receitas futuras (uma operação financeira em que um consórcio financeiro pagará uma quantia fixa no início do contrato pelo direito de cobrar receitas futuras por um longo período) também é uma possibilidade.

Embora esta recente fusão tenha sido decidida e implementada em 2014-2015, ainda não mostrou evidências irrefutáveis de seus resultados. Há espaço para pesquisas futuras e só assim será possível avaliar o impacto total dessa fusão. No entanto, tal como a análise exigirá um mínimo de 5 anos de fusão consolidada, para ter os impactos finais (e definitivos).

## BIBLIOGRAFIA

- AMDAL, E., BÅRDSEN, G., JOHANSEN, K., & WELDE, M.  
2007 Operating costs in Norwegian toll companies: a panel data analysis.  
*Transportation*, 34(6), 681-695
- ANDREOU, P. C., LOUCA, C., & PANAYIDES, P. M.  
2012 Valuation effects of mergers and acquisitions in freight transportation.  
*Transportation Research Part E: Logistics and Transportation Review*, 48(6), 1221-1234
- BERIA, P., PONTI, M. & RAMELLA, F.  
2015 Introduction: Economic regulation of transport infrastructure, theory and practices, 41, 1-4
- BITZAN, J. D. & THEODORE E.  
2007 Economies of density and regulatory change in the U.S. railroad freight industry. *Journal of Law and Economics*, volume 50, February, pp. 157-179
- BITZAN, J. D., & WILSON, W. W.  
2007 Industry costs and consolidation: efficiency gains and mergers in the US railroad industry. *Review of Industrial Organization*, 30(2), 81-105
- BROWN, A. W. Jr.  
1954 Employee protection and the regulation of public utilities: Mergers, consolidations, and abandonment of facilities in the transportation industry. *The Yale Law Journal*, 63(4), 445-470
- CHAPIN, A., & SCHMIDT, S.  
1999 Do mergers improve efficiency? Evidence from deregulated rail freight. *Journal of Transport Economics and Policy*, 147-162
- COLANGELO, G.  
1995 Vertical vs. Horizontal integration: pre-emptive merging. *The Journal of Industrial Economics*, 323-337
- COX, A. J. & PORTES, J.  
1998 Mergers in regulated industries: the uses and abuses of event studies. *Journal of Regulatory Economics*, 14(3), 281-304
- CRUZ, C. O., & MARQUES, R. C.  
2011 Revisiting the Portuguese experience with public-private partnerships. *African Journal of Business Management. Academic Journals*

- GOMEZ-IBANEZ, J.
- 2003 Regulating infrastructure: Monopoly, contracts, and discretion. The Harvard University Press
- HARRIS, R. G., & WINSTON, C.
- 1983 Potential benefits of rail mergers: An econometric analysis of network effects on service quality. *The Review of Economics and Statistics*, 32-40
- LARSON, P. D.
- 2013 Deregulation of and mergers among American and Canadian railroads: A study of four decades. *Research in Transportation Business & Management*, 6, 11-18
- LEVIN, R. C., & WEINBERG, D. H.
- 1979 Alternatives for restructuring the railroads: End-to-end or parallel mergers? *Economic Inquiry*, 17(3), 371-88
- MARTYNOVA, M., RENNEBOOG, L.
- 2008 A century of corporate takeovers: What have we learned and where do we stand? *Journal of Banking and Finance* 32, 2148-2177
- MIRANDA SARMENTO, J., & RENNEBOOG, L.
- 2014a The Portuguese experience with public-private partnerships. CentER Discussion Paper, 2014
- 2014b Anatomy of public-private partnerships: Their creation, financing, and renegotiations. CentER Discussion Paper, 2014
- NASH, C.
- 2008 Passenger railway reform in the last 20 years – European experience reconsidered. *Research in Transportation Economics*, 22(1), 61-70
- ODECK, J.
- 2008 How efficient and productive are road toll companies?: Evidence from Norway. *Transport Policy*, 15(4), 232-241
- OZBEK, M. E., DE LA GARZA, J. M., & TRIANTIS, K.
- 2010 Data and modeling issues faced during the efficiency measurement of road maintenance using data envelopment analysis. *Journal of Infrastructure Systems*, 16(1), 21-30
- STEHMANN, O., & ZENGER, H.
- 2011 The competitive effects of rail freight mergers in the context of European liberalization. *Journal of Competition Law and Economics*, 7(2), 455-479
- SUN, H. L., & TANG, A. P.
- 2000 The sources of railroad merger gains: Evidence from stock price reaction and operating performance. *Transportation journal*, 14-26

- WIESENTHAL, T., CONDEÇO-MELHORADO, A., & LEDUC, G.
- 2015      Innovation in the European transport sector: A review. *Transport Policy*,  
42, 86-93
- WINSTON, C., MAHESHRI, V., & DENNIS, S. M.
- 2011      Long-run effects of mergers: The case of US western railroads. *Journal of  
Law and Economics*, 54 (2), 275-304



# BREVES NOTAS SOBRE SEGURANÇA DA INFORMAÇÃO, ACESSO A DADOS E PRIVACIDADE

*Carlos Pinto de Abreu\**

**ABSTRACT:** *This article analyses issues of information security, of privacy, of protection of the intimacy of the private life and of the principle of the inviolability of communications, as well as the rules on transparency, on data access, on data confidentiality and on data protection, taking into account the need to reduce the growing personal and organizational risks with regard to these matters, by highlighting, with case studies, the role and responsibility of the regulating authorities, in particular of the ICP-ANACOM.*

**ÍNDICE:** 1. Vida privada e legitimidade no acesso a dados; 2. Segurança da informação, segredos e sigilos; 3. Intimidade, privacidade e dados reservados; 4. Governação, transparência e reserva nas organizações; 5. O acesso à informação e a qualidade dos dados; 6. A liberdade de informação na Constituição e na Lei do Acesso aos Documentos Administrativos; 7. O papel e a responsabilidade do ICP-ANACOM

## 1.

O escrupuloso respeito pela privacidade, a adequada salvaguarda da intimidade da vida privada e o princípio da inviolabilidade das comunicações<sup>1</sup>, bem como a magna questão da legitimidade ou ilegitimidade do acesso a dados e,

\* Advogado. Texto que serviu de base a ação de formação do ICP-ANACOM sobre *Segurança da Informação* e realizada na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, com a sua coordenação, a do Eng.º Manuel Barros (DSC) e a do Professor Doutor Eduardo Vera-Cruz Pinto (FDUL). O texto é publicado na velha ortografia por opção do autor.

1 O Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 10 de Janeiro de 2005, processo 2013/04-1, decidiu que: “I – A distinção entre dados de tráfego das comunicações e o seu conteúdo é, hoje em dia irrelevante, já que a Lei 41/2004, de 18 de Agosto, equipara os dados de tráfego aos dados de conteúdo para efeitos de garantia da inviolabilidade das comunicações” e que “III – Na preservação do chamado ‘direito à intimidade da vida privada’, prevê a lei – que nesta área das telecomunicações, o dever de sigilo, conexo com o referido direito, possa ser invocado. Aliás, constitui crime, p.p. nos termos do art.º 198.º do Cód. Penal, a violação do dever de sigilo.” Já a Lei do Cibercrime considera o acesso a dados de tráfego como um *minus* em relação aos de conteúdo.

sobretudo, a *segurança*, a *obtenção*, a *transparência*, a *disponibilização*, a *divulgação*, a *comunicação* e a *publicitação* de informação não são preocupações exclusivas das autoridades reguladoras, de controlo ou de supervisão; e dos seus dirigentes, funcionários, ou colaboradores; são direitos do homem, por isso humanos, universais, básicos ou fundamentais, oponíveis a todas as pessoas.

Neste texto meramente informativo e sem pretensões, elaborado como suporte para uma ação de formação interna de vários quadros do ICP-ANACOM, procuraremos tocar cada uma destas realidades de modo informativo, prático, concreto, sintético e útil, mas sempre partindo de uma perspectiva jurídica própria e interessada, a fim de *compreender e reduzir* riscos e *vulnerabilidades* pessoais e organizacionais e, igualmente, para promover a *partilha* de legislação e de jurisprudência, a *divulgação* do saber e do *saber-fazer*<sup>2</sup>.

Duas das áreas que irão ser particularmente abordadas são precisamente a da segurança<sup>3</sup>, numa das suas várias vertentes, e a do sigilo das telecomunicações<sup>4</sup> e, nessa medida, as regras de protecção e as *excepções*, bem como os especiais deveres das autoridades no exercício dos poderes de conformação, de controlo e de disciplina da actividade dos regulados e, por tabela, dos

2 Esta concreta preocupação com a segurança tem já mais de uma década. Cfr. o teor da Comunicação da Comissão ao Conselho, ao parlamento Europeu, ao Comité Económico e Social e ao Comité das Regiões para *criar uma Sociedade de Informação mais segura reforçando a segurança das infra-estruturas de informação e lutando contra a cibercriminalidade*, COM(2000) 890 final, de 26.01.2001. Mas tem-se vindo a sentir a crescente necessidade de promover a segurança informacional, física e digital – v.g. na integridade das redes e na fiabilidade dos dados.

3 A prova digital tem especiais problemas de segurança desde logo quanto à sua autoria, fidedignidade ou genuinidade, como foi desde logo reconhecido. O Decreto-Lei n.º 88/2009, de 9 de Abril, regula a validade, a eficácia, o valor probatório dos documentos electrónicos e, em especial, a assinatura electrónica. São também importantes nesta matéria o Decreto Regulamentar n.º 25/2004, de 15 de Julho, que aprova as regras técnicas e de segurança exigíveis às entidades certificadoras que emitem certificados qualificados e a Portaria n.º 597/2009, de 4 de Junho, que rege os termos a que obedece o registo das entidades certificadoras que emitem certificados qualificados.

4 A Lei n.º 41/2004, de 18 de Agosto, com as alterações da Lei n.º 46/2012, de 29 de Agosto, estatui no seu artigo 4.º, sob a epígrafe de Inviolabilidade das comunicações electrónicas, que “1 – As empresas que oferecem redes e ou serviços de comunicações electrónicas devem garantir inviolabilidade das comunicações e respectivos dados de tráfego realizados através de redes públicas de comunicações e de serviços de comunicações electrónicas acessíveis ao público. 2 – É proibida escuta, instalação de dispositivos de escuta, o armazenamento ou outros meios de intercepção ou vigilância de comunicações e dos respectivos dados de tráfego por terceiros sem o consentimento prévio e expresso dos utilizadores, com excepção dos casos previstos na lei. 3 – O disposto no presente artigo não impede as gravações legalmente autorizadas de comunicações e dos respectivos dados de tráfego, quando realizadas no âmbito de práticas comerciais lícitas, para o efeito de prova de uma transacção comercial nem de qualquer outra comunicação feita no âmbito de uma relação contratual, desde que o titular dos dados tenha sido disso informado e dado o seu consentimento.4 – São autorizadas as gravações de comunicações de e para serviços públicos destinados a prover situações de emergência de qualquer natureza.”

poderes e deveres de outras autoridades, designadamente judiciais, judiciárias, policiais e administrativas, nos procedimentos da sua competência.

A análise de alguns destes temas irá aqui ser feita à luz dos normativos vigentes que regulam organização interna e regimes; das leis e boas regras que presidem ao exercício das suas atribuições e da sua concreta actividade, actividade essa que tem vindo a ganhar uma crescente importância e, correspondentemente, a consolidar a independência orgânica e funcional, bem assim como a autoridade e o prestígio desta concreta instituição pública, a quem se deve a génesis e organização deste evento, o ICP-ANACOM.

## 2.

Os temas da segurança<sup>5</sup>, dos segredos e do sigilo convocam as realidades práticas da fidedignidade da informação e, claro, do acesso aos dados<sup>6</sup>, que pode

5 Existem já vários mecanismos tecnológicos, e estão a ser desenvolvidos outros, para melhorar a segurança no ciberespaço. Esta resposta tecnológica inclui medidas para garantir a segurança de elementos críticos das infraestruturas através da utilização de infraestruturas essenciais públicas (PKI), do desenvolvimento de protocolos de segurança, etc.; garantir a segurança de ambientes privados e públicos através do desenvolvimento de programas informáticos de qualidade, proteções (*firewalls*), programas antivírus, sistemas electrónicos de gestão de direitos, codificação, etc. [e] garantir a autenticação de utilizadores autorizados, a utilização de cartões inteligentes, a identificação biométrica, as assinaturas electrónicas, as tecnologias de acesso pela função, etc. – cfr. Comissão Europeia, 2001.

6 E é por isso que “nos serviços de telecomunicações podem distinguir-se, fundamentalmente, três espécies ou tipologias de dados ou elementos: os dados relativos à conexão à rede, ditos dados de base; os dados funcionais necessários ao estabelecimento de uma ligação ou comunicação e os dados gerados pela utilização da rede (por exemplo, localização do utilizador, localização do destinatário, duração da utilização, data e hora, frequência), dados de tráfego; e os dados relativos ao conteúdo da comunicação ou da mensagem, dados de conteúdo. Sendo os vários serviços de telecomunicações utilizados para a transmissão de comunicações verbais ou de outro tipo (mensagens escritas, dados por pacotes), os elementos inerentes à comunicação podem, por outro lado, estruturar-se numa composição sequencial em quatro tempos: a fase prévia à comunicação, o estabelecimento da comunicação, a fase da comunicação propriamente dita e a fase posterior à comunicação. No primeiro tempo relevam essencialmente os dados de base, enquanto que nos restantes importa essencialmente a consideração dos dados de tráfego e de conteúdo. Os dados de base constituem, na perspectiva dos utilizadores, os elementos necessários ao acesso à rede, designadamente através da ligação individual e para utilização própria do respectivo serviço: interessa aqui essencialmente o número e os dados através dos quais o utilizador tem acesso ao serviço. (...) Diversamente dos elementos de base (elementos necessários ao estabelecimento de uma base para comunicação), que estão aquém, antes, são prévios e instrumentos de qualquer comunicação, os chamados elementos de tráfego (elementos funcionais da comunicação), como os elementos ditos de conteúdo, têm já a ver directamente com a comunicação, quer sobre a respectiva identificabilidade, quer relativamente ao conteúdo propriamente dito da mensagem ou da comunicação. Os elementos ou dados funcionais (de tráfego), necessários ou produzidos pelo estabelecimento da ligação da qual uma comunicação concreta, com determinado conteúdo, é operada ou transmitida, são a direcção, o destino (*adressage*) e a via, o trajecto (*routage*). (...) Estes elementos funcionalmente necessários ao estabelecimento e à direcção da comunicação identificam, ou permitem identificar a comunicação: quando conservados, possibilitam a

ser obrigatório, conforme ou não conforme à lei e, se desconforme, pode configurar mesmo, entre outros ilícitos, um crime e, como já foi dito (Snowden), até um crime contra a humanidade.

Elementos essenciais, pois, da fidedignidade ou da segurança de informação são sobretudo três – a autoria, a genuinidade e a integridade, tanto que, para além do crime de falsificação, no Código Penal, até a tutela nos novos domínios digitais foi reforçada com a previsão específica do crime de falsidade informática, na Lei do Cibercrime.<sup>7</sup>

Por outro lado, a ilegitimidade de acesso aos dados armazenados num sistema informático pode constituir, entre outros, um crime de acesso ilegítimo<sup>8</sup> estatuído na Lei n.º 109/2009, de 15 de Setembro, no seu artigo 6.º, ou

---

*identificação das comunicações entre o eminente e o destinatário, a data, o tempo, e a frequência das ligações efectuadas. Constituem, pois, elementos já inerentes à própria comunicação, na medida em que permitem identificar, em tempo real ou a posteriori, os utilizadores, o relacionamento directo entre uns e outros através da rede, a localização, a frequência, a data, hora e duração da comunicação, devem participar das garantias a que está submetida a utilização do serviço, especialmente tudo quanto respeite ao sigilo das comunicações. Finalmente, os elementos de conteúdo – dados relativos ao próprio conteúdo da mensagem, da correspondência enviada através da utilização da rede".* (Cfr., por todos, o doutamente decidido no Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 12 de Abril de 2010, processo n.º 1341/08.4TAVCT – <http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/045285606f260ef2802577180050fdf9?OpenDocument&Highlight=0,anacom>.

7 Estabelece o artigo 3.º, n.º 1 da Lei n.º 109/2009 de 15 de Setembro, intitulada Lei do Cibercrime, que “1 – Quem, com intenção de provocar engano nas relações jurídicas, introduzir, modificar, apagar ou suprimir dados informáticos ou por qualquer outra forma interferir num tratamento informático de dados, produzindo dados ou documentos não genuínos, com a intenção de que estes sejam considerados ou utilizados para finalidades juridicamente relevantes como se o fossem, é punido com pena de prisão até 5 anos ou multa de 120 a 600 dias.”

8 A Lei n.º 109/2009, de 15 de Setembro, estatui no seu artigo 6.º, sob a epígrafe de Acesso ilegítimo, que “1 – Quem, sem permissão legal ou sem para tanto estar autorizado pelo proprietário, por outro titular do direito do sistema ou de parte dele, de qualquer modo aceder a um sistema informático, é punido com pena de prisão até um sistema informático, é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 120 dias. 2 – Na mesma pena incorre quem ilegitimamente produzir, vender, distribuir ou por qualquer outra forma disseminar ou introduzir num ou mais sistemas informáticos dispositivos, programas, um conjunto executável de instruções, um código ou outros dados informáticos destinados a produzir as acções não autorizadas descritas no número anterior. 3 – A pena é de prisão até 3 anos ou multa se o acesso for conseguido através de violação de regras de segurança. 4 – A pena é de prisão de 1 a 5 anos quando: a) Através do acesso, o agente tiver tomado conhecimento de segredo comercial ou industrial ou de dados confidenciais, protegidos por lei; ou b) O benefício ou vantagem patrimonial obtidos forem de valor consideravelmente elevado. 5 – A tentativa é punível, salvo nos casos previstos no n.º 2. 6 – Nos casos previstos nos n.os 1, 3 e 5 o procedimento penal depende de queixa.”

um crime de violação de correspondência ou de telecomunicações<sup>9</sup> previsto no artigo 194.º do Código Penal, em particular no seu n.º 2, ou, ainda, um crime de violação de segredo de correspondência ou de telecomunicações<sup>10</sup> de acordo com o disposto na als. a) a c) do artigo 384.º do Código Penal, designadamente quando estejamos perante funcionário de serviços de telecomunicações, e, claro, consoante as circunstâncias e se estivermos a falar do direito interno.<sup>11</sup>

Em matéria de acesso a dados, é necessário destrinçar a natureza dos dados de que estamos a tratar, ou de que estejamos a falar, embora tal distinção seja hoje menos importante do ponto de vista prático, pois que agora todos “os elementos de informação respeitantes aos utilizadores de serviços de telecomunicações, geralmente designados como dados de tráfego e dados de conteúdo, e bem assim os dados de base relativamente aos quais os utilizadores tenham requerido um

---

<sup>9</sup> O Código Penal, estatui no Livro II, Título I, Capítulo I, artigo 194.º, sob a epígrafe de violação de correspondência ou de telecomunicações, que “1 – Quem, sem consentimento, abrir encomenda, carta ou qualquer outro escrito que se encontre fechado e lhe não seja dirigido, ou tomar conhecimento, por processos técnicos, do seu conteúdo, ou impedir, por qualquer modo, que seja recebido pelo destinatário, é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 240 dias. 2 – Na mesma pena incorre quem, sem consentimento, se intrometer no conteúdo de telecomunicação ou dele tomar conhecimento. 3 – Quem, sem consentimento, divulgar o conteúdo de cartas, encomendas, escritos fechados, ou telecomunicações a que se referem os números anteriores, é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 240 dias.”

<sup>10</sup> O Código Penal, estatui no Capítulo IV, Secção IV, artigo 384.º, sob a epígrafe de Violação de segredo de correspondência ou de telecomunicações, de acordo com o disposto nas alíneas a) a c), que “O funcionário de serviços dos correios, telégrafos, telefones ou telecomunicações que, sem estar devidamente autorizado: a) Suprimir ou subtrair carta, encomenda, telegrama ou outra comunicação confiada àqueles serviços e que lhe é acessível em razão das suas funções; b) Abrir carta, encomenda ou outra comunicação que lhe é acessível em razão das suas funções ou, sem a abrir, tomar conhecimento do seu conteúdo; c) Revelar a terceiros comunicações entre determinadas pessoas, feitas pelo correio, telégrafo, telefone ou outros meios de telecomunicação daqueles serviços, de que teve conhecimento em razão das suas funções.”

<sup>11</sup> “A própria natureza das infracções informáticas coloca, quer a nível nacional quer internacional, o problema dos procedimentos aplicáveis, na medida em que afectam soberanias, competências e legislações diferentes. Mais do que em relação a qualquer outra forma de criminalidade transnacional, a rapidez, a mobilidade e a flexibilidade da criminalidade informática desafiam as regras existentes em matéria de direito penal processual” – cfr. Comissão Europeia, 2001. Ali se elencam “quatro categorias de infracções penais: 1) infracções contra a confidencialidade, a integridade e a disponibilidade dos dados e sistemas informáticos; 2) infracções informáticas; 3) infracções relativas aos conteúdos e 4) infracções associadas às violações da propriedade intelectual e dos direitos conexos”. Nestes direitos conexos estão a protecção da privacidade e da intimidade da vida privada.

*regime de confidencialidade (...) estão sujeitos ao sigilo das comunicações<sup>12</sup> (Parecer n.º 21/2000 da PGR).*

Contudo não foi assim inicialmente pois “em relação aos dados de base, ainda que cobertos pelo sistema de confidencialidade a solicitação do assinante, tendo em consideração que o sigilo profissional em causa releva de um simples interesse pessoal do utilizador que não contende com a respectiva esfera privada íntima, os correspondentes elementos de informação poderão ser comunicados, a pedido de qualquer autoridade judiciária, para fins de investigação criminal” (Circular n.º 8/2000, da PGR)<sup>13</sup>.

A Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto, submeteu a obtenção de dados de localização celular ou de registo de conversações ou de comunicações às regras de catálogo de crimes e da indicação de alvos do regime das escutas telefónicas, sujeitando esta obtenção de prova, sem discriminação, à reserva de juiz<sup>14</sup>.

---

12 Convém esclarecer, mais uma vez, que “uma classificação aglutinadora dos dados pessoais (...), podemos distinguir três tipos de dados: os dados de base, os dados de tráfego e os dados de conteúdo. Os dados de base consistem nos elementos fornecidos pelo utilizador à empresa que fornece o acesso à rede e ou ao serviço de comunicações electrónicas, v.g., nome, morada, e os dados que aquela empresa fornece, em sentido inverso, ao utilizador para efeito de interligação à rede e ou ao serviço de comunicações electrónicas, v.g., número de acesso, nome de utilizador, password. Os dados de tráfego dizem respeito aos elementos funcionais da comunicação e permitem o envio da comunicação através de uma rede de comunicações electrónicas, v.g., data e hora do início da sessão (login) e do fim (logoff) da ligação ao serviço de acesso à Internet, endereço de IP atribuído pelo operador, volume de dados transmitidos, entre outros. Os dados de conteúdo baseiam-se no conteúdo da comunicação transmitida pela rede de comunicações electrónicas”. Mas mais recentemente “com a evolução das directivas comunitárias em matéria de comunicações electrónicas verificou-se uma metamorfose no paradigma da protecção jurídica dos dados pessoais em que, ao lado da mencionada trilogia de dados de tráfego, de base e de conteúdo, surge agora a definição de dados de localização”.

13 E também a Lei n.º109/2009, de 15 de Setembro, a Lei do Cibercrime, estabelece, no seu art. 14.º, n.º 4, que “o disposto no presente artigo é aplicável a fornecedores de serviço, a quem pode ser ordenado que comuniquem ao processo dados relativos aos seus clientes ou assinantes, neles se incluindo qualquer informação diferente dos dados relativos ao tráfego ou ao conteúdo, contida sob a forma de dados informáticos ou sob qualquer outra forma, detida pelo fornecedor de serviços, e que permita determinar: a) O tipo de serviço de comunicação utilizado, as medidas técnicas tomadas a esse respeito e o período de serviço; b) A identidade, a morada postal ou geográfica e o número de telefone do assinante, e qualquer outro número de acesso, os dados respeitantes à facturação e ao pagamento, disponíveis com base num contrato ou acordo de serviços; ou c) Qualquer outra informação sobre a localização do equipamento de comunicação, disponível com base num contrato ou acordo de serviços.”

14 “Constitui uma devassa intolerável da privacidade do cidadão a localização celular se não está concretizado nenhum alvo, nem existe a probabilidade forte de os elementos pretendidos poderem vir a evidenciar um qualquer suspeito dos atos em investigação”. Cfr. o teor do Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 21 de Maio de 2013.

Assim, numa formulação compreensiva tanto se pode ter, pessoal ou institucionalmente, inteira legitimidade no acesso aos dados, como, na medida em que a obtenção destes dados seja precedida do acesso ilegal ou não autorizado a um sistema informático, ficar incurso num crime de acesso ilegítimo ou, até, noutro tipo e natureza de responsabilidade.

Com efeito, se estivermos já no âmbito processual ou procedural, tanto se pode lograr uma obtenção de prova por meios legais e processualmente admitidos<sup>15</sup>, como por meio de desrespeito ou de violação das regras substantivas e processuais<sup>16</sup>, podendo gerar-se deste modo vícios processuais de diferentes gravidade e efeitos, conforme o caso.

Ou seja, o desrespeito ou a violação das regras substantivas e processuais, no processo-crime, pode gerar proibições de prova, nulidades insanáveis, nulidades dependentes de arguição ou meras irregularidades, e, no processo contraordenacional, simplesmente nulidades, embora estas também possam ter diversa natureza e diferentes efeitos.

E assim há que evitar incorrer em actos ou omissões que possam implicar violação de deveres de função ou, até, no limite, violação de segredos, devassa da vida privada ou violação da protecção de dados pessoais, cumprindo e fazendo cumprir os pressupostos legais e os limites constitucionais à obtenção e utilização de informação, ou de prova digital, em instâncias informais, pessoais, ou judiciais, mas não só.

E isto sob pena de violação de lei e perda da prova, sem prejuízo da responsabilidade criminal, civil e disciplinar que possa ser invocada, por infracção dolosa ou negligente das normas procedimentais que ao caso couberem.

---

<sup>15</sup> O Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 13 de Junho de 2002, decidiu então que “*Não nos deparamos com qualquer violação do segredo das telecomunicações ou profissional quando se fornece ao Tribunal a informação quanto à residência dum assinante*”.

<sup>16</sup> O Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 20 de Dezembro de 2012, decidiu que ”*I – A defesa do entendimento que se considera adequado à salvaguarda de sigilo a que se está obrigado, com o propósito de o quebrar nas condições que se entendam isentas de responsabilidade, não pode considerar-se como conduta que embaraça o regular andamento de um processo*” e que ”*II – Em simultâneo, não pode julgar-se ilegítima a recusa na prestação de elementos solicitados e impor-se a sanção prevista no n.º 2 do artigo 521.º do Código de Processo Penal. Tal sanção apenas pode ser imposta se, tornando-se definitiva a decisão sobre ilegitimidade da recusa, quem está obrigado a prestar informações persistir em não as fornecer.*”

Em matéria de normas processuais neste domínio, existem meios clássicos da obtenção de prova, onde avultam, desde logo, a apreensão de correspondência<sup>17</sup> e as intercepções nas comunicações<sup>18</sup>.

17 O Código de Processo Penal, estatui no Livro III, Título III, Capítulo III, artigo 179.º, sob a epígrafe de Apreensão de correspondência, que “1 – Sob pena de nulidade, o juiz pode autorizar ou ordenar, por despacho, a apreensão, mesmo nas estações de correios e de telecomunicações, de cartas, encomendas, valores, telegramas ou qualquer outra correspondência, quando tiver fundadas razões para crer que: a) A correspondência foi expedida pelo suspeito ou lhe é dirigida, mesmo que sob nome diverso ou através de pessoa diversa; b) Está em causa crime punível com pena de prisão superior, no seu máximo, a 3 anos; e c) A diligência se revelará de grande interesse para a descoberta da verdade ou para a prova. 2 – É proibida, sob pena de nulidade, a apreensão e qualquer outra forma de controlo da correspondência entre o arguido e o seu defensor, salvo se o juiz tiver fundadas razões para crer que aquela constitui objecto ou elemento de um crime. 3 – O juiz que tiver autorizado ou ordenado a diliggência é a primeira pessoa a tomar conhecimento do conteúdo da correspondência apreendida. Se a considerar relevante para a prova, fá-la juntar ao processo; caso contrário, restituí-a a quem de direito, não podendo ela ser utilizada como meio de prova, e fica ligado por dever de segredo relativamente àquilo de que tiver tomado conhecimento e não tiver interesse para a prova.”

18 O Código de Processo Penal, estatui no Livro III, Título III, Capítulo IV, nos artigos 187.º, 188.º, 189.º e 190.º, respectivamente, o seguinte sobre: Admissibilidade – “1 – A intercepção e a gravação de conversações ou comunicações telefónicas só podem ser autorizadas durante o inquérito, se houver razões para crer que a diligência é indispensável para a descoberta da verdade ou que a prova seria, de outra forma, impossível ou muito difícil de obter, por despacho fundamentado do juiz de instrução e mediante requerimento do Ministério Público, quanto a crimes: a) Puníveis com pena de prisão superior, no seu máximo, a 3 anos; b) Relativos ao tráfico de estupefacientes; c) De detenção de arma proibida e de tráfico de armas; d) De contrabando; e) De injúria, de ameaça, de coacção, de devassa da vida privada e perturbação da paz e do sossego, quando cometidos através de telefone; f) De ameaça com prática de crime ou de abuso e simulação de sinais de perigo; ou g) De evasão, quando o arguido haja sido condenado por algum dos crimes previstos nas alíneas anteriores. 2 – A autorização a que alude o número anterior pode ser solicitada ao juiz dos lugares onde eventualmente se puder efectivar a conversação ou comunicação telefónica ou da sede da entidade competente para a investigação criminal, tratando-se dos seguintes crimes: a) Terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada; b) Sequestro, rapto e tomada de reféns; c) Contra a identidade cultural e integridade pessoal, previstos no título iii do livro ii do Código Penal e previstos na Lei Penal Relativa às Violações do Direito Internacional Humanitário; d) Contra a segurança do Estado previstos no capítulo i do título v do livro ii do Código Penal; e) Falsificação de moeda ou títulos equiparados a moeda prevista nos artigos 262.º, 264.º, na parte em que remete para o artigo 262.º, e 267.º, na parte em que remete para os artigos 262.º e 264.º, do Código Penal; f) Abrangidos por convenção sobre segurança da navegação aérea ou marítima. 3 – Nos casos previstos no número anterior, a autorização é levada, no prazo máximo de setenta e duas horas, ao conhecimento do juiz do processo, a quem cabe praticar os actos jurisdicionais subsequentes. 4 – A intercepção e a gravação previstas nos números anteriores só podem ser autorizadas, independentemente da titularidade do meio de comunicação utilizado, contra: a) Suspeito ou arguido; b) Pessoa que sirva de intermediário, relativamente à qual haja fundadas razões para crer que recebe ou transmite mensagens destinadas ou provenientes de suspeito ou arguido; ou c) Vítima de crime, mediante o respectivo consentimento, efectivo ou presumido. 5 – É proibida a intercepção e a gravação de conversações ou comunicações entre o arguido e o seu defensor, salvo se o juiz tiver fundadas razões para crer que elas constituem objecto ou elemento de crime. 6 – A intercepção e a gravação de conversações ou comunicações são autorizadas pelo prazo máximo de três meses, renovável por períodos sujeitos ao mesmo limite, desde que se verifiquem os respectivos requisitos de admissibilidade. 7 – Sem prejuízo do disposto no artigo 248.º, a gravação de conversações ou comunicações só pode ser utilizada em outro processo, em curso ou a instaurar, se tiver resultado de intercepção de meio de comunicação utilizado por pessoa referida no n.º 4 e na medida em que for indispensável à prova de crime previsto no n.º 1. 8 – Nos casos previstos no número anterior, os suportes técnicos das conversações ou comunicações e os despachos que fundamentaram as respectivas intercepções são juntos, mediante despacho

E existem, ainda em processo penal especial, e não obstante a regra geral da reserva de juiz, algumas medidas especiais de obtenção de prova digital previstas na Lei n.º 109/2009, de 15 de Setembro, a saber, a preservação

*do juiz, ao processo em que devam ser usados como meio de prova, sendo extraídas, se necessário, cópias para o efeito.”; Formalidades das operações – “1 – O órgão de polícia criminal que efectuar a intercepção e a gravação a que se refere o artigo anterior lavra o correspondente auto e elabora relatório no qual indica as passagens relevantes para a prova, descreve de modo sucinto o respectivo conteúdo e explica o seu alcance para a descoberta da verdade. 2 – O disposto no número anterior não impede que o órgão de polícia criminal que proceder à investigação tome previamente conhecimento do conteúdo da comunicação interceptada a fim de poder praticar os actos cautelares necessários e urgentes para assegurar os meios de prova. 3 – O órgão de polícia criminal referido no n.º 1 leva ao conhecimento do Ministério Público, de 15 em 15 dias a partir do início da primeira intercepção efectuada no processo, os correspondentes suportes técnicos, bem como os respectivos autos e relatórios. 4 – O Ministério Público leva ao conhecimento do juiz os elementos referidos no número anterior no prazo máximo de quarenta e oito horas. 5 – Para se inteirar do conteúdo das conversações ou comunicações, o juiz é coadjuvado, quando entender conveniente, por órgão de polícia criminal e nomeia, se necessário, intérprete. 6 – Sem prejuízo do disposto no n.º 7 do artigo anterior, o juiz determina a destruição imediata dos suportes técnicos e relatórios manifestamente estranhos ao processo: a) Que disserem respeito a conversações em que não intervenham pessoas referidas no n.º 4 do artigo anterior; b) Que abranjam matérias cobertas pelo segredo profissional, de funcionário ou de Estado; ou c) Cuja divulgação possa afectar gravemente direitos, liberdades e garantias; ficando todos os intervenientes vinculados ao dever de segredo relativamente às conversações de que tenham tomado conhecimento. 7 – Durante o inquérito, o juiz determina, a requerimento do Ministério Público, a transcrição e junção aos autos das conversações e comunicações indispensáveis para fundamentar a aplicação de medidas de coacção ou de garantia patrimonial, à excepção do termo de identidade e residência. 8 – A partir do encerramento do inquérito, o assistente e o arguido podem examinar os suportes técnicos das conversações ou comunicações e obter, à sua custa, cópia das partes que pretendam transcrever para juntar ao processo, bem como dos relatórios previstos no n.º 1, até ao termo dos prazos previstos para requerer a abertura da instrução ou apresentar a contestação, respectivamente. 9 – Só podem valer como prova as conversações ou comunicações que: a) O Ministério Público mandar transcrever ao órgão de polícia criminal que tiver efectuado a intercepção e a gravação e indicar como meio de prova na acusação; b) O arguido transcrever a partir das cópias previstas no número anterior e juntar ao requerimento de abertura da instrução ou à contestação; ou c) O assistente transcrever a partir das cópias previstas no número anterior e juntar ao processo no prazo previsto para requerer a abertura da instrução, ainda que não a requeira ou não tenha legitimidade para o efeito. 10 – O tribunal pode proceder à audição das gravações para determinar a correcção das transcrições já efectuadas ou a junção aos autos de novas transcrições, sempre que o entender necessário à descoberta da verdade e à boa decisão da causa. 11 – As pessoas cujas conversações ou comunicações tiverem sido escutadas e transcritas podem examinar os respectivos suportes técnicos até ao encerramento da audiência de julgamento. 12 – Os suportes técnicos referentes a conversações ou comunicações que não forem transcritas para servirem como meio de prova são guardados em envelope lacrado, à ordem do tribunal, e destruídos após o trânsito em julgado da decisão que puser termo ao processo. 13 – Após o trânsito em julgado previsto no número anterior, os suportes técnicos que não forem destruídos são guardados em envelope lacrado, junto ao processo, e só podem ser utilizados em caso de interposição de recurso extraordinário.”; Extensão – “1 – O disposto nos artigos 187.º e 188.º é correspondentemente aplicável às conversações ou comunicações transmitidas por qualquer meio técnico diferente do telefone, designadamente correio electrónico ou outras formas de transmissão de dados por via telemática, mesmo que se encontrem guardadas em suporte digital, e à intercepção das comunicações entre presentes. 2 – A obtenção e junção aos autos de dados sobre a localização celular ou de registos da realização de conversações ou comunicações só podem ser ordenadas ou autorizadas, em qualquer fase do processo, por despacho do juiz, quanto a crimes previstos no n.º 1 do artigo 187.º e em relação às pessoas referidas no n.º 4 do mesmo artigo.”; Nulidade – “Os requisitos e condições referidos nos artigos 187.º, 188.º e 189.º são estabelecidos sob pena de nulidade.”.*

expedita de dados<sup>19</sup>, a revelação expedita de dados de tráfego<sup>20</sup> e a injunção para apresentação ou concessão de acesso a dados<sup>21</sup>.

19 A Lei n.º 109/2009, de 15 de Setembro, estatui no seu artigo 12.º, sob a epígrafe de Preservação expedita de dados, que “1 – Se no decurso do processo for necessário à produção de prova, tendo em vista a descoberta da verdade, obter dados informáticos específicos armazenados num sistema informático, incluindo dados de tráfego, em relação aos quais haja receio de que possam perder-se, alterar-se ou deixar de estar disponíveis, a autoridade judiciária competente ordena a quem tenha disponibilidade ou controlo desses dados, designadamente a fornecer de serviço, que preserve os dados em causa. 2 – A preservação pode também ser ordenada pelo órgão de polícia criminal mediante autorização da autoridade judiciária competente ou quando haja urgência ou perigo na demora, devendo aquele, neste último caso, dar notícia imediata do facto à autoridade judiciária e transmitir-lhe o relatório previsto no artigo 253.º do Código de Processo Penal. 3 – A ordem de preservação discrimina, sob pena de nulidade: a) A natureza dos dados; b) A sua origem e destino, se forem conhecidos e; c) O período de tempo pelo qual deverão ser preservados, até um máximo de três meses. 4 – Em cumprimentos de ordem de preservação que lhe seja dirigida, quem tenha disponibilidade ou controlo sobre esses dados, designadamente o fornecedor de serviço, preserva de imediato os dados em causa, protegendo e conservando a sua integridade pelo tempo fixado, de modo a permitir à autoridade judiciária competente a sua obtenção, e fica obrigado a assegurar a confidencialidade da aplicação da medida processual. 5 – A autoridade judiciária competente pode ordenar a renovação da medida por períodos sujeitos ao limite previsto na alínea c) do n.º 3, desde que se verifiquem os respectivos requisitos de admissibilidade, até ao limite máximo de um ano”.

20 A Lei n.º 109/2009, de 15 de Setembro, estatui no seu artigo 13.º, sob a epígrafe de Revelação expedita de dados de tráfego, que, “tendo em vista assegurar a preservação dos dados de tráfego relativos a uma determinada comunicação, independentemente do número de fornecedores de serviço que nela participam, o fornecedor de serviço a quem essa preservação tenha sido ordenada nos termos do artigo anterior indica à autoridade judiciária ou ao órgão de polícia criminal, logo que o souber, outros fornecedores de serviço através dos quais aquela comunicação tenha sido efectuada, tendo em vista permitir identificar todos os fornecedores de serviço e a via através da qual aquela comunicação foi efectuada”.

21 A Lei n.º 109/2009, de 15 de Setembro, estatui no seu artigo 14.º, sob a epígrafe de Injunção para apresentação ou concessão do acesso a dados, “1 – Se no decurso do processo se tornar necessário à produção de prova, tendo em vista a descoberta da verdade, obter dados informáticos específicos e determinados, armazenados num determinado sistema informático, a autoridade judiciária competente ordena a quem tenha disponibilidade ou controlo desses dados que os comunique ao processo ou que permita o acesso aos mesmos, sob pena de punição por desobediência. 2 – A ordem referida no número anterior identifica os dados em causa. 3 – Em cumprimento da ordem descrita nos n.os 1 e 2, quem tenha disponibilidade ou controlo desses dados comunica esses dados à autoridade judiciária competente ou permite, sob pena de punição por desobediência, o acesso ao sistema informático onde os mesmos estão armazenados. 4 – O disposto no presente artigo é aplicável a fornecedores de serviço, a quem pode ser ordenado que comunique ao processo dados relativos aos seus clientes ou assinantes, neles se incluindo qualquer informação diferente dos dados relativos ao tráfego ou ao conteúdo, contida sob a forma de dados informáticos ou sob qualquer outra forma, detida pelo fornecedor de serviços, e que permita determinar: a) O tipo de serviço de comunicação utilizado, as medidas técnicas tomadas a esse respeito e o período de serviço; b) A identidade, a morada postal ou geográfica e o número de telefone do assinante, e qualquer outro número de acesso, os dados respeitantes à facturação e ao pagamento, disponíveis com base num contrato ou acordo de serviços; ou c) Qualquer outra informação sobre a localização do equipamento de comunicação, disponível com base num contrato ou acordo de serviços. 5 – A injunção prevista no presente artigo não pode ser dirigida a suspeito ou arguido nesse processo. 6 – Não pode igualmente fazer-se uso da injunção prevista neste artigo quanto a sistemas informáticos utilizados para o exercício da advocacia, das actividades médica e bancária e da profissão de jornalista. 7 – O regime de segredo profissional ou de funcionário e de segredo de Estado previsto no artigo 182.º do Código de Processo Penal é aplicável com as necessárias adaptações”.

Bem como, e ainda, pode lançar-se mão da pesquisa de dados informáticos<sup>22</sup>, da apreensão de dados informáticos<sup>23</sup> e da apreensão de

---

22 A Lei n.º 109/2009, de 15 de Setembro, estatui no seu artigo 15.º, sob a epígrafe de Pesquisa de dados informáticos, que “1 – Quando no decurso do processo se tornar necessário à produção de prova, tendo em vista a descoberta da verdade, obter dados informáticos específicos e determinados, armazenados num determinado sistema informático, a autoridade judiciária competente autoriza ou ordena por despacho que se proceda a uma pesquisa nesse sistema informático, devendo, sempre que possível, presidir à diligência. 2 – O despacho previsto no número anterior tem um prazo de validade máximo de 30 dias, sob pena de nulidade. 3 – O órgão de polícia criminal pode proceder à pesquisa, sem prévia autorização da autoridade judiciária, quando: a) A mesma for voluntariamente consentida por quem tiver a disponibilidade ou controlo desses dados, desde que o consentimento prestado fique, por qualquer forma, documentado; b) Nos casos de terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada, quando haja fundados indícios da prática iminente de crime que ponha em grave risco a vida ou a integridade de qualquer pessoa. 4 – Quando o órgão de polícia criminal proceder à pesquisa nos termos do número anterior: a) No caso previsto na alínea b), a realização da diligência é, sob pena de nulidade, imediatamente comunicada à autoridade judiciária competente e por esta apreciada em ordem à sua validação; b) Em qualquer caso, é elaborado e remetido à autoridade judiciária competente o relatório previsto no artigo 253.º do Código de Processo Penal. 5 – Quando, no decurso de pesquisa, surgirem razões para crer que os dados procurados se encontram noutro sistema informático, ou numa parte diferente do sistema pesquisado, mas que tais dados são legitimamente acessíveis a partir do sistema inicial, a pesquisa pode ser estendida mediante autorização ou ordem da autoridade competente, nos termos dos n.os 1 e 2. 6 – À pesquisa a que se refere este artigo não aplicáveis, com as necessárias adaptações, as regras de execução das buscas previstas no Código de Processo Penal e no Estatuto do Jornalista”.

23 A Lei n.º 109/2009, de 15 de Setembro, estatui no seu artigo 16.º, sob a epígrafe de Apreensão de dados informáticos, que “1 – Quando, no decurso de uma pesquisa informática ou de outro acesso legítimo a um sistema informático, forem encontrados dados ou documentos informáticos necessários à produção de prova, tendo em vista a descoberta da verdade, a autoridade judiciária competente autoriza ou ordena por despacho a apreensão dos mesmos. 2 – O órgão de polícia criminal pode efectuar apreensões, sem prévia autorização da autoridade judiciária, no decurso de pesquisa informática legitimamente ordenada e executada nos termos do artigo anterior, bem como quando haja urgência ou perigo na demora. 3 – Caso sejam apreendidos dados ou documentos informáticos cujo conteúdo seja susceptível de revelar dados pessoais ou íntimos, que possam pôr em causa a privacidade do respectivo titular ou de terceiro, sob pena de nulidade esses dados ou documentos são apresentados ao juiz, que ponderará a sua junção aos autos tendo em conta os interesses do caso concreto. 4 – As apreensões efectuadas por órgão de polícia criminal são sempre sujeitas a validação pela autoridade judiciária, no prazo máximo de 72 horas. 5 – As apreensões relativas a sistemas informáticos utilizados para o exercício da advocacia e das actividades médica e bancária estão sujeitas, com as necessárias adaptações, às regras e formalidades previstas no Código de Processo Penal e as relativas a sistemas informáticos utilizados para o exercício da profissão de jornalista estão sujeitas, com as necessárias adaptações, às regras e formalidades previstas no Estatuto do Jornalista. 6 – O regime de segredo profissional ou de funcionário e de segredo de Estado previsto no artigo 182.º do Código de Processo Penal é aplicável com as necessárias adaptações. 7 – A apreensão de dados informáticos, consoante seja mais adequado e proporcional, tendo em conta os interesses do caso concreto, pode, nomeadamente, revestir as formas seguintes: a) Apreensão do suporte onde está instalado o sistema ou apreensão do suporte onde estão armazenados os dados informáticos, bem como dos dispositivos necessários à respectiva leitura; b) Realização de uma cópia dos dados, em suporte autónomo, que será junto ao processo; c) Preservação, por meios tecnológicos, da integridade dos dados, sem realização de cópia nem remoção dos mesmos; ou d) Eliminação não reversível ou bloqueio do acesso aos dados. 8 – No caso da apreensão efectuada nos termos da alínea b) do número anterior, a cópia é efectuada em duplicado, sendo uma das cópias selada e confiada ao secretário judicial dos serviços onde o processo correr os seus termos e, se tal for tecnicamente possível, os dados apreendidos são certificados por meio de assinatura digital”.

correo electrónico e registos de comunicações de natureza semelhante<sup>24</sup>.

Com excepção desta última medida – apreensão de correio electrónico e de registos de comunicações de natureza semelhante, todas as restantes medidas especiais supra elencadas podem ser determinadas imediatamente pela autoridade judiciária competente, isto é, pelo Ministério Público, desde logo na fase do inquérito – fase que tem como finalidade a investigação e recolha de prova, mas também, se necessário, posteriormente.

Como obstáculos, ainda assim removíveis, à recolha da prova, poderíamos discutir nesta acção os sigilos previstos em leis especiais, tais como o sigilo das telecomunicações<sup>25</sup>, o sigilo bancário<sup>26</sup>, o sigilo comercial<sup>27</sup> ou o industrial<sup>28</sup>.

E poderíamos igualmente abordar a temática dos segredos impostos, pois que nem sempre é fácil distingui-los no caso concreto<sup>29</sup>, desde logo o segredo

24 A Lei n.º 109/2009, de 15 de Setembro, estatui no seu artigo 17.º, sob a epígrafe de Apreensão de correio electrónico e registos de comunicações de natureza semelhante, que “quando, no decurso de uma pesquisa informática ou outro acesso legítimo a um sistema informático, forem encontrados, armazenados nesse sistema informático ou noutro a que seja permitido o acesso legítimo a partir do primeiro, mensagens de correio electrónico ou registos de comunicações de natureza semelhante, o juiz pode autorizar ou ordenar, por despacho, a apreensão daqueles que se afigurarem ser de grande interesse para a descoberta da verdade ou para a prova, aplicando-se correspondentemente o regime da apreensão de correspondência previsto no Código de Processo Penal”.

25 O artigo 4.º n.º 1 da Lei n.º 41/2004 de 18 de Agosto estatui “As empresas que oferecem redes e ou serviços de comunicações eletrónicas devem garantir a inviolabilidade das comunicações e respetivos dados de tráfego realizadas através de redes públicas de comunicações e de serviços de comunicações acessíveis ao público”.

26 O artigo 78.º do Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de Dezembro prevê “1.Os membros dos órgãos de administração ou de fiscalização das instituições de crédito, os seus empregados, mandatários, comitidos e outras pessoas que lhes prestem serviços a título permanente ou ocasional não podem revelar ou utilizar informações sobre factos ou elementos respeitantes à vida da instituição ou às relações desta com os seus clientes cujo conhecimento lhes advinha exclusivamente do exercício das suas funções ou da prestação dos seus serviços”.

27 V. Pareceres da Comissão de Acesso aos Dados Administrativos acerca do acesso adado ao sigilo comercial [http://www.cada.pt/modules/cada/cada\\_pesquisa.php?assunto=assunto&artigos=artigos&resumo=resumo&corpo=corpo&sentido=parecer&sentido=parecer&requerente=requerente&queixa=queixa&descritores=descritores&entidade=requerida=entidaderequerida&checkall2=on&ligador=AND&txtPesquisa=sigilo+comercial+clientes](http://www.cada.pt/modules/cada/cada_pesquisa.php?assunto=assunto&artigos=artigos&resumo=resumo&corpo=corpo&sentido=parecer&sentido=parecer&requerente=requerente&queixa=queixa&descritores=descritores&entidade=requerida=entidaderequerida&checkall2=on&ligador=AND&txtPesquisa=sigilo+comercial+clientes)

28 O Decreto-Lei n.º 16/95, de 24 de Janeiro, no seu artigo 318.º, sob a epígrafe de Protecção de informações não divulgadas, estatui que “Nos termos do artigo anterior, constitui acto ilícito, nomeadamente, a divulgação, a aquisição ou a utilização de segredos de negócios de um concorrente, sem o consentimento do mesmo, desde que essas informações: a) Sejam secretas, no sentido de não serem geralmente conhecidas ou facilmente acessíveis, na sua globalidade ou na configuração e ligação exactas dos seus elementos constitutivos, para pessoas dos círculos que lidam normalmente com o tipo de informações em questão; b) Tenham valor comercial pelo facto de serem secretas; c) Tenham sido objecto de diligências consideráveis, atendendo às circunstâncias, por parte da pessoa que detém legalmente o controlo das informações, no sentido de as manter secretas.”

29 Também o Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, este de 7 de Dezembro de 2012, decidiu que “A identidade de um cidadão que se liga a determinado blogue ou sítio da internet está coberta não pelo segredo

de Estado<sup>30</sup>, o segredo profissional<sup>31</sup>, o segredo de funcionário<sup>32</sup> ou o segredo de justiça<sup>33</sup>.

---

*das conversações ou comunicações regulado pelos art.º 187.º a 190.º do Código de Processo Penal, mas antes pelo segredo profissional a que se reporta o art.º 135.º do mesmo código e a ser tratado, quanto ao respectivo levantamento, nos termos indicados por esta disposição legal.”*

30 O Código de Processo Penal, estatui no Livro III, Título II, Capítulo I, artigo 137.º, sob a epígrafe Segredo de Estado, que “1 – As testemunhas não podem ser inquiridas sobre factos que constituam segredo de Estado. 2 – O segredo de Estado a que se refere o presente artigo abrange, nomeadamente, os factos cuja revelação, ainda que não constitua crime, possa causar dano à segurança, interna ou externa, do Estado Português ou à defesa da ordem constitucional. 3 – Se a testemunha invocar segredo de Estado, deve este ser confirmado, no prazo de 30 dias, por intermédio do Ministro da Justiça. Decorrido este prazo sem a confirmação ter sido obtida, o testemunho deve ser prestado”.

31 O artigo 45.º do Decreto – Lei n.º 39/2015, de 16 de Março, nos seus números um e dois, respectivamente, estatui que “os titulares dos órgãos do ICP – ANACOM, respectivos mandatários, pessoas ou entidades qualificadas devidamente credenciadas, bem como os seus trabalhadores eventuais ou permanentes, estão especialmente obrigados a guardar sigilo de factos cujo conhecimento lhes advenha exclusivamente pelo exercício das suas funções” e que “a violação do dever de segredo profissional previsto no número anterior é, para além da inerente responsabilidade disciplinar e civil, punível nos termos do Código Penal”.

32 O Código de Processo Penal estatui no Livro III, Título II, Capítulo I, artigo 136.º, sob a epígrafe de Segredo de funcionário, que “1 – Os funcionários não podem ser inquiridos sobre factos que constituam segredo e de que tiverem tido conhecimento no exercício das suas funções. 2 – É correspondentemente aplicável o disposto nos n.os 2 e 3 do artigo anterior.”

33 O Código de Processo Penal, estatui no Livro II, Título I, artigo 86.º, sob a epígrafe Publicidade do processo e segredo de justiça, que “1 – O processo penal é, sob pena de nulidade, público, ressalvadas as exceções previstas na lei. 2 – O juiz de instrução pode, mediante requerimento do arguido, do assistente ou do ofendido e ouvido o Ministério Público, determinar, por despacho irrecorribel, a sujeição do processo, durante a fase de inquérito, a segredo de justiça, quando entenda que a publicidade prejudica os direitos daqueles sujeitos ou participantes processuais. 3 – Sempre que o Ministério Público entender que os interesses da investigação ou os direitos dos sujeitos processuais o justifiquem, pode determinar a aplicação ao processo, durante a fase de inquérito, do segredo de justiça, ficando essa decisão sujeita a validação pelo juiz de instrução no prazo máximo de setenta e duas horas. 4 – No caso de o processo ter sido sujeito, nos termos do número anterior, a segredo de justiça, o Ministério Público, oficiosamente ou mediante requerimento do arguido, do assistente ou do ofendido, pode determinar o seu levantamento em qualquer momento do inquérito. 5 – No caso de o arguido, o assistente ou o ofendido requererem o levantamento do segredo de justiça, mas o Ministério Público não o determinar, os autos são remetidos ao juiz de instrução para decisão, por despacho irrecorribel. 6 – A publicidade do processo implica, nos termos definidos pela lei e, em especial, pelos artigos seguintes, os direitos de: a) Assistência, pelo público em geral, à realização do debate instrutório e dos actos processuais na fase de julgamento; b) Narração dos actos processuais, ou reprodução dos seus termos, pelos meios de comunicação social; c) Consulta do auto e obtenção de cópias, extractos e certidões de quaisquer partes dele. 7 – A publicidade não abrange os dados relativos à reserva da vida privada que não constituam meios de prova. A autoridade judiciária específica, por despacho, oficiosamente ou a requerimento, os elementos relativamente aos quais se mantém o segredo de justiça, ordenando, se for caso disso, a sua destruição ou que sejam entregues à pessoa a quem disserem respeito. 8 – O segredo de justiça vincula todos os sujeitos e participantes processuais, bem como as pessoas que, por qualquer título, tiverem tomado contacto com o processo ou conhecimento de elementos a ele pertencentes, e implica as proibições de: a) Assistência à prática ou tomada de conhecimento do conteúdo de acto processual a que não tenham o direito ou o dever de assistir; b) Divulgação da ocorrência de acto processual ou dos seus termos, independentemente do motivo que presidir a tal divulgação. 9 – A autoridade judiciária pode, fundamentadamente, dar ou ordenar ou permitir que seja

Todos, sigilos e segredos, impedem ou de algum modo limitam ou delimitam a publicidade, interna ou externa e colocam uma especial exigência às autoridades administrativas, judiciais, judiciárias ou policiais no sentido de necessidade prévia de despacho fundamentado da entidade competente, de dispensa ou de quebra de sigilo por via dos procedimentos próprios e legítimos do acesso a tal informação especialmente reservada, que podem até ser simples regras de bom senso em matérias procedimentais.

Em sede de protecção ou de libertação de segredo e de sigilo na organização é essencial, na prática, ter em atenção que na prossecução dos processos e na instrução de procedimentos estas matérias têm que ser salvaguardadas não só interna mas também externamente.

Na minha experiência na Ordem dos Advogados, quer em matéria de elaboração de pareceres em matérias profissionais, quer em matéria de decisão política ou de gestão, quer ainda, e em especial, na tramitação de processos disciplinares ou de dispensa de sigilo, verifiquei que é muito difícil<sup>34</sup> manter, e manter a todo o tempo e a toda a prova, a reserva que se exige.

Há, desde logo, que ter em conta que, por exemplo, um processo disciplinar ou sancionatório, enquanto se tramita internamente, na fase secreta e sem acesso público, senão, no limite, dos interessados directos que sejam autorizados a consultar os autos, não tem grandes riscos de ser publicitado ou, pelo menos, divulgado *urbi et orbi*.

Mas já assim não é se o mesmo processo findo ou pendente ou em fases já públicas nas instâncias internas da Ordem da dos Advogados – v.g. processo de dispensa ou de quebra de sigilo ou procedimento disciplinar após

---

*dado conhecimento a determinadas pessoas do conteúdo de acto ou de documento em segredo de justiça, se tal não puser em causa a investigação e se afigurar: a) Conveniente ao esclarecimento da verdade; ou b) Indispensável ao exercício de direitos pelos interessados. 10 – As pessoas referidas no número anterior são identificadas no processo, com indicação do acto ou documento de cujo conteúdo tomam conhecimento e ficam, em todo o caso, vinculadas pelo segredo de justiça. 11 – A autoridade judiciária pode autorizar a passagem de certidão em que seja dado conhecimento do conteúdo de acto ou de documento em segredo de justiça, desde que necessária a processo de natureza criminal ou à instrução de processo disciplinar de natureza pública, bem como à dedução do pedido de indemnização civil. 12 – Se o processo respeitar a acidente causado por veículo de circulação terrestre, a autoridade judiciária autoriza a passagem de certidão: a) Em que seja dado conhecimento de acto ou documento em segredo de justiça, para os fins previstos na última parte do número anterior e perante requerimento fundamentado no disposto na alínea a) do n.º 1 do artigo 72.º; b) Do auto de notícia do acidente levantado por entidade policial, para efeitos de composição extrajudicial de litígio em que seja interessada entidade seguradora para a qual esteja transferida a responsabilidade civil. 13 – O segredo de justiça não impede a prestação de esclarecimentos públicos pela autoridade judiciária, quando forem necessários ao restabelecimento da verdade e não prejudicarem a investigação: a) A pedido de pessoas publicamente postas em causa; ou b) Para garantir a segurança de pessoas e bens ou a tranquilidade pública.”*

34 Difícil, mas possível.

julgamento público – é objecto de impugnação administrativa ou até de outro tipo de reacção, até de recurso hierárquico e, ainda assim, há, total ou parcialmente, matéria sob sigilo em risco.<sup>35</sup>

Ou seja, não é o simples facto de um processo ser público ou de poder vir a ser publicamente consultado que toda a informação que nele conste venha ou possa vir a ser livremente acedida.

Se assim for, há, primeiro, que ter o especial cuidado na tramitação interna e, depois, quando e se for o caso<sup>36</sup>, na comunicação do processo instrutor ao Tribunal a fim de só os directamente interessados ou visados no processo a ele terem acesso, não podendo ser cedidos a terceiros, não interessados, quer o acesso aos autos, quer quaisquer elementos cobertos por sigilo ou salvaguardados por um segredo específico, isto sob pena de responsabilidade disciplinar, civil ou, mesmo, penal.

Em síntese, nem tudo o que não é segredo ou sigilo pode ou deve ser livremente divulgado ou abertamente disponibilizado, sem mais, pois não existe, nem pode ser defendida uma simples dicotomia entre o que é, e não é, público.<sup>37</sup>

---

<sup>35</sup> E este é tema relevante ou tanto mais relevante quanto nele podem estar inclusos elementos cobertos até pelo segredo de Estado ou pelo sigilo profissional.

<sup>36</sup> Não é o caso quando o que está em causa é decisão final de indeferimento da dispensa de sigilo, pois que esta matéria não pode ser objecto de impugnação judicial.

<sup>37</sup> O Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 30 de setembro de 2009, processo 0493/09 decidiu o seguinte: “I – O art.º 268.º/2 da CRP impõe que a Administração paute a sua actividade pelos princípios da transparéncia e da publicidade de modo a que não só as suas decisões sejam públicas e acessíveis, mas também que o procedimento que as precede possa ser objecto de consulta e informação pois que só assim se permite que os interessados conheçam as razões que determinaram os seus actos. II – O direito de acesso aos arquivos e registos administrativos vem sendo considerado como um direito fundamental cujo sacrifício só se justifica quando confrontado com direitos e valores constitucionais de igual ou de maior valia, como são os relativos à segurança interna e externa, à investigação criminal e à reserva da intimidade das pessoas. IV – O regime geral que regula o acesso à documentação administrativa estipula que o interessado tem direito a esse acesso mas que ele pode ser restrinido ou condicionado quando estiver em causa a consulta de documentos que revelem os seus segredos comerciais, industriais ou sobre a vida interna de uma empresa. V – O poder da Administração recusar o acesso à sua documentação é um poder vinculado aos princípios e objectivos fixados por lei, a ser exercido segundo os princípios da transparéncia e da proporcionalidade, que só deve ser invocado quando o mesmo for indispensável para evitar prejuízos que não poderiam ser evitados de outra forma. VI – O terceiro que queira aceder a documentos administrativos que contenham segredos comerciais, industriais ou sobre a vida interna da Administração e que não tenha a necessária autorização escrita para o efeito, só pode ver o respectivo direito reconhecido se demonstrar ter interesse directo, pessoal e legítimo nessa consulta e que este é suficientemente relevante de acordo com o princípio da proporcionalidade.”

### 3.

Há diversos escalões de *dados reservados*, e não são reservados apenas os dados sujeitos a sigilo ou cobertos pelo segredo, estando precisamente neste âmbito os dados íntimos, pessoais e privados, mas não só.

E isto quer se trate da actividade de operadores ou do próprio regulador, sendo considerados dados pessoais quaisquer informações, de qualquer natureza e independentemente do respectivo suporte incluindo som e imagem relativas a uma pessoa singular identificada ou identificável<sup>38</sup>.

Constataremos realidades, a jurídica concreta e a factual abstracta, e não curaremos da adequação ou inadequação do quadro legal ou das boas ou más práticas, ainda que saibamos que nenhuma legislação é perfeita e nenhuma organização está isenta de erros, pelo que não será preciso, aqui, recordar que “*as ideias da prevenção e da segurança assumem o papel de palavra-chave na “idade do homem global”* (Santos, 2004) e que, por consequência, a reflexão e formação nestes temas é essencial à melhoria da qualidade dos serviços.

As matérias da segurança da informação e da gestão da informação são essenciais na relação de uma entidade pública com os cidadãos e empresas e, por maioria de razão, são-no também numa relação entre supervisor e supervisionado.

E tanto que para minimizar riscos operacionais ou erros humanos, a autenticidade, a precisão, a actualidade e a integridade dos dados – dados reservados, dados conservados<sup>39</sup>, dados parcialmente disponíveis, dados notificados ou dados publicamente divulgados – são também características essenciais em qualquer actividade pública ou privada.

Questões de privacidade, de reserva ou de transparéncia ou a consideração e a colocação das fronteiras ou dos limites do segredo, do dado íntimo ou pessoal, da informação interna, da comunicação individual ou da divulgação

<sup>38</sup> É considerada identificável a pessoa que possa ser reconhecida directa ou indirectamente, designadamente por referência a um número de identificação ou a um ou mais elementos específicos da sua identidade física, fisiológica, psíquica, económica, cultural ou social.

<sup>39</sup> Sobre a Directiva 2006/24/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de Março de 2006 ver também o disposto no Acórdão do TJUE de 8 de Abril de 2014 (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/?uri=CELEX:62012CJ0293>). Veja-se que a Directiva 2002/58/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Julho de 2002, relativa ao tratamento de dados pessoais e proteção da privacidade no setor das comunicações eletrónicas, dispunha no seu artigo 4.º n.º 1 que “*o prestador de um serviço de comunicações electrónicas publicamente disponível adoptará as medidas técnicas e organizativas adequadas para garantir a segurança dos seus serviços*”. Dispunha da mesma forma no artigo 5.º, n.º 1 que “*os Estados-Membros garantirão, através da sua legislação nacional, a confidencialidade das comunicações e respectivos dados de trânsito realizadas através de redes públicas de comunicações e de serviços de comunicações electrónicas publicamente disponíveis*.”

externa colocam-se a qualquer pessoa ou no âmbito de qualquer organização de poder ou de responsabilidade, *maxime* do Estado, qualquer que seja a matéria a que pretende dar resposta<sup>40</sup>.

E são questões que se colocam com especial acuidade se, como é o caso, estamos perante uma autoridade administrativa com funções de controlo, de regulação e de supervisão prudencial e comportamental desde logo pelos seus particulares deveres de cuidado e de previsão de antecipação que se lhe exigem e pelo padrão de exemplaridade que deverá ser sempre assumido por uma entidade pública.<sup>41</sup>

Não se pode comparar uma administração transparente e aberta<sup>42</sup> com uma administração intrusiva ou descontrolada, nem sequer se deve confundir

<sup>40</sup> As maiores ameaças à privacidade dos cidadãos são mesmo as que provêm dos Estados e nestes dos seus serviços secretos ou de informações, sobretudo quando atuam sem lei ou fora da lei. Nos EUA, segundo notícias vindas a público, a NSA lança mão do PRISM – programa denunciado por Snowden que visa recolher e processar informação provinda de empresas como a Verizon, Microsoft, Yahoo, Google, Facebook, PalTalk, AOL, Skype e YouTube, de cidadãos estrangeiros e americanos. Recolhe emails, arquivos enviados, conversas nos chats e também áudios, vídeos e fotografias. Antes deste foi denunciado o ECHELON – programa embrionário do PRISM, um projecto secreto de espionagem que surgiu nos anos 80, e que fazia a interacção mundial de comunicações através de palavras-chave. Era encabeçado pelos EUA (NSA) e tinha a colaboração do Reino Unido, Austrália, Canadá e Nova Zelândia, apelidada a rede dos cinco olhos. Segundo as constituições destes países, não era permitido espiar os próprios cidadãos, assim, cada país faria a vigilância dos cidadãos dos outros e partilhavam entre si a informação. Segundo denúncias, promovia-se também a espionagem industrial. O Parlamento Europeu apresentou um relatório completo sobre o programa Echelon, feito por uma comissão especial liderada pelo português Carlos Coelho em 2001, mas entretanto com o 11 de Setembro o assunto ficou convenientemente esquecido. No Reino Unido o GCHQ (Government Communications Headquarters) desenvolve o Programa Tempora. Em França a DGSE (Direction Générale de la Sécurité Extérieure) tem e desenvolve o programa de vigilância Frenchelon. Na Alemanha o Bundesnachrichtendienst (BND) está limitado pelo Tribunal Constitucional Alemão que proibiu a recolha de dados a não ser em situações muito circunstanciais. Na Rússia o Federal Security Service of the Russian Federation (FSB) tem o SORM (System for Operative Investigative Activities). Na Índia opera o Research and Analysis Wing com o CMS (Centralized Monitoring System) DRDO NETRA. Na China existe o State Council Information Office e o mesmo lança mão da designada Grande Firewall da China. Em Israel a Mossad beneficia de leis muito liberais de vigilância que permitem o acesso quase irrestrito a informação pessoal dos cidadãos para investigações de rotina e não apenas para prevenção do terrorismo, mesmo sem mandado judicial. Finalmente, em Portugal não há quadro legal que permita escutas ou recolha de emails e correspondência por qualquer serviço de informação.

<sup>41</sup> É que se “os progressos técnico-científicos tornaram possíveis novas e diversificadas formas de intromissão e devassa” (Tribunal Constitucional Federal Alemão, 3 de Março de 2004), os especiais poderes destas entidades, não temperados pelo cumprimento escrupuloso dos deveres, potenciam os riscos de abuso ou de mau uso que podem ocasionar situações geradoras de ilegalidade, injustiça ou responsabilidade.

<sup>42</sup> O artigo 17.º do Novo Código do Procedimento Administrativo, sob a epígrafe de Princípio da administração aberta, estabelece que “1 – Todas as pessoas têm o direito de acesso aos arquivos e registos administrativos, mesmo que não se encontre em curso qualquer procedimento que lhes diga directamente respeito, sem prejuízo do disposto na lei em matérias relativas à segurança interna e externa, à investigação criminal e à intimidação das pessoas” e que “2 – O acesso aos arquivos e registos administrativos é regulado por lei.”

um dever geral de reserva com normas de segredo ou de sigilo específicas que reforçam a contenção de informação e a tutelam de forma mais severa.<sup>43</sup>

Por outro lado, e como mero exemplo, nesta sede, agora já não em investigações de natureza criminal, mas em matéria de publicitação de dados pelo regulador, ou de acesso a dados<sup>44</sup> disponíveis, muitos problemas concretos se podem colocar.

Mas o mais importante no domínio do ICP-ANACOM será estabelecer regras específicas para divulgação de informação e documentação relevante para o sector e, ainda, regras gerais para divulgação de nomes de entidades operadoras sujeitas a processos de investigação.<sup>45</sup>

Só numa visão extremada e fundamentalista (Julian Assange, Wikileaks), consequentemente perigosa, porque intrusiva e desrespeitadora dos direitos individuais e colectivos<sup>46</sup>, “*o Estado não é proprietário de nada, as informações pertencem a toda a gente. Por isso mesmo qualquer documento do Estado deve ser um documento público*”.

Aceitar este entendimento libertário e fundamentalista, sem fronteiras nem limites, é confundir liberdade com irresponsabilidade, transparência com *voyeurismo*; é defender a anarquia e promover a devassa.<sup>47</sup>

---

43 São conceitos e realidades distintas que se entrecruzam mas que se não confundem: uma coisa é a salvaguarda da privacidade ou da intimidade da vida privada e a protecção da confidencialidade; outra bem distinta é a fidedignidade, a sobriedade e a contenção ou comunicação da informação numa qualquer organização; outra ainda bem diversa é a transparéncia e a universalidade de certos dados ou, até, a obrigatoriedade de publicitação e divulgação de determinados actos e normativos.

44 A Directiva 2002/58/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Julho de 2002, estabelece o seguinte: “*Seja prejuízo do disposto nos n.os 2, 3 e 5 do presente artigo e no n.º 1 do artigo 15.o, os dados de trâfego relativos a assinantes e utilizadores tratados e armazenados pelo fornecedor de uma rede pública de comunicações ou de um serviço de comunicações electrónicas publicamente disponíveis devem ser eliminados ou tornados anónimos quando deixem de ser necessários para efeitos da transmissão da comunicação.*”

45 Até porque nestes domínios há um conjunto de conceitos indeterminados que é necessário concretizar, ou seja, há que definir em *guidelines* o que é, ou pode ser, a *matéria sensível para as entidades em causa* e o que é, ou deve ser, objecto de sigilo interno ou de segredo externo, até para que estas matérias não sejam casuisticamente tratadas com subjectividade e a sempre possível mas indesejável arbitrariedade.

46 E, assim, “*hoje a protecção da vida privada encontra, precisamente, a sua área mais sensível no âmbito das novas tecnologias. A vida do lar e a imagem continuam a fazer parte do núcleo de protecção da privacidade, mas a estes domínios acrescem as comunicações (por correspondência – em papel ou electrónica – e por telefone ou orais), independentemente do conteúdo transmitido dizer respeito à vida privada*” (Castanheira Neves, 2011). Deixemos, porém, as manifestações dessa constatação prática para a discussão que se seguirá à intervenção.

47 A informação publicitada tem sérias consequências na vida das pessoas e das empresas. Mesmo sendo verdadeira, nem toda a informação é, ou deve ser, pública. Há designadamente princípios de reserva e de cuidado a preservar. Basta pensar na existência de um processo sancionatório em curso e no princípio da presunção da inocência para equacionar logo um conflito possível na possibilidade de precipitação na divulgação de matéria sensível.

Por isso, um dos primeiros temas da discussão propostos para esta acção de formação é o da segurança da informação, sobretudo neste novo mundo digital<sup>48</sup> e, dentro desse, o das estratégias de gestão e divulgação de informação por parte de uma autoridade reguladora, de supervisão ou de controlo.

#### 4.

Permitam-me, pois, em matéria de transparéncia e de reserva no seio de uma organização, partilhar uma experiência de governação e uma outra de gestão e divulgação de informação reservada, mais concretamente na adopção de regras para publicitação de actas do órgão de gestão e decisão e na adopção de procedimentos específicos de notificação de informação e de decisão proferida em processos de levantamento de sigilo profissional<sup>49</sup>.

Dou aqui a conhecer duas simples regras de procedimento que introduzi na Ordem dos Advogados, mais precisamente no Conselho Distrital de Lisboa da Ordem dos Advogados, enquanto a ele presidi.

Até ao triénio 2008-2010, e durante mais de oitenta anos de vida institucional, as actas do Conselho Distrital de Lisboa<sup>50</sup> eram elaboradas em suporte de papel e, por regra, não eram publicamente divulgadas, embora pudesse pedir certidão da acta qualquer advogado ou até qualquer cidadão que nisso mostrasse interesse directo e legítimo, sendo que frequentemente se levantavam questões de legitimidade (interesse em agir), existente ou não; ou de comunicação de dados (informação reservada), que pudesse ou não ser acedida.

---

<sup>48</sup> Até porque “à medida que a Internet assume cada vez maior importância a nível comercial, começam a surgir novos tipos de litígios relativos ao registo abusivo de nomes de domínios relativos à ciberoocupação (*cybersquatting*), ao aqüamarcamento (*warehousing*) e à apropriação abusiva (*reverse hijacking*)”. E porque “a protecção das vítimas da cibercriminalidade inclui também as questões relativas à responsabilidade, às vias de recurso e a indemnizações que ocorrem quando se verifica um crime informático. A confiança depende não apenas da utilização de uma tecnologia adequada, mas também da existência de garantias jurídicas e económicas que a acompanhem”, pelo que “existe manifestamente uma necessidade de adopção de instrumentos eficazes de direito material e processual aproximados, senão a nível mundial, pelo menos a nível europeu, de maneira a proteger as vítimas da criminalidade informática e perseguir os autores dessas infracções. Paralelamente, as comunicações pessoais, a vida privada e a protecção dos dados, o acesso à informação e a respectiva divulgação constituem direitos fundamentais das democracias modernas” – cfr. Comissão Europeia, 2001.

<sup>49</sup> Cfr. o Regulamento de dispensa de segredo profissional – Regulamento n.º 94/2006 do Conselho Geral da Ordem dos Advogados, então em vigor.

<sup>50</sup> Artigos 49.º e 50.º [actuais artigos 53.º e 54.º] da Lei n.º 145/2015 (Estatuto da Ordem dos Advogados).

A primeira regra de procedimento que instituí foi a de que nas actas se colocavam sempre, e só, todas as informações que se pudessem divulgar devendo a discussão e decisão de casos concretos ser feita e transcrita de tal modo que não havia possibilidade de identificação do assunto, do caso concreto ou das pessoas visadas, mas tão só a análise da situação em termos genéricos e o sentido da decisão em abstracto, mas de modo a que comunicada aos interessados contivesse todos os elementos da decisão.<sup>51</sup>

Já em matéria de dados reservados, isto é, sujeitos a sigilo profissional, também no triénio de 2008-2010 ocorreu um insólito e inesperado caso de revelação abusiva de matéria sujeita a segredo profissional e para evitar ocorrências posteriores similares foi alterado o modo de divulgação de decisões proferidas pelo Presidente do Conselho Distrital de Lisboa<sup>52</sup> em matéria de processos de dispensa de sigilo profissional.<sup>53</sup>

O facto de haver decisões sobre a concessão, ou não, de dispensa de sigilo levanta logo o problema de saber se essas decisões finais podem ser, ou como podem ser, dadas a conhecer fora do âmbito dos obrigados ao segredo<sup>54</sup> – o advogado requerente, o Presidente do Conselho Distrital e os serviços da própria Ordem.

Não se esqueça que os pedidos de dispensa de sigilo surgem sobretudo no âmbito de processos-crime, cíveis, administrativos ou arbitrais em que o advogado é chamado a depor ou a entregar um determinado documento ou a libertar uma específica informação.

Foi para isso adoptada a obrigatoriedade de notificação não apenas da decisão e da fundamentação (mas esta só acessível ao advogado requerente porque contém a totalidade da informação reservada que nem sempre é libertada) mas também de um extracto autónomo de decisão destinado, este último, e só este último, a ser dado a conhecer (pois que tem apenas a parte da decisão que pode ser divulgada publicamente), com expressa menção de

51 Era um exercício difícil, desde logo no que toca à decisão de casos individuais e a declarações de voto, mas mostrou-se possível em três anos de exercício de funções e em mais de três dezenas de actas do Conselho, actas essas que eram obrigatoriamente publicitadas e constavam na sua plenitude no *site* do Conselho, nunca mais tendo ocorrido qualquer episódio de litígio sobre a possibilidade de acesso à informação. Ver o conteúdo das actas em: [http://www.oa.pt/cd/Conteudos/Artigos/lista\\_artigos.aspx?sidc=31634&idc=490&idsc=107291](http://www.oa.pt/cd/Conteudos/Artigos/lista_artigos.aspx?sidc=31634&idc=490&idsc=107291).

52 Artigo 51.º [actual artigo 55.º] do Estatuto da Ordem dos Advogados.

53 Quer não se dispense ou quer até se dispense, determinado advogado, do sigilo profissional que sobre ele impede há dados que não podem, nunca, ser revelados publicamente.

54 Artigo 87.º [actual artigo 92.º] do Estatuto da Ordem dos Advogados.

proibição de divulgação da decisão total e de permissão de entrega a terceiros apenas do extracto de decisão parcial.

Por aqui se vê que é possível conciliar transparência com reserva e direitos individuais com deveres institucionais e talvez por isso, no programa desta acção, se parta da aparente dicotomia entre, por um lado, deveres e responsabilidades institucionais e funcionais do regulador e, por outro, direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, dos consumidores e das entidades reguladas.

Coube-me, nele, no programa deste evento, a responsabilidade de abordar o subtema direitos empresariais e garantias individuais, pelo que poderia abordá-lo numa perspectiva que afirme a absoluta necessidade de regulação específica da internet<sup>55</sup>, mas circunscrevi-o ao direito à privacidade ou à intimidade da vida privada.<sup>56</sup>

Adicionalmente, abordarei também a temática da protecção da fidedignidade dos dados e registos e, sobretudo, da liberdade ou não de acesso à informação, bem como dos procedimentos necessários para o efeito; não sendo, pois, das patologias criminosas ou dos ilícitos administrativos que nos ocuparemos, mas sim dos riscos e da prevenção da invasão da vida privada, o que não admira, pois que, segundo Castells, “a Internet nasceu na encruzilhada insólita entre a Ciência, a investigação militar e a cultura libertária”.<sup>57</sup>

## 5.

E é aqui que queremos chegar: à importância das autoridades no controlo, na regulação, na supervisão e, sobretudo, no profissionalismo, no exemplo,

<sup>55</sup> Em programa recente de outra acção de formação (Maria Eduarda Azevedo) escreveu-se que, “como rede global que tornou possível a comunicação e a difusão de informação em tempo real e sem perda de qualidade entre terminais situados em qualquer parte do mundo, a Internet representou indiscutivelmente uma revolução tecnológica. E que, nos planos social e político, a rede das redes gerou novas oportunidades de negócio, de actividades criativas, de acesso a informação de múltipla e variada natureza, de participação e activismo, não deixando, contudo, de se alertar para a outra face da moeda que é a sua utilização para fins ilícitos, engendrando formas de criminalidade de difícil controlo e prova; para os riscos acrescidos de invasão da vida privada, de reprodução ilícita de obras protegidas, de difamação, entre outros”.

<sup>56</sup> O Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 22 de fevereiro de 2007, processo 1317/07-9 estabeleceu que “III – Na preservação do chamado ‘direito à intimidade da vida privada’; prevê a lei – artº 17.º, n.º 2, da Lei n.º 91/97, e artº 5.º da Lei n.º 69/98, – que nesta área das telecomunicações, o dever de sigilo, conexo com o referido direito, possa ser invocado. Aliás, constitui crime, p.p. nos termos do artº 198.º do Cód. Penal, a violação do dever de sigilo.”

<sup>57</sup> Efectivamente (Paulo Fernandes, Director da Microsoft Portugal), “...a defesa cibernética passou a ter um protagonismo sem paralelo na estratégia global da defesa dos Estados e um impacto altamente relevante na presença online das instituições públicas na protecção dos dados confidenciais e privados que lhes foram confiados”.

na excelência da sua actuação, pois não há melhor pedagogia que a do rigor próprio e a do cumprimento escrupuloso dos deveres e, permitam-me que o realce também, não há autoridade que prevaleça quando a mesma não respeita nem se faz respeitar.

E o primeiro sinal de respeito é o da escrupulosa salvaguarda dos direitos fundamentais, dos direitos, liberdades e garantias do cidadão.<sup>58</sup>

Ora, o direito à privacidade, como direito de personalidade, teve consagração como direito fundamental na Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948)<sup>59</sup> e na Convenção Europeia dos Direitos do Homem (1950)<sup>60</sup>.

Também o Conselho da Europa (Convenção n.º 108 de 28 de Janeiro de 1981)<sup>61</sup>, a União Europeia (Regulamento Geral da Proteção de Dados – Regulamento 1016/679, e Directiva 2016/680 de 27 de Abril de 2016 sobre o tratamento de dados pessoais pelas autoridades competentes) e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (artigo 8.º) elegeram o respeito da vida privada e a protecção dos dados pessoais como objectivos de relevo a salvaguardar.<sup>62</sup>

58 Até porque (Castanheira Neves, 2011) “*numa época em que o crime pode ser todo ele executado a quilómetros de distância ou mesmo virtualmente, a dificuldade, quer de prevenir, quer de reprimir, sente-se particularmente (...) as ameaças deixam de ser espaço – temporalmente delimitadas*”, sendo que “... esta verdadeira revolução tecnológica, ao mesmo tempo que criou facilidades inimagináveis na área da comunicação, potenciou também os riscos de violação da privacidade.”

59 O artigo 12.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem estabelece que “*ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação. Contra tais intromissões ou ataques toda a pessoa tem direito a protecção da lei.*”

60 O artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem consagra o Direito ao respeito pela vida privada e familiar “1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência. 2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem – estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros. E o artigo 17.º do Pacto Internacional relativo aos Direitos civis e políticos estipula que “1. Ninguém será objecto de intervenções arbitrárias ou ilegais na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem de atentados ilegais à sua honra e à sua reputação.2. Toda e qualquer pessoa tem direito à protecção da lei contra tais intervenções ou tais atentados”.

61 A Convenção para a Protecção das Pessoas relativamente ao Tratamento Autorizado de Dados de Carácter Pessoal visa “garantir, no território de cada Parte, a todas as pessoas singulares, seja qual for a sua nacionalidade ou residência, o respeito pelos seus direitos e liberdades fundamentais, e especialmente pelo seu direito à vida privada, face ao tratamento automatizado dos dados de carácter pessoal que lhes digam respeito (“protecção dos dados”).”

62 Ou seja, entende-se que “os sistemas de tratamento de dados, estão ao serviço do homem, devem respeitar as liberdades e os direitos fundamentais das pessoas singulares, independentemente da sua nacionalidade

Igual exigência se impõe nos regimes e na abordagem dos sistemas de informação, tais como as bases de dados nacionais de informações, policiais, biométricas, biográficas e de ADN, como o SIS I (1990) e o SIS II (2013) – bases de dados das polícias (PJ, PSP, GNR e SEF), ou o sistema integrado de informação criminal, e das autoridades alfandegárias, como o Eurodac (2000) – registos de impressões digitais de requerentes de asilo, ou como o VIS (2008) – Visa Information System.

Tem consagração constitucional na nossa Lei Fundamental (1976) a reserva da intimidade da vida privada e familiar (artigo 26.º, n.º 1) e a protecção de dados pessoais (artigo 35.º, n.ºs 1, 2, 3, 4, 6 e 7), acontecendo que, no entanto, o texto da Constituição da República Portuguesa (CRP) “não estabelece o conteúdo e o alcance do direito à reserva da intimidade, nem define o que deva entender-se por intimidade” (Acórdão n.º 278/95 do Tribunal Constitucional)<sup>63</sup>, obrigando os particulares e as pessoas colectivas, mormente as pessoas colectivas públicas, a conformar as suas actividades com um conceito geral e abstracto que devem interpretar e aplicar devidamente, sobretudo actualizando-o face aos crescentes desafios das inovações tecnológicas.

E, por falar em inovações tecnológicas, o artigo 35.º da Constituição da República Portuguesa salvaguarda também, designadamente, o direito à autodeterminação informacional, protegendo e salvaguardando o direito fundamental do cidadão de aceder, de forma livre, imediata e célere, aos seus dados informatizados, sem esquecer a qualidade, fiabilidade e actualização dos mesmos.

Ou seja, o texto da Lei Fundamental reconhece, entre outros, o direito de exigir a rectificação, actualização de todos os seus dados informatizados, quaisquer que eles sejam; o direito ao conhecimento da finalidade que presidiu ao seu tratamento e o direito a que esses dados não venham a ser usados para quaisquer outras finalidades, sem esquecer também, e finalmente, o

*ou da sua residência, especialmente a vida privada, e contribuir para o progresso social e económico, o desenvolvimento do comércio e o bem-estar dos indivíduos.*

63 Referem tão só os artigos 26.º e 34.º, n.º 4, ambos da CRP que “a todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação” e, precisamente por isso, que “é proibida toda a ingerência das autoridades públicas na correspondência, nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação, salvo os casos previstos na lei em matéria de processo criminal”. Tudo isto, porém, sem que se esqueçam os princípios consagrados no artigo 18.º, n.º 2, também da CRP, mas não só (necessidade, legitimidade, especificidade, lealdade, adequação, idoneidade, proporcionalidade, determinabilidade, consentimento, acesso e fiscalização).

direito a ver removida a informação desactualizada ou cancelados e obliterados os dados errados ou caducos.

Até no particular modo como se exercem todos estes direitos, em domínios completamente novos<sup>64</sup>, estamos, todos, nos juízos decisórios, perante ponderações de interesses<sup>65</sup> e, nas preocupações organizacionais e de civilização, perante questões de segurança colectiva e individual.

Mesmo sem ter em conta abusos típicos nas operações de *data mining* ou nas investigações de *individual risk assessment*, sector onde a quebra de privacidade ou a violação da intimidade da vida privada comporta um maior risco é precisamente o das bases de dados e o das comunicações e, dentro deste último, o das comunicações pela internet.<sup>66</sup>

Daí que, no confronto dos direitos fundamentais, até das normas convencionais internacionais<sup>67</sup>, sobrevenha a necessidade de definir e hierarquizar as fronteiras e os conteúdos de dois interesses antagónicos, precisamente o respeito pela vida privada e fomento da livre circulação da informação, para o que é necessário compreender as três esferas na defesa da privacidade, ou seja, a esfera pública, a esfera privada, a esfera íntima.

64 No Acórdão do Tribunal da Relação do Porto proferido no processo 311/08.7JFLSB.P2 decidiu-se que “*II – Servindo, como servem, os “blogues” para difusão e troca de informação com destino ao público em geral, as comunicações neles realizadas não podem ser tidas como comunicações eletrónicas, no sentido de que estão abrangidas pela proteção de dados pessoais e da privacidade, configurando, antes, os crimes neles cometidos, uma situação relativamente à qual inexiste justificação para estender a proteção devida à intimidade da vida privada.*”

65 O Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 6 de abril de 2011, processo 111/10.4JALRA-A.C1 decidiu que “*2. Considerando a danosidade social que implica o acesso a dados de conteúdo e de tráfego das telecomunicações, o legislador foi muito rigoroso no estabelecimento de um catálogo de crimes em relação aos quais é admissível a obtenção de prova através de telecomunicações*” e que “*3. Se o crime que se investiga não faz parte desse catálogo, e não é punível com pena de prisão superior, no seu máximo, a 3 anos (art.187.º, n.º1, al. a) do C.P.P.), a solução é indeferir o meio de obtenção de prova.*”

66 E desde há muito que se reconhece que “*a implementação de projectos relacionados com as questões da segurança na utilização da internet para a realização de negócios, é considerada fundamental para combater receios de fraude, incerteza quanto à entidade do receptor, quebra de privacidade, vírus, falta de apoio legal na resolução de eventuais litígios*” (Plano de acção para a Sociedade da Informação, aprovado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 107/2002, de 20 de Novembro).

67 O artigo 10.º, n.º 1, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem salvaguarda expressamente no seu parágrafo inicial que “*qualquer pessoa tem direito à liberdade de expressão*”, mas acrescenta logo no seu n.º 2 que “*o exercício desta liberdade...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 protecção da saúde ou da moral, a protecção da honra ou dos direitos de outrem, para impedir a divulgação de informações confidenciais...*”.

A questão é (Garcia Marques, 2004) “*como compatibilizar o direito do individuo ao exercício das suas liberdades e ao gozo da sua intimidade com a necessidade do corpo social em que está integrado – e das entidades de direito público ou de direito privado com as quais vai estabelecendo relações jurídicas ao longo do tempo – de recolher informações acerca de si, do seu passado e do seu presente?*”

E a resposta não pode deixar de ser a seguinte: se o cidadão abdica de um seu direito fundamental<sup>68</sup>, a *res publica* não pode deixar de assumir um conjunto de deveres especiais; e por isso que se venha exigindo uma tríplice preocupação que passa, primeiro, pela maior aproximação ou mesmo harmonização de regimes na União Europeia, depois, pelo aumento das obrigações de compiladores, controladores, processadores e emissores de informação e também, finalmente, pelo reforço dos mecanismos de supervisão, de fiscalização institucional e de controlo jurisdicional.

É que só assim se poderão salvaguardar devidamente os princípios da finalidade, da transparência, da qualidade dos dados, da adequação, da pertinência, da exactidão e da proporcionalidade, na vertente da proibição do excesso.

## 6.

Sendo uma das traves mestras em que assenta o Estado de Direito Democrático a liberdade de informação, a Constituição da República Portuguesa a todos reconhece, desde a sua redacção inicial, o *direito de se informar* (artigo 37.º, n.º 1) – que na versão actual, introduzida na primeira revisão, em 1982, se decompôs em *direito de informar*, em *direito de se informar* e em *direito de se ser informado* – sem especiais reservas, sem quaisquer impedimentos de monta ou discriminações não justificadas.

Por isso, a necessidade de tutela na protecção da fidedignidade dos registos e de regulação da liberdade de acesso à documentação – ou seja, aos documentos<sup>69</sup>

<sup>68</sup> Pode porém um cidadão ser obrigado a abdicar de um seu direito fundamental, o direito à privacidade e à intimidade da vida privada, na vertente do anonimato? É que “*por um lado, a possibilidade de permanecer anónimo é essencial para salvaguardar os direitos fundamentais à privacidade e à liberdade de expressão no ciberspaço. Por outro lado, a capacidade de participar e de comunicar em linha, sem revelar a respectiva identidade, contraria o espírito das iniciativas desenvolvidas actualmente no intuito de apoiar outros aspectos fundamentais tais como o combate ao conteúdo ilegal e lesivo, à fraude financeira ou às violações dos direitos de autor*” – cfr. Comissão Europeia, 2001.

<sup>69</sup> Documentos são quaisquer suportes de informação gráficos, sonoros, visuais, informáticos ou registos de outra natureza, como processos, relatórios, estudos, pareceres, actas, autos, circulares, ordens de serviço, despachos, instruções, orientações, etc.

e aos documentos administrativos<sup>70</sup> – tem vindo a assumir uma crescente relevância nas preocupações quer do legislador e decisor (inclusive a nível constitucional<sup>71</sup>, comunitário<sup>72</sup> e internacional<sup>73</sup>) quer da administração pública, a que cada vez mais se exige profissionalismo, rigor, firmeza, abertura, transparência e sentido de missão ao serviço da comunidade, quer dos cidadãos que, individualmente ou congregados em sociedades, associações e similares, vão tomando consciência dos seus direitos de cidadania.

Como direito fundamental, o princípio do arquivo aberto, isto é, o livre e geral acesso aos documentos administrativos pelo cidadão comum<sup>74</sup>, independentemente da invocação (ou até da existência) de um interesse directo e pessoal, só foi consagrado na Revisão Constitucional de 1989, com o aditamento do parágrafo 2.º ao artigo 268.º, do teor seguinte: “*os cidadãos têm também o direito de acesso aos arquivos e registos administrativos, sem prejuízo do disposto na lei em matérias relativas à segurança interna e externa, à investigação criminal e à intimidade das pessoas*”.

A densificação e regulamentação deste dispositivo foi obra da Lei do Acesso aos Documentos Administrativos (LADA)<sup>75</sup>, tanto que nesta se

<sup>70</sup> Documentos administrativos são os detidos por órgãos do Estado e das Regiões Autónomas que exerçam funções administrativas, por órgãos dos institutos públicos e das associações públicas, por órgãos das autarquias locais e das suas associações e federações, por outras entidades no exercício de poderes de autoridade, nos termos da lei.

<sup>71</sup> A Lei Fundamental proclama, desde 1976, que “*os cidadãos têm o direito de ser informados pela Administração, sempre que o requeiram, sobre o andamento dos processos em que sejam directamente interessados, bem como o de conhecer as resoluções definitivas que sobre eles forem tomadas*” (n.º 1 do actual artigo 268.º, que sucedeu em 1982, sem alteração do texto, ao n.º 1 do artigo 269.º da versão originária).

<sup>72</sup> V. Regulamento (CE) n.º1049/2001; Livro Verde da Comissão, de 18 de Abril de 2007, intitulado «Acesso do público aos documentos na posse das instituições da Comunidade Europeia – Análise da situação» disponível em [http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga\\_doc?smartapi!celexplus!prod!DocNumber&lg=pt&type\\_doc=COMfinal&an\\_doc=2007&nu\\_doc=185](http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!DocNumber&lg=pt&type_doc=COMfinal&an_doc=2007&nu_doc=185); e cfr., ainda, o teor da Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30 de Abril de 2008, relativa ao acesso do público aos documentos do Parlamento Europeu, do Conselho e da Comissão [COM(2008) 229 final – ao que saiba então não publicada no Jornal Oficial] mas disponível em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52008PC0229:PT:NOT>.

<sup>73</sup> O artigo 19.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem estatui que “*todo o indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteiras, informações e ideias por qualquer meio de expressão*”.

<sup>74</sup> O n.º 1 do artigo 17.º do CPA reproduz o conteúdo do n.º 2 do artigo 268.º da CRP ao estabelecer que “*todas as pessoas têm o direito de acesso aos arquivos e registos administrativos, mesmo que não se encontre em curso qualquer procedimento que lhes diga directamente respeito, sem prejuízo do disposto na lei em matérias relativas à segurança interna e externa, à investigação criminal e à intimidade das pessoas*”.

<sup>75</sup> Lei n.º 26/2016 de 22 de Agosto.

estabeleceu que “*o acesso aos documentos administrativos é assegurado pela Administração pública de acordo com os princípios da publicidade, da transparéncia, da igualdade e da imparcialidade*” e que “*todos têm direito à informação mediante o acesso a documentos administrativos de carácter não nominativo*”<sup>76</sup>, sendo que o acesso aos documentos referentes a dados pessoais com tratamento automatizado rege-se por legislação própria, que é actualmente a Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro (Lei da Protecção de Dados Pessoais)<sup>77</sup>.

Não se limita a lei a impor à Administração o dever de satisfazer pedidos de acesso documental, pois manda publicar, ao menos semestralmente, os documentos que comportem enquadramento da actividade administrativa, tais como despachos normativos internos e circulares, e o sumário (designadamente o seu título, matéria, data, origem e local onde se encontram acessíveis para consulta) de todos os que visem interpretar normas jurídicas ou descrever procedimentos administrativos.

Porém, o princípio do livre acesso aos documentos administrativos admite excepções, que o n.º 2 do artigo 268.º da CRP arruma em três categorias: matérias relativas à segurança interna e externa<sup>78</sup>; matérias relativas à investigação criminal<sup>79</sup>; e matérias relativas à intimidade das pessoas<sup>80</sup>.

As três mencionadas categorias de excepções que o n.º 2 do artigo 268.º da CRP expressamente ressalvou da regra do livre acesso aos documentos administrativos a LADA acrescentou outras, que passaremos a indicar.

<sup>76</sup> O direito em análise comprehende, além de informação sobre a existência e o conteúdo do documento, o seu acesso por via de consulta, que é gratuita, ou de reprodução, seja por certidão, seja por fotocópia ou por outros meios técnicos, incluindo os audiovisuais.

<sup>77</sup> Artigos 11.º a 15.º e 17.º.

<sup>78</sup> Que comprehendem “*os documentos que contenham informações cujo conhecimento seja avaliado como podendo pôr em risco ou causar dano à segurança interna e externa do Estado ficam sujeitos a interdição de acesso ou a acesso sob autorização, durante o tempo estritamente necessário, através de classificação nos termos de legislação específica*”. Esta legislação específica é, nuclearmente, a Lei n.º 6/94, de 7 de Abril (Lei do Segredo de Estado); mas nela se podem ainda incluir os diplomas relativos ao Sistema de Informações da República Portuguesa (entre outros, a Lei n.º 30/84, de 5 de Setembro, alterada pelas Leis n.os 4/95, de 21 de Fevereiro, 15/96, de 30 de Abril, e 75-A/97, de 22 de Julho, e pela Lei Orgânica n.º 4/2004, de 6 de Novembro; a Lei n.º 9/2007, de 19 de Fevereiro, a Lei n.º 53/2008, de 29 de Agosto (Lei de Segurança Interna), e a Resolução do Conselho de Ministros n.º 50/88, publicada no DR, n.º 279, I série, de 3 de Dezembro de 1998).

<sup>79</sup> O artigo 6.º da LADA estabelece que o acesso a documentos referentes a matérias em segredo de justiça é regulado por legislação própria – cfr. o disposto no artigo 86.º do Código de Processo Penal.

<sup>80</sup> São documentos nominativos os que contenham dados pessoais, ou seja, informações sobre pessoa singular, identificada ou identificável, que versem sobre juízos apreciativos ou valorativos, ou que sejam abrangidas pela reserva da intimidade da vida privada.

O n.º 2 do artigo 10.º da LADA (que já vem da primitiva redacção do diploma, embora então ocupasse o n.º 1 desse artigo) dispõe ser “*vedada a utilização de informações com desrespeito dos direitos de autor e dos direitos de propriedade industrial, assim como a reprodução, difusão e utilização destes documentos e respectivas informações que possam configurar práticas de concorrência desleal.*”

E, segundo o n.º 1 do mesmo artigo 10.º, aditado pela citada Lei n.º 8/95, “*a Administração pode recusar o acesso a documentos cuja comunicação ponha em causa segredos comerciais, industriais ou sobre a vida interna das empresas*”.

Trata-se de restrições ou compressões do direito de acesso aos documentos administrativos impostas pela necessidade de conciliar com os direitos, também com assento constitucional, de propriedade (intelectual, comercial, industrial), de iniciativa económica (individual e empresarial) e de concorrência leal – cfr. artigos 42.<sup>o</sup><sup>81</sup>, 61.<sup>o</sup><sup>82</sup>, 62.<sup>o</sup><sup>83</sup>, 78.<sup>o</sup><sup>84</sup>,

---

81 A Constituição da República Portuguesa, estatui na Parte I, Título II, Capítulo I, artigo 42.º, sob a epígrafe Liberdade de criação cultural, que “*1 – É livre a criação intelectual, artística e científica. 2 – Esta liberdade compreende o direito à invenção, produção e divulgação da obra científica, literária ou artística, incluindo a protecção legal dos direitos de autor.*”

82 A Constituição da República Portuguesa, estatui na Parte I, Título III, Capítulo I, artigo 61.º, sob a epígrafe Iniciativa privada, cooperativa e autogestionária, que “*1 – A iniciativa económica privada exerce-se livremente nos quadros definidos pela Constituição e pela lei e tendo em conta o interesse geral. 2 – A todos é reconhecido o direito à livre constituição de cooperativas, desde que observados os princípios cooperativos. 3 – As cooperativas desenvolvem livremente as suas actividades no quadro da lei e podem agrupar-se em uniões, federações e confederações e em outras formas de organização legalmente previstas. 4 – A lei estabelece as especificidades organizativas das cooperativas com participação pública. 5 – É reconhecido o direito de autogestão, nos termos da lei.*”

83 A Constituição da República Portuguesa, estatui na Parte I, Título III, Capítulo I, artigo 62.º, sob a epígrafe Direito de propriedade privada, que “*1 – A todos é garantido o direito à propriedade privada e à sua transmissão em vida ou por morte, nos termos da Constituição. 2 – Aquisição e a expropriação por utilidade pública só podem ser efectuadas com base na lei e mediante o pagamento de justa indemnização.*”

84 A Constituição da República Portuguesa, estatui na Parte I, Título II, Capítulo III, artigo 78.º, sob a epígrafe Fruição e criação cultural, que “*1 – Todos têm direito à fruição e criação cultural, bem como o dever de preservar, defender e valorizar o património cultural. 2 – Incumbe ao Estado, em colaboração com todos os agentes culturais: a) Incentivar e assegurar o acesso de todos os cidadãos aos meios e instrumentos de acção cultural, bem como corrigir as assimetrias existentes no país em tal domínio; b) Apoiar as iniciativas que estimulem a criação individual e colectiva, nas suas múltiplas formas e expressões, e uma maior circulação das obras e dos bens culturais de qualidade; c) Promover a salvaguarda e a valorização do património cultural, tornando-o elemento vivificador da identidade cultural comum; d) Desenvolver as relações culturais com todos os povos, especialmente os de língua portuguesa, e assegurar a defesa e a promoção da cultura portuguesa no estrangeiro; e) Articular a política cultural e as demais políticas sectoriais.*”

80.º, al. c)<sup>85</sup>, 81.º, al. e)<sup>86</sup>, 82.º, n.os 3 e 4<sup>87</sup>, e 86.<sup>º</sup><sup>88</sup> da CRP.

Assim, para além das restrições decorrentes do direito de autor, contemplam-se aqui limitações justificadas pela protecção da propriedade industrial, de segredos comerciais e industriais, de dados confidenciais sobre a vida interna das pessoas colectivas.

Tudo com o objectivo de prevenir a violação dos princípios da sã concorrência, proteger a confidencialidade dos negócios privados e evitar a difusão de informações prejudiciais aos interesses comerciais e ao crédito ou, até, à reputação económica das empresas<sup>89</sup>.

A lei impede assim que, através do abuso do direito de acesso aos documentos administrativos ou da abusiva divulgação de informação, alguém aproveite para conhecer ou difundir segredos de uma sociedade, eventualmente até sua concorrente (e, em prejuízo desta, tirar daí proveitos ilícitos),

85 A Constituição da República Portuguesa, estatui na Parte II, Título I, artigo 80.º, al. c), sob a epígrafe Princípios fundamentais, que “*A organização económico-social assenta nos seguintes princípios: c) Liberdade de iniciativa e de organização empresarial no âmbito de uma economia mista.*”

86 A Constituição da República Portuguesa, estatui na Parte II, Título I, artigo 81.º, al. e), sob a epígrafe Incumbências prioritárias do Estado, que “*Incumbe prioritariamente ao Estado no âmbito económico e social: e) Promover a correcção das desigualdades derivadas da insularidade das regiões autónomas e incentivar a sua progressiva integração em espaços económicos mais vastos, no âmbito nacional ou internacional.*”

87 A Constituição da República Portuguesa, estatui na Parte II, Título I, artigo 82.º, n.os 3 e 4, sob a epígrafe Sectores de propriedades dos meios de produção, que “*3 – O sector privado é constituído pelos meios de produção cuja propriedade ou gestão pertence a pessoas singulares ou colectivas privadas, sem prejuízo do disposto no número seguinte. 4 – O sector cooperativo e social comprehende especificamente: a) Os meios de produção possuídos e geridos por cooperativas, em obediência aos princípios cooperativos, sem prejuízo das especificidades estabelecidas na lei para as cooperativas com participação pública, justificadas pela sua especial natureza; b) Os meios de produção comunitários, possuídos e geridos por comunidades locais; c) Os meios de produção objecto de exploração colectiva por trabalhadores; d) Os meios de produção possuídos e geridos por pessoas colectivas, sem carácter lucrativo, que tenham como principal objectivo a solidariedade social, designadamente entidades de natureza mutualista.*”

88 A Constituição da República Portuguesa, estatui na Parte II, Título I, artigo 86.º, sob a epígrafe Empresas privadas, que “*1 – O Estado incentiva a actividade empresarial, em particular das pequenas e médias empresas, e fiscaliza o cumprimento das respectivas obrigações legais, em especial por parte das empresas que prossigam actividades de interesse económico geral. 2 – O Estado só pode intervir na gestão de empresas privadas a título transitório, nos casos expressamente previstos na lei e, em regra, mediante prévia decisão judicial. 3 – A lei pode definir sectores básicos nos quais seja vedada a actividade às empresas privadas e a outras entidades da mesma natureza.*”

89 O Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, de 26 de outubro de 2006, processo 01877/06 estabeleceu que “*I – O segredo comercial visa impedir que sejam aproveitadas informações confidenciais, violando as regras da livre concorrência entre as empresas (art. 10.º n.º 1 da LADA), que “II – Tais informações podem referir-se a técnicas de fabrico, patentes, informações e estratégias comerciais e de captação de clientes, cujo conhecimento por parte de concorrentes seria susceptível de afectar determinada empresa.” E que “III – Deste modo, a Administração pode restringir o acesso a tal tipo de elementos, sem que com isso seja posto em causa o direito à informação constitucionalmente consagrado.*”

designadamente no domínio das estratégias ou operações comerciais ou de marketing, dados estatísticos confidenciais como os relativos a penetração no terreno, na clientela ou no mercado, processos técnicos de fabrico (*know-how*), inovações tecnológicas, ficheiros de clientes, de fornecedores, dados relativos a pesquisas e trabalhos de investigação e modelos ou patentes, etc.

## 7.

A análise cuidada de todos estes temas, a discussão do que *é* e *deve ser* e a resposta a todas estas questões que se deixam elencadas mas não completamente respondidas, a fim de poder ser útil o diálogo nesta sessão de formação, também parte da boa compreensão e interpretação das regras do sector.

São objectivos a prosseguir pelo ICP-ANACOM a liberalização progressiva do sector das comunicações, especificamente das telecomunicações, o desenvolvimento de um mercado complexo e crescentemente concorrencial<sup>90</sup>.

E nestes objectivos terão que se integrar também finalidades específicas, não menos relevantes, quer no que toca à protecção dos direitos de cidadania e dos interesses dos consumidores<sup>91</sup>, quer ainda no incremento de um elevado nível de protecção dos dados pessoais e de privacidade, razão por que também estes objectivos constituem especial responsabilidade do regulador.<sup>92</sup>

Daí que seja de promover internamente a formação específica e a investigação científica, quer no âmbito da divulgação do quadro regulatório e dos direitos e obrigações das operadoras e dos consumidores de comunicações, quer na prestação de informações claras, quer ainda na regulação e nas áreas

90 Ora tudo isto só é exequível procurando uma real e efectiva igualdade de oportunidade dos operadores, minimizando tanto quanto possível as barreiras à entrada ou à informação e promovendo o uso de tecnologias intensivas e a inovação permanente, a forte especialização técnica e a divulgação dos conhecimentos e das experiências acumuladas.

91 Os principais problemas abordados nas legislações e regulamentações vigentes em relação ao domínio específico da criminalidade informática, tanto a nível da União Europeia como dos Estados-Membros, são os seguintes: violações da vida privada; infracções ligadas aos conteúdos e violações da propriedade intelectual. É preciso, pois, ver em concreto o que cada regulador deve prevenir ou reprimir nestes domínios.

92 A criação de uma cultura de exigência interna e de promoção de uma matriz humanista que não prescinda da qualidade técnica e do rigor procedural não podem estar arredadas da construção de uma convergência inteligente e harmoniosa das comunicações, dos meios de comunicação social e das tecnologias de informação que, sendo instrumento, devem estar ao serviço da comunidade e não ser obstáculo à liberdade económica ou ofensa de direitos individuais e colectivos.

sancionatórias que devem ser caracterizadas pela independência na acção e imparcialidade da decisão.<sup>93</sup>

O ICP-ANACOM como Autoridade Reguladora Nacional (ARN), inserida que está no Organismo de Reguladores Europeus das Comunicações Electrónicas (ORECE), tem como missão ser entidade e autoridade de controlo, de regulação<sup>94</sup> e de supervisão (prudencial<sup>95</sup> e comportamental<sup>96</sup>) com funções de gestão, de arbitragem e de representação ao nível do sector das comunicações.<sup>97</sup>

Em todas estas actividades, de modo geral, e em especial no exercício das funções de regulação, de controlo, de supervisão prudencial e comportamental, a entidade reguladora ou a autoridade de supervisão – o ICP-ANACOM – está sempre sujeita aos princípios da legalidade, da necessidade, da subsidiariedade, da proporcionalidade, da imparcialidade, da clareza, da participação e da publicidade, quando esta última não esteja afastada no caso concreto<sup>98</sup>.

Questão que se pode colocar, quer no que toca a recomendações concretas ou providências de reparação, quer no que toca a procedimentos sancionatórios

93 Para isso aqui fica um desafio para que o ICP-ANACOM realize, em breve, um Encontro Nacional de Autoridades para a discussão destas temáticas a nível nacional e transversal de modo a gerar um diálogo entre várias sensibilidades, partindo de diferentes visões e missões e visando uma troca de experiências para estabelecimento de regras e boas-práticas em todos os sectores de actividade.

94 Nessa medida, e em primeira linha, cumpre-lhe elaborar regulamentos obrigatórios gerais, normas de eficácia externa, instruções para categorias de operadores e para categorias de prestadores de serviços, mantendo a integridade e a segurança das redes de comunicação públicas e salvaguardando o regular funcionamento do mercado das comunicações.

95 Depois, e em segunda linha, exerce poderes de conformação da actividade dos operadores e prestadores de serviços emitindo e impondo actos vinculativos individuais ou recomendações concretas, estas já no âmbito da fiscalização do cumprimento das normas legais e regulamentares, podendo ainda determinar providências necessárias à reparação das justas queixas dos utentes.

96 Finalmente, como corolário da fiscalização do cumprimento das normas legais e regulamentares, bem assim como do dever de vigiar a actividade das entidades, para além de receber e registar queixas e reclamações, esta autoridade reguladora tem também como atribuição instaurar, instruir e punir no âmbito dos processos sancionatórios.

97 Seria por isso também útil, e aqui fica mais um desafio, o de que pudesse ser iniciado, porventura até por iniciativa do próprio ICP – ANACOM, um THINK TANK a nível nacional e internacional para a discussão alargada das temáticas de segurança da informação, da privacidade e do acesso a dados.

98 Já no seu múnus sancionatório está o ICP-ANACOM, por imposição constitucional, também obrigada a respeitar os princípios da audiência e da defesa, na sua vertente de audiência do interessado e de participação da decisão, de respeito pelo contraditório e pelos princípios do Código de Procedimento Administrativo, e, quando for caso disso, do Regime Geral das Contra-Ordenações.

ou decisões neste proferidas, preparatórias, mas ainda não definitivas<sup>99</sup>, é a de saber se é possível, como e quando, a divulgação da identidade das operadoras sujeitas a processo de investigação, ou a divulgação da matéria a investigar, assim como a divulgação das informações obtidas ou das decisões individuais ou sancionatórias interlocutórias entretanto adoptadas.

Convoca-se aqui a necessidade da ponderação de interesses face aos especiais deveres de informação e prevenção, às necessidades de justiça e eficácia, face ao dever de reserva ou de sigilo, de respeito pelo princípio da presunção de inocência e de salvaguarda do bom-nome ou reputação do regulado. Serão critérios de estrita legalidade ou, antes, juízos de oportunidade os critérios de resolução deste confronto aparentemente impossível de ultrapassar? Serão certamente critérios jurídicos e que determinarão, ou não, a legalidade, regularidade e bondade do acto, e que poderão, ou não, originar a responsabilidade da entidade e/ou dos seus autores.

Em suma, no âmbito do exercício concreto da sua actividade os titulares dos órgãos do ICP-ANACOM e os seus trabalhadores e agentes podem vir a ter que responder civil, criminal, disciplinar e financeiramente<sup>100</sup> pelos actos e omissões que pratiquem no exercício das suas funções, tudo nos termos da Constituição da República Portuguesa e da demais legislação e regulamentação aplicável, estando todos os seus actos, designadamente os lesivos de direitos, sujeitos a controlo judicial<sup>101</sup>, que se exerce em diferentes tribunais consoante a matéria<sup>102</sup>.

<sup>99</sup> Isto é, o ICP-ANACOM tem a competência para iniciar, instruir e decidir todos os procedimentos por contra-ordenações no sector das comunicações. Por isso tem, para além de funções de fiscalização e de investigação, prerrogativas de agentes de autoridade, tanto que desde logo, pode proceder à identificação de pessoas que infrinjam normas legais ou regulamentares, pode realizar averiguações e exames com acesso livre a instalações, equipamentos e serviços das entidades sujeitas a inspecção e controlo, ou pode ainda formular a requisição de documentação para análise, bem como de equipamentos e materiais para a realização de testes.

<sup>100</sup> Com efeito, o artigo 50.º do Decreto-Lei n.º 39/2015, de 16 de Março, sob a epígrafe de *Responsabilidade jurídica*, estabelece que “os titulares dos órgãos do ICP – ANACOM e os seus trabalhadores e agentes respondem civil, criminal, disciplinar e financeiramente pelos actos e omissões que pratiquem no exercício das suas funções, nos termos da Constituição e demais legislação aplicável”.

<sup>101</sup> Os números 1 a 3 do artigo 53.º do Decreto-Lei n.º 39/2015, de 16 de Março, sob a epígrafe de *Controlo judicial*, estatuem que “a actividade dos órgãos e agentes do ICP – ANACOM de natureza administrativa fica sujeita à jurisdição administrativa, nos termos da respectiva legislação”, que “as sanções por infrações contra-ordenacionais são impugnáveis nos termos gerais, junto dos tribunais judiciais” e que “das decisões proferidas no âmbito da resolução de litígios cabe recurso para os tribunais judiciais ou arbitrais, nos termos previstos na lei”.

<sup>102</sup> Exemplificando, na sindicância da actividade de natureza administrativa da entidade tem competência a jurisdição administrativa, no eventual julgamento da aplicação de coimas ou de sanções acessórias aos

Não é, pois, demais pedir, exigir mesmo, rigor e prudência na conduta<sup>103</sup>, bem como insistir na prioridade à prevenção<sup>104</sup>, o que só se obtém apostando na qualidade e na excelência das pessoas, de cada pessoa, até para defesa própria e protecção da instituição, mas também da liberdade, da segurança, da legalidade e da cidadania.

---

regulados tem competência o Tribunal da Regulação e da Concorrência, no apuramento da responsabilidade civil ou na resolução de litígios têm os tribunais judiciais ou os tribunais arbitrais e na fiscalização de determinados actos e contratos públicos tem-na o Tribunal de Contas.

103 Ainda continua a ser essencial “...aumentar a consciencialização pública para os riscos da criminalidade na Internet, promover as melhores práticas em matéria de segurança, definir instrumentos e procedimentos eficazes a fim de lutar contra a criminalidade informática, bem como incentivar a adopção de medidas tendo em vista mecanismos de alerta e de gestão das crises” – cfr. Comissão Europeia, 2001.

104 Mas não basta formar pessoas e ter os melhores quadros; é necessário fazer um esforço continuado de investimento em recursos tecnológicos e de educação permanente, só possível com a formação contínua e uma cultura de responsabilidade e excelência. “De maneira a prevenir a criminalidade informática e a lutar eficazmente contra este fenómeno, é necessário a existência prévia de algumas condições: disponibilidade de tecnologias em matéria de prevenção; sensibilização para os riscos potenciais associados à segurança e aos meios de os combater; disposições legislativas adequadas em matéria de direito material e processual, no que diz respeito às actividades criminosas tanto nacionais como transacionais; disponibilização de pessoal dos serviços responsáveis pela aplicação da Lei, em número suficiente, com boa formação e correctamente equipado; reforço da cooperação entre todos os intervenientes interessados: utilizadores e consumidores, empresas, serviços responsáveis pela aplicação da lei e autoridades responsáveis pela protecção de dados; acções permanentes das empresas e do meio associativo; investigação e desenvolvimento [etc.]” – cfr. Comissão Europeia, 2001.

## BIBLIOGRAFIA

CASTANHEIRA NEVES, Rita

- 2011     *As Ingerências nas Comunicações Electrónicas em Processo Penal – Natureza e Respectivo Regime Jurídico do Correio Electrónico enquanto Meio de Obtenção de Prova*, Coimbra: Wolters Kluwer/Coimbra Editora.

COMISSÃO EUROPEIA

- 2001     *Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu, ao Comité Económico e Social e ao Comité das Regiões para criar uma Sociedade de Informação mais segura reforçando a segurança das infra-estruturas de informação e lutando contra a cibercriminalidade*, COM(2000) 890 final, de 26.01.2001.

GARCIA MARQUES, José Augusto Sacadura

- 2004     “Internet e privacidade”, in *Revista Direito da Sociedade da Informação*, vol. V, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 23-64.

SANTOS, Cristina Máximo dos

- 2004     “As novas tecnologias da informação e o sigilo das comunicações”, in *Revista do Ministério Público*, n.º 99/2004 pp. 89-116.

# AS CATIVAÇÕES E A AUTONOMIA ADMINISTRATIVA E FINANCEIRA DAS ENTIDADES REGULADORAS INDEPENDENTES (E DA ADC EM PARTICULAR)

Fernando Pereira Ricardo\*

**ABSTRACT:** *From 2017, the independent regulatory authorities own revenues are subject to governmental captivations, which are incompatible with the administrative and financial autonomy of all independent regulatory authorities. This paper intends to demonstrate that the governmental captivations may only concern the part of the budget of the independent regulatory entities that comes from transfers from the state budget, not the part of the budget resulting from their own revenues.*

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Da autonomia administrativa e financeira da AdC. 2.1. Os primeiros Estatutos da AdC. 2.2 Da não adequação do regime dos serviços e fundos autónomos às ERI. 2.3. Dos antecedentes da LQER e dos novos Estatutos da AdC. 2.4. Da LQER, aprovada em anexo à Lei n.º 67/2013. 2.5. Dos Estatutos da AdC, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 125/2014. 3. Das Leis do Orçamento do Estado e do Enquadramento Orçamental. 3.1. Da Lei n.º 42/2016, que aprova o Orçamento do Estado para 2017. 3.2. Da Lei n.º 151/2015, de enquadramento orçamental. 4. Da articulação da LOE e da LEO com a LQER e os Estatutos da AdC. 4.1. A vinculação das ERI às regras da LOE e da LEO. 4.2. A salvaguarda da “autonomia especial” das ERI na LEO. 4.3. A diferença de regime entre receitas próprias e dotações do orçamento de Estado ou utilizações de bens do domínio público. 5. Conclusão.

## 1. INTRODUÇÃO

Em abril de 2017, a Autoridade da Concorrência (“Autoridade” ou “AdC”) foi informada de que, com base na Lei n.º 42/2016, de 28 de dezembro, que aprovou o Orçamento do Estado para 2017, e na Lei de Enquadramento Orçamental, aprovada em anexo à Lei n.º 151/2015, de 11 de setembro, as

---

\* Jurista no Departamento de Controlo de Concentrações da Autoridade da Concorrência. As opiniões expressas neste artigo são da exclusiva responsabilidade do autor.

receitas (próprias) da AdC se encontravam sujeitas a utilização condicionada, isto é, a autorização do membro do Governo responsável pela área das Finanças.

A sujeição das receitas (próprias) da AdC a utilização condicionada nos termos acima descritos afigurou-se, *prima facie*, dificilmente compatível com a autonomia administrativa e financeira das entidades reguladoras e da AdC em particular à luz da Lei-Quadro das Entidades Reguladoras e dos Estatutos da Autoridade.

O presente artigo visa precisamente analisar a compatibilidade da sujeição das receitas (próprias) da AdC a utilização condicionada com a autonomia administrativa e financeira das entidades reguladoras independentes.

A opinião expendida pelo autor, em abril de 2017, no quadro de uma reflexão interna sobre a questão em causa, em nada vincula, responsabiliza ou compromete a Autoridade.

## 2. DA AUTONOMIA ADMINISTRATIVA E FINANCEIRA DA ADC

### 2.1. Os primeiros Estatutos da AdC

Na nota preambular ao Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de janeiro, que aprovou os primeiros Estatutos da Autoridade da Concorrência, refere-se que o estatuto de independência, compatível com a lei e a Constituição da República Portuguesa (“CRP”)<sup>1</sup>, é conferido à Autoridade, entre outros aspectos, pela atribuição de autonomia patrimonial e financeira<sup>2</sup>.

Na sequência, à luz dos primeiros Estatutos da AdC:

- A Autoridade encontrava-se sujeita ao regime orçamental e financeiro dos serviços e fundos autónomos (artigo 29.º)<sup>3</sup>;

---

<sup>1</sup> Artigo 267.º, n.º 3: “[a] lei pode criar entidades administrativas independentes”. A independência, sob o ponto de vista orgânico, avalia-se pela composição, modo de designação dos titulares dos seus órgãos, regras relativas ao mandato e regime de incompatibilidades; sob o ponto de vista funcional, a independência caracteriza-se pelo facto de elas desenvolverem a sua atividade sem sujeição a quaisquer ordens ou instruções e sem qualquer censura ou contrato, por parte do governo ou de outra autoridade (salvo os tribunais) (Canotilho & Moreira, 2014: 810-811).

<sup>2</sup> Pontos 3-4 do preâmbulo.

<sup>3</sup> São designados de serviços e fundos autónomos os serviços e organismos da Administração Pública que não tenham a natureza e forma de empresa, fundação e associação pública e que disponham de autonomia administrativa e financeira (Oliveira Martins, M., 2013: 91). Nos termos da Lei n.º 8/90, de 20 de fevereiro, Lei de Bases da Contabilidade Pública (“LBCP”), a autonomia administrativa e financeira consubstancia-se na

- A Autoridade dispunha de património próprio, constituído pela universalidade dos seus bens, direitos, garantias ou obrigações de conteúdo económico (artigo 30.º, n.º 1);
- A AdC tinha receitas próprias, nomeadamente as taxas cobradas pelos serviços prestados e 40% do produto das coimas aplicadas [artigo 31.º, a) e b)].

Posteriormente, o legislador reforçou as receitas próprias da AdC. Tendo em atenção que a independência das autoridades reguladoras em geral requer uma forma de financiamento autónoma e previsível e, tanto quanto possível, independente do Orçamento do Estado, o Decreto-Lei n.º 30/2004, de 6 de fevereiro, estabeleceu que as receitas das taxas cobradas às entidades reguladas, nos setores mencionados no referido diploma, seriam partilhadas entre os reguladores setoriais e a AdC<sup>4</sup>.

Do que antecede, importa sobretudo reter o reconhecimento por parte do legislador de que:

- A independência da AdC passa pelo financiamento da sua atividade através de receitas próprias; e
- Na gestão das receitas, deve haver um elevado grau de autonomia administrativa e financeira<sup>5</sup>.

Tal como sublinha a generalidade da doutrina, a independência das entidades reguladoras é também – e de forma decisiva – aferida através do critério do seu financiamento<sup>6</sup>.

---

competência dos dirigentes para realizarem despesas e ordenarem pagamentos mesmo fora dos atos de gestão corrente. Nos termos da LBCP, os serviços e fundos dotados de autonomia administrativa e financeira (ou seja, os serviços e fundos autónomos) estão sujeitos a controlo sistemático e sucessivo por parte das entidades que supervisionam a sua atividade (artigo 11.º, n.º 1), o qual abrange a regularidade financeira e a eficácia e eficiência das despesas efetuadas (artigo 11.º, n.º 2).

4 Cf. nota preambular ao Decreto-Lei n.º 30/2004, segundo parágrafo. Com este sistema inovador de financiamento da atividade da AdC, pretendeu-se assegurar a autonomia financeira desta instituição e a sua independência em relação ao poder político (Cardona, 2017: 633). Nos termos do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 30/2004, a AdC recebia, a título de receitas próprias, o valor máximo de 7,5% do montante das taxas cobradas no último exercício por determinadas entidades reguladoras.

5 “Uma das garantias essenciais da independência das [entidades reguladoras independentes] é a existência de recursos financeiros próprios não dependentes nem exclusiva nem maioritariamente do orçamento de Estado [...]” (Moreira & Maçãs, 2003: 298).

6 Cardona, 2017: 633.

## **2.2. Da não adequação do regime dos serviços e fundos autónomos às ERI**

Nos termos do disposto no Decreto-Lei n.º 10/2003, a Autoridade regia-se pelos seus Estatutos, pelas disposições legais que lhe fossem especificamente aplicáveis e, supletivamente, pelo regime aplicável aos serviços e fundos autónomos (artigo 2.º).

A Autoridade encontrava-se sujeita ao regime orçamental e financeiro dos serviços e fundos autónomos (artigo 29.º).

O regime orçamental e financeiro dos serviços e fundos autónomos revelou-se constrangedor da autonomia administrativa e financeira das entidades reguladoras independentes (“ERI”) em dois pontos em particular:

- No quadro da LBCP, pela possibilidade de controlo, ainda que sucessivo, da eficácia e eficiência da despesa;<sup>7</sup> e
- No quadro das leis orçamentais, nomeadamente, pela possibilidade de condicionamento das despesas dos serviços e fundos autónomos a autorizações ministeriais (cativações).

Por exemplo, a Lei n.º 91/2001, de 20 de agosto, lei de enquadramento orçamental, entretanto revogada pela Lei n.º 151/2015, de 11 de setembro, a qual, no entanto, mantém em vigor normas daquela, estabelece, no seu artigo 47.º, n.º 1, que “a execução dos orçamentos dos serviços e fundos autónomos incumbe aos respetivos dirigentes, sem prejuízo das autorizações de despesas que, nos termos da lei, devam ser concedidas pelos membros do Governo”.

Referem Moreira & Maçãs que a generalidade dos institutos públicos tradicionais estava sujeita ao regime dos serviços e fundos autónomos, o que redundou num regime de autonomia financeira assaz limitada, nomeadamente quanto à capacidade de autorização própria de despesas e quanto à necessidade de observância das regras da contabilidade pública<sup>8</sup>.

---

7 Veja-se que a aprovação do orçamento, do plano plurianual e do relatório de gestão e contas, incluindo o balanço, da AdC só pode ser recusada pelos membros do governo responsáveis pelas áreas das finanças e da economia mediante decisão fundamentada em ilegalidade ou prejuízo para os fins da AdC ou para o interesse público, artigo 40.º, n.º 3, dos Estatutos da AdC aprovados pelo Decreto-Lei n.º 125/2014, de 18 de agosto. Da densificação destes conceitos indeterminados poderá resultar uma forma *sui generis* de tutela, não limitada a um controlo de legalidade em sentido estrito (Silva Moraes, 2014:109). Em todo o caso, não estará em causa o controlo da eficácia e eficiência da despesa (controlo de mérito), que seria incompatível com a autonomia da Autoridade na gestão económico-financeira e patrimonial (artigo 32.º, n.º 1, do Estatuto da AdC).

8 O Estado regulador não é caracterizado apenas pela desintervenção económica do Estado. É também marcado crescentemente pela desgovernamentalização da atividade reguladora (Moreira & Maçãs, 2003: 257). O regime dos serviços e fundos autónomos é bastante restritivo e inclui um razoável controlo por parte

Mais referem os mesmos autores que as ERI não devem estar dependentes de autorização ministerial para a realização de despesas, devendo beneficiar de autonomia financeira bastante para se governarem livremente, no quadro do respetivo orçamento<sup>9</sup>.

Em conformidade com o acima exposto, no projeto de Lei-Quadro das Entidades Reguladoras que apresentaram, os autores em causa propuseram, quanto à gestão económico-financeira e patrimonial das ERI, o seguinte artigo:

“As ARI dispõem da liberdade de gestão patrimonial e financeira própria dos entes públicos empresariais, no quadro do seu orçamento, não lhes sendo aplicáveis as regras da contabilidade pública, nem o regime dos fundos e serviços autónomos, nomeadamente em matéria de autorização de despesas, com as exceções previstas neste diploma”<sup>10</sup>.

### **2.3. Dos antecedentes da LQER e dos novos Estatutos da AdC**

Nos termos do Memorando de Entendimento sobre as condicionalidades de política económica, de 2011, acordado entre o Governo português, por um lado, e o Fundo Monetário Internacional, o Banco Central Europeu e a Comissão Europeia, por outro, que foi condição para a concessão de assistência financeira por parte da União Europeia e da zona euro a Portugal, o Governo português comprometeu-se a garantir que as entidades reguladoras têm a independência e os recursos necessários para exercer as suas responsabilidades (ponto 7.21).

A pouca autonomia financeira foi uma das limitações à autonomia das entidades administrativas independentes com funções de regulação apontadas no Relatório Independente (do consultor ATKearney) sobre as autoridades reguladoras nacionais, de 2012, elaborado, a pedido do Governo português, na sequência do Memorando acima referido, em preparação da aprovação de uma Lei-Quadro das Entidades Reguladoras<sup>11</sup>.

No referido Relatório fazia-se notar a elevada dependência das mencionadas entidades em relação ao Governo na sua gestão orçamental, nomeadamente em matéria de autorizações de despesa e apropriação discricionária

---

do Ministério das Finanças (Cardona, 2017: 634).

9 Moreira & Maçãs, 2003: 265.

10 Moreira & Maçãs, 2003: 296.

11 Silva Morais, 2014: 102-103.

dos saldos de gerência<sup>12</sup>.

Não havia dúvida de que a dependência orçamental e financeira nos termos acima descritos traduzia necessariamente um limite substancial ao exercício das competências das entidades de regulação<sup>13</sup>.

Por conseguinte, a ideia subjacente à Lei-Quadro das Entidades Reguladoras foi a de aumentar o grau de autonomia administrativa e financeira das ERI, em particular das ERI que ainda seguiam o regime dos serviços e fundos autónomos, como era o caso da AdC.

## **2.4. Da LQER, aprovada em anexo à Lei n.º 67/2013**

### *a) Requisitos para a independência das ERI*

Nos termos da Lei-Quadro das Entidades Reguladoras, aprovada em anexo à Lei n.º 67/2013, de 28 de agosto (“LQER”), por forma a prosseguirem as suas atribuições com independência, as entidades reguladoras devem, nomeadamente, dispor:

- De autonomia administrativa e financeira e autonomia de gestão (artigo 3.º, n.º 2); e
- De capacidade de assegurar condições financeiras de autossuficiência [artigo 6.º, n.º 3, alínea c)].

Nos termos da LQER, cabe ao Governo definir e aprovar por Decreto-Lei os estatutos de cada entidade reguladora, os quais devem conter, nomeadamente, os meios patrimoniais e financeiros atribuídos, incluindo o modelo de financiamento e todas as fontes de financiamento suportadas pelos destinatários da respetiva atividade [artigo 7.º, n.º 3, alínea e)].

As ERI dispõem de receitas próprias, nomeadamente

- (i) As contribuições, taxas ou tarifas cobradas pelo exercício da atividade reguladora ou pelos serviços prestados ou pela remoção de um obstáculo jurídico; e
- (ii) Os montantes das coimas aplicadas pelas infrações que lhes compete sancionar [artigo 36.º, n.os 1 e 2, alíneas a) e b), da LQER].

---

12 Cardona, 2017: 222.

13 *Ibidem*.

Supletivamente, as ERI são financiadas através de dotações do orçamento de Estado [artigo 36.º, n.º 2, alínea d), da LQER]<sup>14</sup>.

O património próprio das ERI é constituído pelos bens, direitos e obrigações de conteúdo económico, afetos pelo Estado ou adquiridos pelas ERI (artigo 35.º, n.º 1, da LQER).

*b) Da autonomia económico-financeira e patrimonial*

Nos termos do artigo 33.º (n.os 1 a 3), da LQER:

- As entidades reguladoras dispõem, quanto à gestão financeira e patrimonial, da autonomia própria prevista na lei-quadro, no que se refere ao seu orçamento;
- As regras da contabilidade pública e o regime dos fundos e serviços autónomos, nomeadamente as normas relativas à autorização de despesas, à transição e utilização dos resultados líquidos e às cativações de verbas, não são aplicáveis às entidades reguladoras, sem prejuízo do disposto no número seguinte;
- Às verbas provenientes da utilização de bens do domínio público ou que dependam de dotações do Orçamento do Estado é aplicável o regime orçamental e financeiro dos serviços e fundos autónomos, designadamente em matéria de autorização de despesas, transição e utilização dos resultados líquidos e cativações de verbas.

*c) Da autonomia de gestão das ERI*

Nos termos do artigo 38.º, n.º 1, as entidades reguladoras aplicam o Sistema de Normalização Contabilística.

A prestação de contas rege-se, fundamentalmente, pelo disposto na Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas e respetivas disposições regulamentares (artigo 38.º, n.º 2).

Às entidades reguladoras é aplicável o regime da Tesouraria do Estado e, em particular, o princípio e as regras da unidade de tesouraria (artigo 38.º, n.º 3).

Salvo quando sejam provenientes da utilização de bens do domínio público ou tenham origem em transferências do Orçamento de Estado, casos em que

---

<sup>14</sup> As dotações do orçamento de Estado têm natureza supletiva e só deverão ser utilizadas em último recurso, caso as receitas próprias, em determinado ano, por circunstâncias anormais, não cubram as receitas a realizar (Silva, 2016: 130).

para este podem reverter, os resultados líquidos das entidades reguladoras transitam para o ano seguinte, podendo ser utilizados, designadamente, em benefício dos consumidores ou do setor regulado, nos termos a definir nos estatutos de cada ERI (artigo 38.º, n.º 5).

Em síntese, na LQER o legislador reuniu todos os requisitos para uma atuação independente do poder político das entidades reguladoras, tendo, nomeadamente, afastado o regime orçamental e financeiro dos serviços e fundos autónomos e consagrado regras de tesouraria e de reporte financeiro específicas<sup>15</sup>.

A LQER veio harmonizar a gestão financeira e patrimonial das ERI, alargando a todas as entidades reguladoras o regime de autonomia orçamental e financeira reforçada de que já beneficiavam algumas entidades reguladoras, como a Comissão do Mercado de Valores Mobiliários (mas não, por exemplo, a AdC)<sup>16</sup>.

## **2.5. Dos Estatutos AdC, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 125/2014**

Os Estatutos da AdC, aprovados em anexo ao Decreto-Lei n.º 125/2014, de 18 de agosto, vieram, em matérias relacionadas com a organização e a gestão económico-financeira e patrimonial, acolher os requisitos de independência das ERI em relação ao poder político estabelecidos na LQER<sup>17</sup>.

### *a) Regime jurídico*

A AdC é dotada de autonomia administrativa e financeira, de autonomia de gestão, de independência orgânica, funcional e técnica, e de património próprio (artigo 1.º, n.º 2).

A AdC rege-se pelo regime jurídico da concorrência e outras disposições legais que lhe sejam especificamente aplicáveis, pela LQER, pelos seus Estatutos, pelos respetivos regulamentos internos e, supletivamente, no que respeita à gestão financeira e patrimonial, pelo regime jurídico aplicável às

<sup>15</sup> A autonomia administrativa e financeira e de gestão é assegurada, nomeadamente, pela consagração de que apenas as verbas provenientes dos bens do domínio público ou que dependam de dotações do Orçamento do Estado determinam a aplicação do regime orçamental e financeiro dos serviços e dos fundos autónomos, designadamente em matéria de autorização de despesa e transição de resultados líquidos (Cardona, 2017: 223). No mesmo sentido, Cardoso Simões, 2014: 262.

<sup>16</sup> A LQER representa um reforço da autonomização das ERI que, sendo integralmente financiadas por receitas próprias, estavam, ainda assim, sujeitas à contabilidade pública e às regras dos fundos e serviços autónomos do Estado (Gonçalves do Cabo, 2013: 2).

<sup>17</sup> Preâmbulo, terceiro parágrafo.

entidades públicas empresariais (artigo 2.º)<sup>18</sup>.

Nos termos do Decreto-Lei n.º 133/2013, de 3 de outubro, que estabelece o regime jurídico do setor público empresarial, as entidades públicas empresariais são dotadas de autonomia administrativa, financeira e patrimonial e não estão sujeitas às normas da contabilidade pública (artigo 58.º, n.º 1).

*b) Meios de financiamento e património próprios*

O financiamento da AdC é assegurado pelas prestações das entidades reguladoras setoriais, bem como pelas taxas cobradas no âmbito da atividade específica da AdC (artigo 35.º, n.º 1, dos Estatutos da AdC, e artigo 5.º, n.º 3, da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio).

Constitui ainda receita da AdC 40% das coimas aplicadas pelos ilícitos que lhe compete investigar ou sancionar [artigo 35.º, n.º 7, al. b), dos Estatutos da AdC].

Extraordinariamente, na medida necessária a assegurar o cabal desempenho das suas atribuições, as dotações do Orçamento de Estado financiam a atividade da AdC [artigo 35.º, n.º 7, al. c), dos Estatutos da AdC].

A AdC dispõe de património próprio, constituído pela universalidade dos seus bens, direitos, garantias ou obrigações de conteúdo económico (artigo 34.º, n.º 1, dos Estatutos da AdC).

*c) Da autonomia económico-financeira e patrimonial*

A AdC dispõe, quanto à gestão económico-financeira e patrimonial, da autonomia própria prevista LQER e nos seus estatutos, no que se refere ao seu orçamento (artigo 32.º, n.º 1, dos Estatutos da AdC).

Não são aplicáveis à AdC as regras da contabilidade pública e o regime de fundos e serviços autónomos, nomeadamente as normas relativas à autorização de despesas, à transição e utilização de resultados líquidos e às cativações de verbas, na parte do orçamento da AdC que não dependa de dotações do

---

<sup>18</sup> No âmbito do setor público, há que distinguir – no quadro da Lei n.º 91/2001, de 10 de junho, Lei de Enquadramento Orçamental entretanto revogada pela Lei n.º 151/2015, de 11 de setembro, mas cujas normas relativas a determinadas matérias ainda estão em vigor (artigo 7.º da Lei n.º 151/2015) –, entre setor público administrativo e setor empresarial do Estado. Assim, a aplicação das regras orçamentais apenas abrange o setor público administrativo, excluindo o empresarial; o setor público administrativo rege-se por um regime contabilístico público comum, ao passo que o setor empresarial se rege por regras contabilísticas privadas (Oliveira Martins, M., 2014:86). No quadro da Lei n.º 151/2015, as regras orçamentais não são aplicáveis ao setor público empresarial, na medida em que o regime das mesmas não é aplicável aos serviços ou entidades que tenham a natureza e forma de empresa, de fundação ou associação pública (artigos 1.º e 2.º, n.º 1, da Lei n.º 151/2015).

Orçamento do Estado ou que não provenha da utilização de bens do domínio público (artigo 32.º, n.º 2, dos Estatutos da AdC).

Ou seja, no âmbito das suas receitas próprias – que, tendencial e desejavelmente, cobrirão a totalidade das suas despesas anuais – o regime financeiro aplicável deixa de ser o dos serviços e fundos autónomos para passar a ser o regime das entidades públicas empresariais<sup>19</sup>.

Por conseguinte, os atuais Estatutos da AdC fecham o círculo da autonomia administrativo-financeira, enquanto sustentáculo da sua independência em relação ao poder político.

### **3. DAS LEIS DO ORÇAMENTO DO ESTADO E DO ENQUADRAMENTO ORÇAMENTAL**

#### **3.1. Da Lei n.º 42/2016, que aprova o Orçamento do Estado para 2017**

##### *a) Da sujeição a cativações*

Já atrás se referiu que, nos termos da LQER e dos Estatutos da AdC, não são aplicáveis às ERI e à AdC em particular as regras da contabilidade pública e o regime dos fundos e serviços autónomos, nomeadamente as normas relativas à autorização de despesas, à transição e utilização de resultados líquidos e às cativações de verbas, na parte do orçamento que não dependa de dotações do Orçamento do Estado ou que não provenha da utilização de bens do domínio público.

No entanto, em 2017, foi comunicado à Autoridade que, com base na Lei n.º 42/2016, de 28 de dezembro, que aprovou o Orçamento do Estado para 2017 (“LOE”), e na Lei de Enquadramento Orçamental, aprovada em anexo à Lei n.º 151/2015, de 11 de setembro (“LEO”), as receitas (próprias) da AdC se encontravam sujeitas a utilização condicionada, isto é, a autorização do membro do Governo responsável pela área das Finanças.

##### *b) Da regra relativa à autorização para despesa*

A LOE estabelece, no seu artigo 4.º, n.º 1, que apenas podem ser utilizadas a título excepcional, mediante autorização do membro do Governo responsável

---

<sup>19</sup> Tal como se refere no Acórdão n.º 15/2015, de 9 de novembro, do Tribunal de Contas, ponto 23, a respeito da autonomia administrativa e financeira da Autoridade Nacional de Comunicações, mas aplicável à Autoridade, “[...] afigura-se que não devem ser admitidos poderes de autorização para a realização de atos ou despesas relativos à sua gestão, que poderiam condicionar a sua atividade”.

pela área das finanças, as verbas nessa norma identificadas (utilização condicionada das dotações orçamentais ou “cativações”), nomeadamente:

- 15% das dotações iniciais do agrupamento 02, «Aquisição de bens e serviços», inscritas nos orçamentos de atividades dos serviços integrados e dos serviços e fundos autónomos nas despesas relativas a financiamento nacional [al. c) do n.º 1 do artigo 4.º]; e
- 25% das dotações iniciais das rubricas 020108000 «Papel», 020213 «Deslocações e estadas» e 020220 «Outros trabalhos especializados» inscritos nos orçamentos de atividades dos serviços integrados e fundos autónomos nas despesas relativas a financiamento nacional [al. d) do n.º 1 do artigo 4.º].

Do âmbito de aplicação deste artigo ficaram excluídos o Conselho das Finanças Públicas, as instituições de ensino superior<sup>20</sup> e as entidades públicas reclassificadas que não recebam transferências do Orçamento de Estado ou de serviços e organismos da Administração direta ou indireta do Estado, cujas receitas próprias não provenham de um direito atribuído pelo Estado, ou que apresentem nos últimos três anos custos médios inferiores a € 1 500 000<sup>21</sup>.

#### *c) Do regime da LOE*

Estabelece o artigo 2.º, n.º 1, da LOE, que todas as entidades previstas no âmbito do artigo 2.º da LEO, independentemente da sua natureza e estatuto jurídico, ficam sujeitas ao cumprimento dos normativos previstos na LOE e no decreto-lei de execução orçamental (Decreto-Lei n.º 25/2017, de 3 de março).

Nos termos do artigo 2.º, n.º 1, da LEO, o setor das administrações públicas, que está sujeito à LOE, abrange todos os serviços e entidades dos subsetores da administração central, regional e local e da segurança social que não tenham natureza de empresa, fundação ou associação públicas.

<sup>20</sup> Nos termos do artigo 76.º, n.º 2, da CRP, as universidades gozam, nos termos da lei, de autonomia estatutária, científica, pedagógica, administrativa e financeira, sem prejuízo de adequada avaliação da qualidade do ensino. A não aplicação da regra das cativações às universidades decorre do contrato estabelecido entre o Governo e as universidades públicas no âmbito do compromisso com a ciência e o conhecimento. Compreende-se a necessidade de excluir expressamente as instituições do ensino superior do regime das cativações, atendendo a que o orçamento das mesmas provém, em larga medida, de dotações do Orçamento de Estado, não estando, por conseguinte, a sua autonomia administrativa e financeira salvaguardada por via da referência à autonomia especial para gestão de receitas próprias constante da LEO.

<sup>21</sup> Artigo 4.º, n.º 11.

Tendo em conta a sua natureza jurídica – pessoa coletiva de direito público e entidade administrativa independente (artigo 1.º, n.º 1, dos seus Estatutos) –, a AdC está abrangida pela LEO e, consequentemente, pela LOE<sup>22</sup>.

No quadro da LOE, as ERI são tidas, designadamente, como:

- Serviços e fundos autónomos<sup>23</sup>;
- Pessoas coletivas de direito público dotadas de independência, designadamente aquelas a que se refere a Lei n.º 67/2013, de 28 de agosto(L-QER)<sup>24</sup>; e
- Pessoas coletivas públicas, ainda que dotadas de autonomia administrativa ou de independência estatutária, designadamente decorrentes da integração das mesmas nas áreas de regulação, supervisão ou controlo<sup>25</sup>.

*d) Do objeto da LOE e do respeito pelas leis preexistentes não expressamente revogadas ou alteradas pela LOE*

Nos termos do disposto no artigo 1.º, n.º 2, da LOE, relativo ao objeto desta lei, o Governo é autorizado a cobrar as contribuições e os impostos constantes dos códigos e demais legislação tributária em vigor e de acordo com as alterações previstas na própria LOE.

---

22 A AdC consta da lista de entidades que, em 2016, integravam o setor institucional das Administrações Públicas (S.13 nos termos do Código do Sistema Europeu de Contas Nacionais e Regionais (SEC 2010). Mais concretamente, a AdC está integrada na Administração Central – Serviços e fundos autónomos da Administração Central. Trata-se da administração indireta do Estado, parte integrante da administração central, com um grau de autonomia considerável, pois tem autonomia administrativa e financeira (Trigo Pereira, 2016:374).

23 Cf. Artigo 4.º, n.º 1. Ver também os Mapas I a IX, com o orçamento da administração central, incluindo os orçamentos dos serviços e fundos autónomos (artigo 1.º, alínea a), da LOE. E, por exemplo, artigo 111.º, n.º 1, da LOE, consagrando o princípio da unidade de tesouraria, estabelecendo que os serviços integrados e os serviços e fundos autónomos estão obrigados a depositar em contas na tesouraria do Estado a totalidade das suas disponibilidades, incluindo receitas próprias, seja qual for a origem ou natureza dessas disponibilidades, e a efetuar todas as movimentações de fundos por recurso aos serviços bancários disponibilizados pelo IGCP, E.P.E.

24 Cf. artigo 42.º, n.º 1, da LOE, estabelecendo que as referidas entidades só podem proceder ao recrutamento de trabalhadores para a constituição de vínculos de emprego por tempo indeterminado nos termos do disposto no decreto-lei de execução orçamental.

25 Cf. artigo 49.º, 7, al. b), estabelecendo que o disposto no artigo 47.º, n.os 1 a 6, colocando limites à assunção de encargos relativos à aquisição de serviços, é aplicável a estas entidades.

Este dispositivo da LOE está na linha do artigo 105.º, n.º 2, da CRP, segundo o qual o Orçamento é elaborado tendo em conta, nomeadamente, as obrigações decorrentes de lei<sup>26</sup>.

Nos temos do Acórdão n.º 358/92 do Tribunal Constitucional, de 11.11.1992, a lei do orçamento não é uma lei vinculada, legal e constitucionalmente, ou um tipo de legislação não-livre, não podendo revogar leis materiais preexistentes.

A lei do orçamento deve respeitar as anteriores leis geradoras de despesa e receita, a não ser que expressamente as revogue.

Além de matérias fiscais, a lei do orçamento pode conter normas sem imediata incidência financeira ou normas “não-orçamentais”, mas ainda com alguma projeção financeira, e pode revogar ou alterar expressamente disposições legais preexistentes que não digam diretamente respeito a receitas ou despesas<sup>27</sup>.

O sentido útil do artigo 105.º, n.º 2, da CRP é o de “[...] garantir a inscrição orçamental das verbas necessárias ao cumprimento das obrigações decorrentes de lei ou de contrato que não tenham sido objeto de alteração *expressa* na própria lei do Orçamento, isto é, em relação às quais o livre poder de apreciação do Parlamento quanto às suas implicações orçamentais, quando cotejadas com as prioridades definidas no plano económico-financeiro anual, não tenha levado à conclusão da sua insubsistência ou suspensão em *termos diretamente assumidos*”<sup>28</sup>.

Ou seja, não havendo na lei do orçamento revogação ou alteração expressa das normas em vigor em matérias fiscais ou não-fiscais, a referida lei está vinculada pelas leis preexistentes<sup>29</sup>.

26 A lei do orçamento não pode deixar de prever as dotações de encargos resultantes de obrigações decorrentes de lei, contrato, convenção internacional ou decisões judiciais. O orçamento não pode deixar de proceder à cobertura das despesas resultantes de leis anteriores (Gomes Canotilho & Moreira, 2007: 1107).

27 Tal como exposto no Acórdão n.º 358/92 do Tribunal Constitucional, não há no ordenamento constitucional norma expressa que proiba a inclusão na lei do orçamento de normas não-orçamentais (matérias não-fiscais) (II-C, ponto 4). A revisão constitucional de 1989, em virtude do aditamento de um novo n.º 5.º ao atual artigo 165.º – que passou a dispor que as autorizações concedidas ao Governo na lei do Orçamento observam o disposto no artigo em causa e, quando incidam sobre matéria fiscal, só caducam no termo do ano económico a que respeitam –, reforçou a possibilidade de inclusão na lei do orçamento de normas não-orçamentais. Com efeito, na génesis da referida alteração constitucional esteve a rejeição de uma proposta apresentada pelos Deputados do PRD que limitava as autorizações legislativas às que diretamente respeitassem à obtenção de receitas e à realização de despesas públicas (matérias fiscais) (Acórdão n.º 358/92, II-C, ponto 4).

28 Acórdão 358/92, II-C, ponto 5.

29 Isto, não obstante o valor reforçado associado à LOE e à LEO. A LOE tem valor reforçado na medida em que só pode ser modificada, durante o ano económico em causa, por uma lei de alteração do Orçamento, a qual deve ocorrer no quadro da iniciativa ou proposta do Governo [artigos 167.º, n.º 2, e 161.º, al. g) da CRP]

Tendo em conta o disposto no artigo 1.º, n.º 2, da LOE e o artigo 105.º, n.º 2, da CRP, muito dificilmente se poderá admitir a revogação tácita por parte da LOE de legislação preeexistente.

Nos termos da jurisprudência do Tribunal da Relação de Lisboa e do Supremo Tribunal de Justiça, apenas será de admitir que a LOE revogou tacitamente legislação anterior quando tal se possa inferir a partir de uma conduta concludente do legislador, nomeadamente quando nos trabalhos preparatórios da lei do orçamento se tenham recusado propostas de introdução de referência a norma preeexistente, a qual se deve considerar, por via disso, revogada<sup>30</sup>, o que não se descontina ter ocorrido no caso da LQER na relação com a LOE, atendendo, nomeadamente, à referência, constante da LEO, à autonomia especial das ERI para gestão de receitas próprias, tal como se desenvolve *infra*.

Tal como de seguida se demonstra, a LOE, enquanto lei posterior, não revogou expressamente a LQER.

#### e) Da não revogação expressa da LQER pela LOE

Compulsando a LOE, verificamos que a referida lei vem alterar, de forma expressa, os seguintes diplomas: o Código do Imposto sobre o Rendimento de Pessoas Singulares; o Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas

---

(Oliveira Martins, 2007: 45-46). Já a LEO tem valor reforçado porque, nos termos do artigo 112.º, n.º 3, da CRP, a mesma tem de ser respeitada pela LOE. A LEO é uma lei de valor reforçado em relação a todas as restantes normas orçamentais, nos termos do artigo 112.º, n.º 3, da CRP. O valor reforçado da LOE e da LEO modifica os efeitos da regra geral de aplicação das leis no tempo (a lei posterior revoga a lei anterior). Estas leis gozam, por isso, de força formal negativa – as mesmas não podem ser revogadas ou derrogadas por qualquer lei, mesmo posterior, que lhes esteja subordinada (Oliveira Martins, 2007: 41). Só as despesas inscritas no orçamento podem ser realizadas no respetivo ano (princípio da precedência orçamental), pelo que nenhuma lei pode ulteriormente criar despesas não previstas para serem efetuadas na vigência desse orçamento, salvo mediante alteração do orçamento (Gomes Canotilho & Moreira, 2007:1108).

30 Cf. Acórdão de 18.03.2004, processo 1029/2004-6, e Acórdão de 11.01.2005 do Supremo Tribunal de Justiça, tendo este último sido objeto de recurso para o Tribunal Constitucional. No Acórdão correspondente, de 08.03.2006, n.º 175/2006, processo n.º 414/05, o Tribunal Constitucional conclui (ponto 7, *in fine*), colocando em crise a possibilidade de revogação tácita por parte da lei do orçamento de leis ou normas preeexistentes, que “[...] não pode desconhecer-se que as leis orçamentais [...] são, na linguagem de certa doutrina, “leis complexas”, “porque paralelamente aos preceitos meramente autorizativos da cobrança de receitas e da efectivação de despesas (lei formal orçamental), outros nela figuram que modificam determinados impostos ou fixam regras para a sua liquidação e cobrança (lei material tributária)”, surgindo estes assim como “cavaliers budgétaires” [...]. Ora, uma norma que revogasse o direito dos municípios de serem compensados pela concessão de isenção de impostos cuja arrecadação constituem receitas locais, como a constante do art. 7.º, n.º 7, da Lei n.º 1/87, não poderia deixar de ser incluída nesta segunda espécie de normas orçamentais. Sendo assim, não poderia ser distraído da norma formal orçamental [...] tal efeito revogatório”.

Coletivas; o Código do Imposto sobre o valor acrescentado; o Código do Imposto do Selo; o Código dos Impostos Especiais de Consumo; o Código do Imposto sobre Veículos; o Código do imposto municipal sobre imóveis; o Código do Imposto Único de Circulação; os Estatutos dos Benefícios Fiscais; a Lei Geral Tributária; o Código de Procedimento e Processo Tributário; o Regime Geral das Infrações Tributárias; e o Regime Complementar do Procedimento de Inspeção Tributária e Aduaneira.

Além disso, a LOE contém: “[o]utras disposições de caráter fiscal” (cap. XV); “[o]utras alterações legislativas de natureza fiscal” (cap. XVI); e alterações legislativas em matérias com incidência direta ou indireta em despesas ou receitas orçamentais (cap. XVII)<sup>31</sup>.

### **3.2. Da Lei n.º 151/2015, de enquadramento orçamental**

#### *a) Do regime e do valor reforçado da LEO em relação à LOE*

A LEO estabelece, nomeadamente, os princípios e as regras orçamentais aplicáveis ao setor das administrações públicas, bem como o regime do processo orçamental, as regras de execução, de contabilidade e reporte orçamental e financeiro (artigo 1.º).

Nesta sede, importa referir que a LEO tem, nos termos do artigo 112.º, n.º 3, da CRP, valor reforçado em relação à LOE, ou seja, a mesma tem de ser respeitada pela LOE<sup>32</sup>.

A LEO é uma lei-norma, sendo a LOE uma lei-medida, sujeita à primeira<sup>33</sup>.

---

31 Por exemplo, as alterações à Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas; à Lei que aprova o modelo de financiamento do serviço público de radiodifusão e de televisão; à Lei que cria o indexante dos apoios sociais e novas regras de atualização das pensões e outras prestações sociais do sistema de segurança social; ao Decreto-Lei que institui o abono de família para crianças e jovens e define a proteção na eventualidade de encargos familiares no âmbito do subsistema familiar; ao Regulamento das Custas Processuais; à Lei Geral do trabalho em Funções Públicas; e ao Código dos Regimes Contributivos do Sistema Previdencial da Segurança Social.

32 Nota técnica elaborada pelos serviços ao abrigo do disposto no artigo 13.º do Regimento da Assembleia da República, ponto II., antepenúltimo parágrafo, anexa ao Parecer do Deputado Duarte Pacheco sobre a Proposta de Lei n.º 329/XII/4.<sup>º</sup> (GOV).

33 Miranda Sarmento, 2015: 2.

*b) Do reconhecimento da autonomia especial das ERI para gestão de receitas próprias*

No quadro da LEO, as ERI são classificadas como entidades com autonomia especial para gestão de receitas próprias, por via da integração nas áreas de regulação e supervisão<sup>34</sup>.

Por conseguinte, na LOE, as ERI enquadraram-se na categoria e no regime próprio dos serviços e fundos autónomos do Estado – mesmo quando a designação é a de pessoas coletivas de direito público com independência por via da integração nas áreas de regulação, supervisão ou controlo, o regime que lhes é destinado não difere do regime dos serviços e fundos autónomos –, ao passo que na LEO as ERI são entidades com autonomia especial na gestão de receitas próprias, por via da integração nas áreas de regulação e supervisão.

O reconhecimento da autonomia especial das ERI na gestão de receitas próprias na LEO remete, quanto à densificação da autonomia especial destas entidades, para a LQER e estatutos de cada uma destas entidades.

Atendendo ao valor reforçado da LEO em relação à LOE, na interpretação e aplicação da LOE não poderá deixar de se reconhecer a autonomia especial das ERI na gestão das receitas próprias, com remissão para a LQER e estatutos das ERI quanto à densificação do conceito de autonomia especial<sup>35</sup>.

Acresce que, como acima se demonstra, a LOE, enquanto lei posterior, não revogou a LQER.

Em síntese, atendendo a que a LOE não revogou a LQER e a que a LEO – a qual tem valor reforçado em relação à LOE – reconhece expressamente a autonomia especial das ERI na gestão de receitas próprias, remetendo para a LQER a densificação do conceito de autonomia especial, impõe-se concluir que as ERI apenas estarão sujeitas ao regime dos serviços e fundos autónomos, nomeadamente em matéria de cativações, no respeitante às dotações resultantes do Orçamento do Estado, não no respeitante às receitas próprias, tal como de seguida se desenvolve.

---

34 Artigos 2.º, n.º 6, e 57.º, n.º 3, al. d), da LEO.

35 Por outro lado, nos termos da LEO, a LOE integra um articulado, os mapas contabilísticos e demonstrações orçamentais e financeiras (artigo 40.º). Quanto ao articulado da LOE, o mesmo contém, nomeadamente, todas as medidas que se revelem indispensáveis à correta gestão financeira dos serviços e entidades dos subsetores da administração central e da segurança social no ano económico a que respeita a LOE [artigo 41.º, n.º 1, al. n), da LEO]. Nos termos do disposto no artigo 41.º, n.º 2, da LEO, as disposições constantes do articulado da LOE – incluindo os artigos que introduzem alterações na ordem jurídica – devem limitar-se ao estritamente necessário para a execução da política orçamental e financeira. À luz deste critério da estrita necessidade, muito difficilmente se aceitaria a preterição da autonomia administrativa e financeira das ERI para gestão de receitas próprias tal como consagrada na LQER.

#### **4. DA ARTICULAÇÃO DA LOE E DA LEO COM ALQERE OS ESTATUTOS DA ADC**

##### **4.1. A vinculação das ERI às regras da LOE e da LEO**

As ERI estão abrangidas pela LOE e pela LEO.

Há normas destas duas leis que lhes são aplicáveis, sem que se coloque em crise a autonomia administrativa e financeira das mesmas em matéria de receitas próprias.

Por exemplo, a LEO consagra disposições gerais e comuns de enquadramento dos orçamentos e contas de todo o setor público administrativo.

Concretamente, são aplicáveis a todos os Orçamentos, incluindo o da AdC, os princípios da anualidade e plurianualidade (artigo 14.º), da unidade e universalidade (artigo 9.º) e da estabilidade orçamental (artigo 10.º), por exemplo.

Em todo o caso, importa referir que, por vezes, a aplicação dos princípios em causa pode estar sujeita a algumas adaptações em virtude das diferentes realidades a que se podem aplicar.

Tal como refere Oliveira Martins, em razão da autonomia financeira ou de outra razão especial, pode-se abrir exceção ao princípio da não consignação, por exemplo<sup>36</sup>.

Um outro exemplo de normas constantes das leis orçamentais aplicáveis às ERI é o artigo 67.º, n.º 1, da LEO de 2001, mantido em vigor pela LEO de 2015<sup>37</sup>, que consagra uma obrigação de reporte de informação financeira.

##### **4.2. A salvaguarda da “autonomia especial” das entidades reguladoras na LEO**

A LOE não excepciona expressamente as ERI da obrigação constante do artigo 4.º, n.º 1 (relativo às “cativações”). Mas a LEO, ao delimitar o universo das entidades sujeitas às regras orçamentais, no seu artigo 2.º, n.º 6, refere que possuem “autonomia especial” para a gestão de receitas próprias as entidades previstas no n.º 3 do seu artigo 57.º.

O artigo 57.º, n.º 3, da LEO refere que são entidades com autonomia especial para a gestão da receita, entre outras, as entidades de regulação e supervisão [alínea d)].

---

36 Oliveira Martins, 2007: 24.

37 Cf. artigo 7.º, n.º 2, da LEO.

Ou seja, em matéria de receitas próprias – que, tendencial e desejavelmente, cobrirão a totalidade das suas despesas anuais – o regime orçamental e financeiro aplicável às ERI não é o dos serviços e fundos autónomos, sujeitos ao artigo 4.º, n.º 1, da LOE, mas, no caso da AdC, o regime das entidades públicas empresariais, em resultado da autonomia especial das ERI na gestão das suas receitas próprias.

Na linha do acima exposto, a respeito das cativações, o Decreto-Lei n.º 25/2017, de 3 de março, que estabelece as disposições necessárias à execução do Orçamento de Estado para 2017, dispõe, no seu artigo 4.º, n.º 3, que as transferências do Orçamento do Estado para os serviços e fundos autónomos são consideradas para efeitos do disposto no número anterior e estão sujeitas às cativações reflexas que resultam do artigo 4.º da LOE, bem como da aplicação do artigo 5.º do referido Decreto-Lei, relativo à utilização condicionada das dotações orçamentais.

Ou seja, em matéria de cativações, são as transferências do Orçamento de Estado que estão em causa, não as receitas próprias.

#### **4.3. A diferença de regime entre receitas próprias e dotações do Orçamento do Estado ou utilização de bens do domínio público**

O artigo 4.º, n.º 1, da LOE aplica-se às ERI se e na medida em que houver financiamento das ERI através do Orçamento do Estado ou da utilização de bens do domínio público.

O artigo 4.º da LOE não é materialmente incompatível com a LQER e com os Estatutos das entidades reguladoras, porque se houver financiamento do orçamento das mesmas através de dotações do Orçamento do Estado ou da utilização de bens do domínio público, a LOE aplicar-se-á na íntegra no respeitante ao financiamento público.

Do acima exposto resulta que as cativações previstas na LOE e no Decreto-Lei n.º 25/2017 só podem incidir sobre a parte do orçamento das ERI que provém de transferências do orçamento do Estado ou da utilização de bens do domínio público, não sobre a parte do orçamento das ERI resultante de receitas próprias.

Esta diferença de regimes consoante se trate de dotação do Orçamento do Estado ou de receitas próprias estende-se, nos termos do Decreto-Lei n.º 25/2017, aos saldos de gerência:

- Os saldos de gerência dos serviços integrados e dos serviços ou fundos autónomos com origem em receitas gerais são entregues na tesouraria do Estado (artigo 15.º, n.º 1);

- Os saldos de gerência de receitas próprias apurados na execução orçamental de 2016 transitam para 2017 (artigo 16.º, n.º 1).

## 5.CONCLUSÃO

Atendendo a que:

- a) À luz da Lei-Quadro das Entidades Reguladoras (artigo 33.º) e dos Estatutos da AdC (artigo 32.º, n.º 2), as regras da contabilidade pública e o regime dos fundos e serviços autónomos, nomeadamente as normas relativas à autorização de despesas, à transição e utilização dos resultados líquidos e às cativações de verbas, não são aplicáveis às entidades reguladoras independentes no que se refere às receitas próprias;
- b) A Lei n.º 42/2016, de 28 de dezembro, que aprovou o Orçamento do Estado para 2017, não revogou a Lei-Quadro das Entidades Reguladoras; e:
- c) A Lei de Enquadramento Orçamental, aprovada em anexo à Lei n.º 151/2015, de 11 de setembro – a qual tem valor reforçado em relação à Lei n.º 42/2016 – reconhece expressamente a autonomia especial das entidades reguladoras independentes na gestão de receitas próprias.

Conclui-se, salvo melhor opinião, que as cativações previstas na Lei do Orçamento do Estado para 2017 e no Decreto-Lei n.º 25/2017, de execução orçamental do Orçamento do Estado para 2017, apenas poderiam incidir sobre a parte do orçamento das entidades reguladoras independentes proveniente de transferências do Orçamento do Estado ou da utilização de bens do domínio público, não sobre a parte do orçamento das entidades em causa proveniente de receitas próprias.

## BIBLIOGRAFIA

CARDONA, Maria Celeste

- 2017 *Contributo para o Conceito e a Natureza das Entidades Administrativas Independentes – As Autoridades Reguladoras*, reimpressão, Almedina.

CATARINO, Ricardo João

- 2014 *Finanças Públicas e Direito Financeiro*, 2<sup>a</sup> edição.

COSTA GONÇALVES, Pedro, e LOPES MARTINS, Licínio

- 2014 Nótulas sobre o novo regime das entidades independentes de regulação da atividade económica, Ano 2013, in Textos de regulação da Saúde, Entidade Reguladora da Saúde

GOMES CANOTILHO, J.J. e MOREIRA, Vital

- 2007 Constituição da República Portuguesa Anotada, vol. I, 4<sup>a</sup> edição, Coimbra Editora.

- 2014 Constituição da República Portuguesa Anotada, vol. II, 4<sup>a</sup> edição, Coimbra Editora.

GONÇALVES DO CABO, Sérgio

- 2013 *A Nova Lei-Quadro das Entidades Reguladoras – Primeiras Reflexões e Perspetivas para o Futuro*, disponível em [http://www.institutoeuropeu.eu/images/stories/A\\_LQER\\_-\\_Gesto\\_Financeira\\_e\\_Patrimonial\\_SGC\\_12112013.pdf](http://www.institutoeuropeu.eu/images/stories/A_LQER_-_Gesto_Financeira_e_Patrimonial_SGC_12112013.pdf), p. 2.

MIRANDA, Jorge, e MEDEIROS, Rui

- 2006 *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo II, Coimbra Editora.

MIRANDA SARMENTO, Joaquim

- 2015 A Reforma da Lei de Enquadramento Orçamental, disponível em <http://julgargpt/wp-content/uploads/2015/09/20150911-ARTIGO-JULGAR-A-reforma-da-Lei-de-Enquadramento-Orçamental-Joaquim-Miranda-Sarmento.pdf>.

MOREIRA, Vital e MAÇÃS, Fernanda

- 2003 *Autoridades Reguladoras Independentes – Estudo e Projeto de Lei-Quadro*, Coimbra Editora.

OLIVEIRA MARTINS, Guilherme e o.

- 2007 *A Lei do Enquadramento Orçamental – Anotada e Comentada*, Almedina.

OLIVEIRA MARTINS, Maria

- 2013 *Lições de Finanças Públicas e Direito Financeiro*, 3<sup>a</sup> edição, Almedina.

OLIVEIRA SILVA, Fernando

- 2016 A Regulação dos Contratos Públicos, Almedina.

SILVA MORAIS, Luís

- 2014     *Lei-Quadro das Autoridades Reguladoras – algumas questões essenciais e justificação do perímetro do regime face às especificidades da supervisão financeira,*  
Revista C&R, n.º 17, Almedina.

CARDOSO SIMÕES, Tânia

- 2014     *Entidades Reguladoras – Um ano de Lei-Quadro*, Revista de C&R, n.º 17,  
Almedina.

TRIGO PEREIRA, Paulo e o.,

- 2016     *Economia e Finanças Públicas*, 5.ª edição, Escolar Editora.



# COMPETITION LAW AND THE COMPETITION, REGULATION AND SUPERVISION COURT

*Marta Campos\**

**ABSTRACT:** *This paper provides a global overview of the practice of the Portuguese Competition, Regulation and Supervision Court in competition law matters, since its beginning on 30 March 2012. It covers both quantitative and statistical analysis and the most relevant legal issues discussed.*

**INDEX:** 1. Introduction. 2. Characterization of the litigation. 3. Performance of the Court. 4. Most relevant legal issues.

## 1. INTRODUCTION

The present text concerns the judicial practice of the Competition, Regulation and Supervision Court (hereinafter TCRS)<sup>1</sup> in competition law matters, from its beginning on 30<sup>th</sup> March 2012<sup>2</sup> to the present date.

---

\* Judge of the Competition Court since September 2013. The present text corresponds to a presentation made at the 4<sup>th</sup> Portuguese-Spanish Conference on Competition Law, Lisbon, 25-26 January 2018.

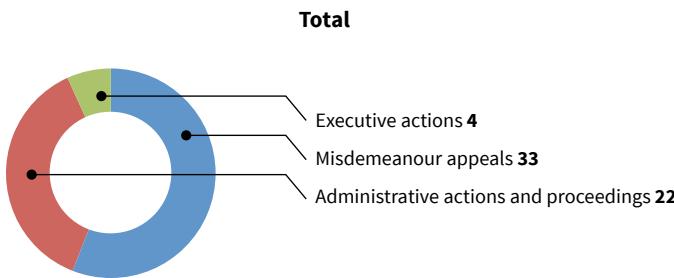
1 It is the first Court of the Portuguese legal system with specialized jurisdiction to decide on: (i) appeals of the decisions of the Competition Authority (hereinafter AdC) issued in infringement procedures regarding competition (infringement of national rules and articles 101 and 102, both of TFEU) and regarding other infringements foreseen in the current Competition Law, approved by Law no. 19/2012, of 8<sup>th</sup> of May; (ii) appeals of decisions issued by the AdC in administrative proceedings foreseen in the current Competition Law and other decisions laid down in the same legal framework and where an appeal is possible, the most relevant being the decisions issued by AdC in merger control proceedings and in infringement proceedings regarding competition; (iii) executive actions to ensure the enforcement of the decisions (cf. article 112(2) indent a), and article 112(3), of *Lei da Organização do Sistema Judiciário*, approved by Law no. 62/2013, of 26<sup>th</sup> August, as originally worded). At the moment, the Court does not have jurisdiction to decide *private enforcement* actions arising from competition law infringements. The transposition of Directive 2014/104/UE, of the European Parliament and the Council, of 26<sup>th</sup> November 2014, which proposal of national law is under discussion and gives the TCRS, at least, some competences on this matter, is ongoing.

2 Cf. Regarding the legal regimes which were underlying its creation and installation: Decree-Law no. 46/2011, of 24<sup>th</sup> June; Decree-Law no. 67/2012, of 20<sup>th</sup> March; and Ordinance no. 84/2012, of 29<sup>th</sup> March.

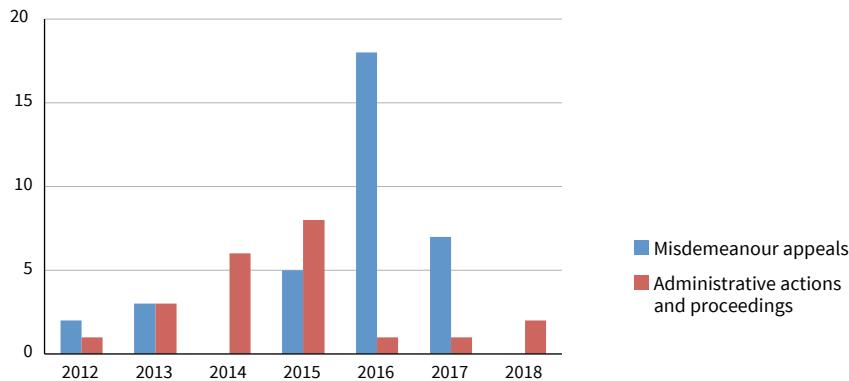
In particular, the analysis will focus on three topics: (1) Characterization of the litigation; (2) Performance of the Court; (3) Most relevant legal issues.

## 2. CHARACTERIZATION OF THE LITIGATION

Starting with the Court cases, that is, the number of actions filed from March 2012 until the present date, the figures are the following:



In terms of annual evolution and considering the most relevant types of cases, in particular appeals of infringement proceedings and administrative actions and proceedings, the data obtained is the following:



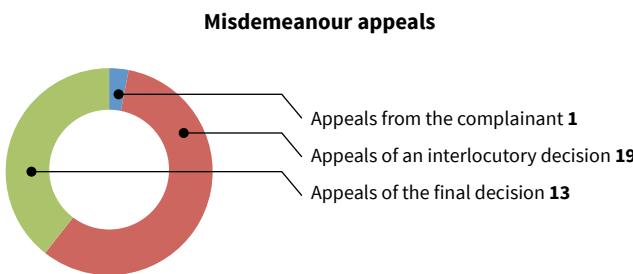
This data allows for the conclusion that we are not dealing with a high number of cases. This is not surprising, given that those who work in this area of the law know that the distinctive factor is not quantity, but the complexity.

In fact, the complexity is certainly one of the factors which justify the number of filed cases.

In terms of future prospects, it can be accepted as possible that the number of actions to be lodged will be increased, following the trend which is registered in 2016 and 2017 in what regards the appeals of infringement decisions and which was particularly due to the appeals against *Autoridade da Concorrência's* (AdC) interlocutory decisions, which correspond to the majority of the appeals which were lodged those years. The increase of these types of appeals was due to the amendment of the rule concerning the admissibility of AdC's interlocutory decisions' appeals under the current Competition Regime, which is more permissive<sup>3</sup> and which practical application only began to be registered in 2016.

Regardless of admitting an increase, for the above referred reasons, in any event, it is not excluded that the litigation in this field will reach a high number of cases.

As for the *diversity* and in what concerns appeals of infringement decisions, the 33 filed cases cover the following types of appeal:



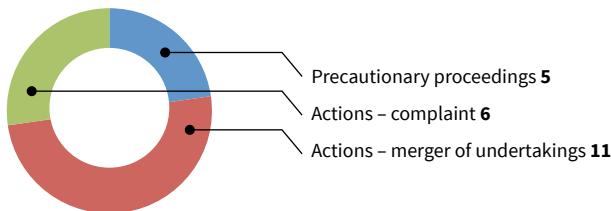
<sup>3</sup> The previous regime, laid down in article 50(2), of Law no. 18/2003, of 11<sup>th</sup> June, which referred to article 55(2), of the *Regime Geral das Contraordenações* (approved by Decree-Law no. 433/82, of 27<sup>th</sup> September, as originally worded), did not admit the appeal of interlocutory decisions with merely internal procedural effects. Currently, the rule, laid down in article 84(1), of the current Competition Act (approved by Law no. 19/2012, of 8<sup>th</sup> May), is the admissibility of appeals of AdC's decisions which are not subject to appeal by nature is not expressly foreseen in the law.

In what concerns substantive law matters, specifically on appeals of final infringement decisions, the data are the following:

Practice/infringement	Case number	Matter
Horizontal collusive practices	88/12.1YUSTR	Agreement and concerted practice of exchange of sensitive information
	38/13.8YUSTR	Customer allocation and price fixing agreements
	36/17.2YUSTR	Customer allocation and price fixing agreements
	322/17.1YUSTR	Market allocation agreement
Vertical collusive practices	420/17.1YUSTR	Decision by an association of undertakings
	18/12.0YUSTR	Price fixing agreements
Abuse of dominant position	102/15.9YUSTR	Geographical market allocation agreement
	204/13.6YUSTR	Abusive price discrimination
Other	36/16.0YUSTR	Margin squeeze
	45/13.0YUSTR	Execution of a suspended merger operation – infringement of art. 11, 1, of the revoked Competition Law
	273/15.4YUSTR	Failure to provide or provision of false, inexact or incomplete information – article 68(1), indent h), of the current Competition Regime.
	276/15.9YUSTR	
	352/15.YUSTR	

In what regards administrative actions and proceedings, the pertinent data is the following:

#### **Administrative actions and proceedings**



The conclusion to be reached, based on the provided data, is that, although not all types of appeals nor all possible matters set forth by law have been used, still there was some diversity, both in procedural terms and in substantive terms.

With regard to the *parties involved and procedural dialectics*, it has been registered, on the first place, the predominance of legal persons. Only in three

appeals from infringement decisions<sup>4</sup> (one of which was not admitted<sup>5</sup>), natural persons<sup>6</sup>, in the quality of claimant/defendant (“*arguido*”) or accused (“*visado*”) in the infringement procedures have intervened.

Secondly, the parties in legal proceedings are normally undertakings of a considerable size, which can be seen by looking at the conditions under which a merger is subject to the obligation of notification<sup>7</sup>, as well as the imposition of several fines by the Portuguese Competition Authority (AdC) in proceedings concerning an infringement of competition law<sup>8</sup>.

Thirdly, the debate and the exchange of arguments are an important element of the proceedings, namely as a result of the legal counsel chosen by the parties, as well as the economic nature of the technical opinions that are sometimes joint to the case file.

Finally, it is relevant to report the following elements, concerning the outcome achieved by applicants/appellants:

Type of proceeding	Outcome	Numbers
Appeals against infringement decisions	Totally unfounded	13 <sup>9</sup>
	Totally well-founded	1
	Partially well-founded	4
	Totally unfounded	3
	Totally well-founded	2
	Partially well-founded	5 <sup>10</sup>

4 Cases no. 44/12.0YUSTR, no. 88/12.1YUSTR and no. 38/13.8YUSTR.

5 Case no. 44/12.0YUSTR.

6 According to the Portuguese Competition Legal Regime, natural persons can also be liable for competition infringements, namely the members of the board of directors of legal persons and equivalent entities, as well as those responsible for the management or supervision of areas of activity where a misdemeanour is practiced – cf. article 73(6) and (7), of Law no. 19/2012, of 08.05.

7 See article 37(1) of the Portuguese competition Act (Law no 19/2012).

8 Case no. 88/2.1YUSTR, in which the AdC imposed a fines of € 5.207.746,61, € 6.778.686,20 and € 1.742.124,83 and Cases no. 204/13.6YUSTR, 102/15.9YUSTR and 36/16.0YUSTR, in which the AdC imposed the sums of € 3.730.000, € 8.770.000 and € 9.080.000.

9 It includes judgments which have not become *res judicata* yet.

10 “Partially well-founded” means that the amount of the fine was reduced on an average of 60,95%, as regards the following cases: case no 38/13.8YUSTR, with a decrease of 60% ; case no 102/15.9YUSTR, 56%; case no 204/13.6YUSTR, 28%; case no 36/16.0YUSTR, 92% (since the defendant, to whom the highest fine had been imposed, was acquitted); case no 36/17.2YUSTR, 68,75%.

Type of proceeding	Outcome	Numbers
Lawsuits and administrative proceedings	Lawsuits and proceedings against decisions taken in merger control proceedings	
	Totally unfounded	8 <sup>11</sup>
	Totally well-founded	0
	Partially well-founded	0
	Lawsuits concerning complaint proceedings	
	Totally unfounded	2 <sup>12</sup>
	Totally well-founded	2 <sup>13</sup>
	Partially well-founded	1 <sup>14</sup>

When it comes to lawsuits and proceedings within the framework of merger control proceedings, the stated data demonstrates a non-existent success rate. This may be due to the fact that the type of judicial control applicable to appeals against decisions within merger control proceedings is different from the one conducted within the framework of appeals against decisions finding a violation of competition law (as further developed). Such difference is less cognoscible in lawsuits concerning complaint proceedings, since some of them – namely the ones which were totally well-founded – were judged taking into account the repealed version of the Portuguese competition Act, therefore entailing different requirements when compared to the current regime of articles 7 and 8.

### 3. PERFORMANCE OF THE COURT

Concerning the workload of the Court, the following chart demonstrates its pending cases, i.e., the ones which are still awaiting a decision on the merits:

Case no.	Type of appeal	Lodging Date	Current situation
77/16.7YUSTR	Appeal against a decision finding an infringement of competition law	12.04.2016	Proceedings are stayed since 13 of June 2016 due to a request for preliminary ruling before the ECJ

11 There is a judgment of the TCRS that is not *res judicata* yet – case no 233/06.9TYLSB.

12 There is a judgment of the TCRS that is not *res judicata* yet – case no 3/16.3YQSTR.

13 These two cases were judged within the framework of the previous versions of the Portuguese competition act that has been repealed, where the legality principle was still in force, meaning that the AdC was bound to start proceedings after a complaint of an alleged practice of an anticompetitive practice.

14 This judgment is not *res judicata* yet – 4/17.4YQSTR.

Case no.	Type of appeal	Lodging Date	Current situation
322/17.1YUSTR	Appeal against a decision finding an infringement of competition law	02.08.2017	Proceedings are suspended since 13.11.2017 due to an appeal before the Constitutional Court on the effects of an appeal against an AdC decision
291/16.5YUSTR-A	Appeal against an intermediate decision	26.09.2017	The court had to wait for information concerning case no. 291/16.5YUSTR. Currently, the period for the parties to submit observations on the possibility of having Court deciding by means of an order has not expired yet
420/17.1YUSTR	Appeal against a decision finding an infringement of competition law.	22.12.2017	The appeal was admissible and currently the period for the parties to submit observations on the effects of such appeal is still pending
1/18.2YQSTR	Appeal against a decision closing an investigation.	22.12.2017	Written phase
2/18.0YQSTR	Appeal against the final decision within merger control proceedings	28.12.2017	Written phase

The above mentioned data shows there are no significant procedural delays.

This outcome might be explained by a second element that shall be taken into account when assessing the TCRS's performance: its *procedural promptness*. In this regard, it is worth noting the following average time within which the TCRS decides:

Type of proceedings	Average time (days)
Appeals against intermediate decisions	105
Appeals against final decisions finding an infringement	266
Administrative actions	430
Precautionary proceedings	102

We acknowledge two situations in which the right to appeal against an AdC decision became time barred during the judicial procedure:

- Case no 88/12.1YUSTR, where it is worth noting that the restrictive practice was partially declared as time barred by the TCRS, since it resulted from the hearing that such practice had stopped between September and December of 2004. The case was lodged at the TCRS on 5<sup>th</sup>

of December 2012 i.e., by the end of the limitation period of 8 years. The extent of the restrictive practice concerning the exchange of information became time barred in February 2015, while the appeal before the Lisbon Court of Appeal was still pending.

- Case no 36/17.2YUSTR was lodged on the 18<sup>th</sup> of January 2017 and the TCRS's decision, which was confirmed by the Lisbon Court of Appeal, found two violations, one that ceased in November 2008 and was declared as time barred and another one that stopped on the 19<sup>th</sup> of October 2009 and became time barred on the 19<sup>th</sup> of October 2017.

Turning now to the review of TCRS decisions by higher courts, the following data is worth mentioning:

Outcome	Numbers
Annulled	4 <sup>15</sup>
Overturned	3
Partially overturned	2
Confirmed	12

Taking the above mentioned data into account, we can conclude that the TCRS has decided all the cases where that was possible. It did so in a really prompt way, albeit the inherent complexity of such cases. Likewise, time barred actions did not derive from the excessive length of the proceedings before the TCRS. Finally, there was not an unusual number of overturning decisions by higher courts, especially when what was at stake was a diverging legal understanding.

#### 4. MOST RELEVANT LEGAL ISSUES

---

<sup>15</sup> Only two decisions were annulled on the grounds of lack of reasoning: the first judgment within the case no 38/13.8YUSTR, which partially confirmed the AdC decision, reducing the amount of the fine. After some changes, this decision was entirely confirmed by the Lisbon Court of Appeal; and the first judgment within the case no 3/14.8QSTR, due to a failure to rule, which was then overcome by keeping the same reasoning; although the decisions within the cases 1/16.7YUSTR e 90/16.4USTR, concerning appeals of AdC's intermediate decisions were also annulled, this was due to different legal understandings regarding article 85 of the Portuguese competition Act. It is worth noting that there are different understandings even within the Lisbon Court of Appeal, as case no 20/16.3YUSTR demonstrates.

Regarding the *restrictive practices of competition and other infractions foreseen in the New Competition Regime*, the most relevant legal issues in what concerns the *procedural area* were related to the effect of appeals in administrative offence proceedings – both of the interlocutory decisions and of the final condemnatory decisions – and to the issue of business secrecy.

The issue concerning the effect of appeals in administrative offence proceedings is related to Article 85, paragraph 4 and paragraph. 5 of the current Competition Regime, whose application to appeals from interlocutory decisions leads, if this understanding is to be accepted, always to a devolutive effect. This was not the understanding adopted by the Competition Court, particularly in the proceedings no. 90/16.4YUSTR, 20/16.6YUSTR and 194/16.3YUSTR. However, the decisions rendered in the first two cases were appealed, and the Lisbon Court of Appeal held that the appeal had a devolutive effect under the abovementioned rules.

As regards appeals of the final condemnatory decisions, the Competition Court declared the material unconstitutionality of Article 84 paragraph.4 and paragraph 5 of the current Competition Regime<sup>16</sup> in the proceedings no. 273/15.4YUSTR, no. 352/15.8YUSTR and no. 322/17.1YUSTR. In the first, the Constitutional Court, in the decision no. 376/2016<sup>17</sup>, did not confirm the interpretation of the lower court. In relation to the second, judgement no. 674/2016 was delivered, rendering “unconstitutional *the rule that establishes that the judicial appeal of decisions of the Competition Authority imposing a fine has, as a rule, a devolutive effect, whereby a suspensive effect only can be attributed to it if the execution of the decision causes to the person concerned a considerable harm and the person concerned lodges a security, in its replacement, within the period fixed by the court, irrespective of its economic availability, interpretatively extracted from the paragraphs 4 and 5 of Article 84 of Law no. 19/2012 of 8 May*”<sup>18</sup>. Regarding the third proceedings, the appeal is

---

<sup>16</sup> The content of these rules is as follows: “4 – *The appeal shall have a purely devolutive effect, except for decisions implementing structural measures determined in accordance with Article 29 paragraph 4, the effect of which is suspensive. 5 – In the case of decisions imposing fines or other penalties provided for by law, the person concerned may, when lodging an appeal, request the suspensory effect of the appeal where the execution of the decision causes it considerable harm and the concerned party offers to provide security in replacement, being the attribution of this effect conditioned to the effective provision of security within the period set by the court.*”.

<sup>17</sup> Published on [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt).

<sup>18</sup> It should be noted that following an appeal of the Competition Authority to the Plenary, under Article 79-D paragraph. 1 of the Constitutional Court Law (LCT), based on the existence of a contradiction between

still pending. It should also be noted that in proceedings 420/17.1YUSTR a contradictory procedure between the parties involved in the proceedings is ongoing regarding this issue.

The issue of business secrecy will be addressed by my colleague, Judge Sérgio Sousa.

With regard to *substantive law and collusive practices*, I will start by highlighting the definition of the nature of the agreements that restrict competition, which may be instantaneous or permanent infringements, with potentially decisive implications for the limitation period of the administrative offence proceedings<sup>19</sup>. Among others, the Competition Court considered restrictive agreements to be a permanent infringement, in particular in proceedings no. 88/12.1YUSTR and no. 36/17.2YUSTR.

It should also be pointed out that the decisions of the Competition Court, in the proceedings no. 18/12.0YUSTR and no. 36/17.2YUSTR, clarified that the mere agreement is sufficient to deem proven the practice of the infraction, and it is irrelevant for its consummation that it has or not been executed.

As regards to the *abuse of a dominant position*, the abusive second-line discrimination, as an abuse of operation, was the central theme of proceedings no. 204/13.6YUSTR, and it was considered that it presupposed the scope of obtaining advantages for the company in a dominant position which, in the absence of such market power, could not obtain it. The Court also took a position on the admissibility of economic justification for the abuse of a dominant position and it was stated that the burden of proof lies with the company in a dominant position.

On the other hand, in the proceedings no. 36/16.0YUSTR a margin squeeze was discussed, with atypical delineations, since in the downstream market the dominant company had no customers other than the vertically integrated company. It was understood that it is *conceptually possible to have margin squeeze without there being competitors in the downstream market who are both customers of the dominant company in the upstream market and vertically integrated*, it was pointed out that considering the contrary would entail “unduly reducing the effectiveness of Article 102 of the Treaty on the Functioning

---

the two final decisions, the Constitutional Court held, in judgment no 281/2017, that such an action was inadmissible, since the legislative dimensions assessed in one and in the other case were different.

<sup>19</sup> If it is understood that it concerns a permanent infringement, the limitation period for the procedure begins with the termination of the agreement – cf. Article 119 paragraph 2 sub-paragraph (a) of the Criminal Code, ex vi Article 32, of the RGCO.

*of the European Union (§ 58) and, in addition, also of Article 11 of the NRJC, and that the effect of competition may be caused, as the TJ points out, not only by excluding competitors already existing in the market, but also by creating barriers to the entry of new competitors".* It should also be noted that the Lisbon Court of Appeal included the specific case also in the figure of excessive prices.

Regarding the general issues, at the substantive level, two topics should be highlighted: the responsibility of the parent company; and the material constitutionality of Article 69 paragraph 2 of the current Competition Regime<sup>20</sup>.

The first was discussed in the proceedings no. 36/16.0YUSTR, and the Competition Court concluded in the affirmative, not on the basis of European case-law regarding this matter, but on the basis of Article 16 of the RGCO, and on the grounds that the mother company had a duty as guarantor, having practised the infraction by omission. This view was rejected by the Lisbon Court of Appeal, which led to the acquittal of the appellant.

As regards the second, it was analysed in this proceedings, as well as in proceedings no. 204/13.6YUSTR, having the Competition Court concluded in both cases that the rule is not materially unconstitutional. This decision was confirmed in this part by the Lisbon Court of Appeal in proceedings no. 36/16.0YUSTR. In the proceedings no. 204/13.6YUSTR, the Lisbon Court of Appeal understood (although without impact on the fine imposed in the first instance) that this rule offends the legality principle, because it implies *the variation in time of the maximum value of the fine depending of the market, the diligence of the sanctioning authority and the complexity of the procedure*. In the appeal brought before the Constitutional Court, in the summary decision no. 216/2016, and confirmed by the decision no. 400/2016, another perspective was taken, and it was decided *not to consider unconstitutional the rule in paragraph 2 of article 69 of Law No. 19/2012, of 8 May, regarding the regulatory segment that establishes the turnover of the agent as a criterion for determining the maximum value of the applicable fine*.

In relation to the *decisions of the Competition Authority in administrative proceedings*, the first and fundamental question in this type of action, because it is, first of all, decisive for the very design of the initial application and the feasibility of the requests, whether in the case of mergers of companies or in the case of complaint procedure, is the type of judicial control carried out in

---

<sup>20</sup> The content of that rule is as follows: *the fine ... may not exceed 10% of the turnover in the year immediately preceding the final conviction handed down by the Competition Authority by each of the infringing companies or, in the case of an association of companies, of the aggregate turnover of affiliated companies.*

respect of substantive decision-making criteria, in particular whether it concerns full or meritorious control, a limited control or a mere legality control.

The position taken by the Competition Court was to recognize the existence of discretionary segments in the final merits decision of the Competition Authority in respect of mergers, in particular in the proceedings no. 3/13.5YQSTR, 5/15.7YQSTR and 8/15.1YQSTR, and, consequently, a mere legality control, albeit with different formulations. Particular emphasis should be given to the court decision no. 3/13.5YQSTR, which dealt with the matter in-depth, verifying moreover that the only question to be decided consisted precisely in the *related acts and discretionary powers of the Competition Authority in the merger controls*.

It should also be noted that this position was validated by the Lisbon Appeal Court, in the judgment delivered in the precautionary procedure no. 5/15.7YQSTR-C, which included, among other things, the following: “*the ADC under the merger control procedure has administrative and regulatory discretionary (but not arbitrary) to determine whether or not that transaction is liable to create significant barriers to effective competition in the domestic market or in a substantial part thereof (...). In accordance with the administrative case-law regarding this matter, in order for the appealed Court to challenge the meaning of the decision of the Authority it would be necessary to show that the Court of Auditors exceeded the margin of discretion which it had, that is to say that: (i) it violated some applicable rule or some principle of administrative and regulatory activity; (ii) its decision is based on factual assumptions that do not correspond to reality; (iii) the existence of a manifest error of appreciation, i.e. a palmar error, visible to the naked eye and without any expert opinion on the subject.*”

Regarding the denunciation procedure, foreseen in the current NRJC, the only unappealable decision<sup>21</sup> that, until now, has addressed this issue has been the decision rendered in the proceedings no. 11/15.1YQSTR, which was revoked by the Supreme Court of Justice because it was understood that Law no. 18/2003 was applicable and, contrary to the current regime, under such law the Competition Authority was subject to the principle of legality.

---

<sup>21</sup> There are two proceedings in which this issue has been addressed, namely decisions no. 3/16.3YQSTR and 4/17.4YQSTR, however, such decisions have not yet become final.

# REFLEXÕES “SOLTAS” SOBRE A JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DA CONCORRÊNCIA, REGULAÇÃO E SUPERVISÃO EM MATÉRIA DE CONFIDENCIALIDADE E ACESSO À PROVA\*

Sérgio Martins P. de Sousa\*\*

**ABSTRACT:** This paper, written to a conference organized by the Portuguese Competition Lawyers Association, discusses the impact and contribution of the Competition Tribunal case law to the comprehension, on a law in action perspective, of the dilemma between the confidentiality of some documents and the need and right to access by the defendants. Despite of the main focus, the article also takes a concise look to the understanding of the right to defense according the implications of sanctioning procedures in the Portuguese Competition Authority and the consequent judicial appeals.

Agradeço, reconhecido e grato, em nome pessoal e do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, o convite do Círculo dos Advogados Portugueses de Direito da Concorrência para estar presente nesta, muito meritória, iniciativa, estendendo, na pessoa do Dr. Carlos Pinto Correia, os meus respeitosos cumprimentos a todos os presentes.

## 1.

Proponho-me, movido pela temática que molda este painel, exercer uma ligeira reflexão sobre a mais recente jurisprudência do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão a propósito da interposição de vários recursos interlocutórios, quase sempre no âmbito de um mesmo procedimento contraordenacional, e que tem relevado na interpretação dos artigos 30.º a

\* O vertente texto corresponde a comunicação efetuada na IV Conferência Luso-Espanhola de Direito da Concorrência.

Faz-se menção das sentenças, porque aí se encontra o grosso da fundamentação relevante, mas sempre e implicitamente se aludindo aos acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa que as confirmaram.

\*\* Juiz de direito no Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

33.º, do Regime Jurídico da Concorrência, dentro da compreensão do binómio acesso ao processo e confidencialidade por contraponto ao exercício do direito de defesa, limitando o nosso incurso à problemática do processo contraordenacional.

## 2.

De onde partimos?

Tudo começa no segredo de negócio.

É matéria trazida da propriedade intelectual e consabida de todos os presentes.<sup>1</sup>

## 3.

Do segredo de negócio chegamos à suscetibilidade de classificação como confidencial. Estão nesta condição aqueles documentos que, além de serem secretos ou conterem elementos que importem segredo, sejam classificáveis enquanto confidenciais, ditando a sua genérica inacessibilidade a outras entidades que não a própria empresa que os submeteu ao procedimento de classificação de confidencialidade junto da Autoridade da Concorrência.

Mas dissemos genericamente. E genericamente, porque casos há em que, não obstante a confidencialidade dos documentos, é premente conceder o acesso à informação existente. E premente para garantir o exercício do direito de defesa.

E adiantemos! Não é só direito de defesa circunscrito ao contraditório. É a imposição constitucional da garantia de um processo justo e equitativo. A garantia de um *fair trial*, com a natureza e dimensão trilhadas pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

---

1 Nos termos do artigo 318.º, do Código da propriedade Industrial, são segredos de negócio as informações que (i) sejam secretas, no sentido de não serem geralmente conhecidas ou facilmente acessíveis, na sua globalidade ou na configuração e ligarão exatas dos seus elementos constitutivos, para pessoas dos círculos que lidam normalmente com o tipo de informações em questão; (ii) que tenham valor comercial pelo facto de serem secretas; e (iii) que tenham sido objeto de diligências consideráveis, atendendo às circunstâncias, por parte da pessoa que detém legalmente o controlo das informações, no sentido de as manter secretas.

## 4.

Prosseguindo.

Quando sobrevém pedido de acesso à prova, urge distinguir consoante as informações confidenciais relevam para a formulação da *acusação* ou nota de ilicitude aos visados, ou possam relevar para um juízo de não culpabilidade ou ilibação dos visados.

O primeiro grupo de casos mereceu tratamento jurisprudencial em sentença proferida pelo Tribunal do Comércio de Lisboa<sup>2</sup>, que opunha a Nestlé à Autoridade da Concorrência, e que não só firmou jurisprudência, pacificamente aceite e constantemente acolhida, no sentido de a falta de acesso à prova com fundamento em confidencialidade determinar nulidade insanável por violação dos direitos de defesa, quando, claro está, a prova da acusação só por essa via possa ser alcançada; como logo tratou de alumiar a matéria respeitante ao acesso à prova (confidencial) enquanto potencial fundamento exculpatório, evidenciando que só quando tal exercício foi tentado nos autos, isto é, só quando a arguida requereu efetivamente o acesso à prova, e ele lhe foi negado, é que pode impetrar pela violação dos seus direitos de defesa.

## 5.

E isto nos leva ao segundo grupo de casos: quando o acesso à prova (confidencial) se funde na potencial ilibação da arguida.

Ora, aqui os documentos estão no processo, os documentos são confidenciais, e a visada ou arguida quer: primeiro poder identificar os documentos; segundo pedir o acesso aqueles que hipoteticamente demonstrem interesse exculpatório<sup>3</sup>, seja ele qual for.

E a este propósito, vejamos o sentido trilhado pela intervenção do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, procurando na análise jurisprudencial lançar um olhar de futuro, ainda que limitado pela poeira rarefeita imposta pela proximidade das decisões. Sempre na expectativa de encontrar, com apelo à incontornável expressão de Brejnev, a boa teoria que confirme a sua melhor prática.

---

<sup>2</sup> Processo n.º 766/06.4TYLSB, acessível em [concorrencia.pt](http://concorrencia.pt).

<sup>3</sup> Assim se identifica o problema por facilidade de exposição, bem se sabendo que, não só os documentos assumem maior riqueza do que a oferecida pela sua catalogação entre inculpatórios e exculpatórios, como mais propriamente se deve destriñçar entre os documentos que estão presentes e servem o procedimento decisório, e aqueloutros que não lo servem.

6.

Na esmagadora maioria, todas as decisões tiveram na sua génese um mesmo caso judicial, cuja essencialidade dinâmica assenta no seguinte: no âmbito de processo sancionatório relativo a práticas restritivas da concorrência, a Autoridade da Concorrência procede à busca, exame, recolha e apreensão de vários documentos e em vários suportes, nas instalações de empresas visadas no processo. Tal diligência probatória conduz à apreensão de um universo de documentação muito significativo, na ordem das dezenas de milhar. Porém, só uma parte da documentação apreendida é utilizada na nota de ilicitude, contanto se tenha optado por manter a integralidade dos documentos apreendidos no processo.

7.

Num primeiro momento, e quanto ao que importa, a Autoridade da Concorrência indefere o pedido genérico de acesso a todos os documentos confidenciais não utilizados como meio de prova da infração, convidando as visadas a identificar com maior rigor os documentos que entendam ser relevantes para a sua defesa, e indefere igualmente o pedido de cópia de documentos classificados como confidenciais, por conterem segredos de negócio, apenas se permitindo a sua consulta nos termos legais.

Num segundo momento, depois de decisão judicial e em face desta, resolve deferir o acesso de todas as visadas aos documentos classificados como confidenciais pelas mesmas e não utilizados como meio de prova para a imputação, exclusivamente para o exercício de direitos de defesa, mediante compromisso de confidencialidade e processando-se a consulta em data room e através de advogados e assessores económicos externos das visadas.

8.

Ora, a primeira decisão judicial (P. 225/15.4YUSTR) que, ao cabo e ao resto, constitui o *leitmotiv* de todo o processado posterior, julga improcedentes os recursos das decisões da Autoridade da Concorrência.

E aí se começa por aludir à constância jurisprudencial visando a boa harmonia entre o dever de proteção dos segredos de negócio e a garantia do exercício dos direitos de defesa, efetivada através da consecução de um juízo de prognose que, fazendo apelo aos princípios da necessidade, adequação e proporcionalidade pondere a preservação dos valores constitucionais em

presença, e por isso afasta da interpretação do n.º4, do artigo 33.º, do Regime Jurídico da Concorrência, a possibilidade de reprodução da documentação confidencial, assim descortinando uma coerência sistemática do Regime Jurídico da Concorrência quando compulsado o teor da norma atinente aos pedidos de clemência e documentação confidencial (conferir artigo 81.º, n.º2).<sup>4</sup>

Mas sobretudo nesta decisão o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão evidencia a necessidade expressa pela jurisprudência comunitária de ser elaborada uma lista com a catalogação da informação confidencial, que dê aos visados, informações suficientemente precisas e detalhadas para lhes permitir determinar, com conhecimento de causa, se os documentos descritos são suscetíveis de ser pertinentes para a sua defesa, porquanto só se torna possível fundamentar o que é minimamente conhecido.

E partindo de tal premissa, entende convocar a Autoridade da Concorrência a uma mais funda reflexão sobre a suficiência da descrição dos documentos em causa, de molde a obviar debilidades futuras que comprometam o efetivo exercício do direito de defesa.

## 9.

E a Autoridade da Concorrência refletiu, e achou por bem infletir no procedimento até aí trilhado, o que nos conduz ao segundo momento. Precisamente aquele que analisou a interposição de recurso da deliberação do conselho de administração da Autoridade da Concorrência datada de 17 de Novembro de 2015, no sentido já explicitado de deferir o acesso de todas as visadas aos documentos classificados como confidenciais pelas mesmas e não utilizados como meio de prova para a imputação.

E aqui o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (P. 225/15.4YUSTR-A), salientando que o escopo da sentença anterior foi precisamente o de obstar a um acesso indiscriminado e indiferenciado pelas visadas, instando a Autoridade da Concorrência a uma melhor descrição dos documentos referenciados nas respetivas notas de ilicitude, sustenta que a deliberação da Autoridade da Concorrência defrauda, precisamente, a imposição legal de, na instrução dos processos, acautelar o interesse legítimo das empresas na não divulgação dos seus segredos de negócio, uma vez que, com

---

<sup>4</sup> Tal leitura foi depois corroborada em outras duas decisões, uma proferida nestes mesmos autos (por enquanto sob o n.º20/16.3YUSTR, mas a ser futuramente apensada aos autos principais) e a outra no âmbito do processo n.º291/16.5YUSTR.

aquela decisão, se prescinde, por completo, de conferir proteção à preservação do segredo, consagrando a indiferenciação de regimes de acesso a documentos confidenciais com valor inculpatório e exculpatório.

Sendo certo que, descartado um dever acessório de elaborar uma catalogação dos documentos confidenciais inerente à responsabilidade fiduciária de preservar o segredo de negócio, cumpre à Autoridade da Concorrência, enquanto *domina* da fase de investigação e fiduciária dos documentos apreendidos, privilegiar, para efeitos do pedido de consulta, uma razoável compreensão do teor dos documentos em termos tais que essa fundamentação não fosse feita por *deseito e atacado*. E nestes termos declarou procedente o recurso e anulou a deliberação da Autoridade da Concorrência.

## 10.

Neste conspecto, importa ainda aludir a duas outras decisões (P. 194/16.3YUSTR e P. 195/16.1YUSTR) que abordaram a temática das diligências a que estão obrigados os visados quanto ao procedimento de catalogação da documentação.

Numa das decisões, a segunda, o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão declarou improcedentes os recursos e concluiu no sentido de não suscitar qualquer reserva quanto à decisão da Autoridade da Concorrência de exigir às visadas a preparação de resumos de toda a informação/documentação confidencial apreendida nas diligências de busca e apreensão.

Já na outra, a primeira, o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão formulou a distinção entre o que seja o dever de colaborar na catalogação da documentação e preparação, inclusivamente no segmento relativo ao ónus de apresentação de cópia não confidencial, e bem assim na exigência de que as versões não confidenciais de documentos parcialmente confidenciais sejam acompanhadas de uma descrição resumida da informação identificada como confidencial, quando tal se mostre necessário para compreender o conteúdo das partes suprimidas. E outra, bem diversa, quando se trate de exigir resumos, cuja única aptidão é de servirem o propósito da própria organização e gestão do processado, que incumbe à Autoridade da Concorrência, sempre se recusando, nesta medida, qualquer advertência cominatória que redunde na classificação de não confidencialidade dos documentos que não cumpram a demandada exigência não compreendida na norma legal.

**11.**

É tempo de lançar o almejado olhar a que nos comprometemos e concluir.

Temos como seguro que:

A Autoridade da Concorrência tem por responsabilidade garantir o segredo de negócio.

Como seu dever acessório, cabe à Autoridade da Concorrência elaborar uma lista da prova documental existente nos autos classificada como confidencial, assumindo o visado o direito de intervir contraditorialmente e controlar a classificação dos documentos efetuada pela Autoridade da Concorrência e o seu juízo de relevância probatória final.

Em circunstância alguma pode ser facultada reprodução de documentos classificados como confidenciais.

A lista de enunciação da prova documental classificada como confidencial carece de suficiência, havendo que ser descriptiva, pormenorizada e detalhada, de molde a garantir um exercício efetivo do direito de defesa, com vista à formulação de pedidos de acesso concretos e, na medida do possível, fundamentados por parte dos visados.

O exercício deste direito de defesa tem de ser pontuado com a tutela dos segredos de negócio, cumprindo à Autoridade da Concorrência a sua compatibilização, sempre de forma fundamentada.

Tal compatibilização não deve passar por um acesso imediato e indiscriminado aos documentos classificados como confidenciais.

A Autoridade da Concorrência não consentirá um tratamento equivalente no acesso a documentos que instruem a nota de ilicitude e documentos não utilizados com potencial exculpatório.

**12.**

Mas neste momento, é inescapável referir a alteração legislativa que se perspetiva, com a assumida *boleia* permitida pela transposição<sup>5</sup> da diretiva *private enforcement*.

Aí se propõe que o artigo 33.º, n.º 4, passe a ter a seguinte redação: “o acesso a documentos contendo informação classificada como confidencial, independentemente de ser utilizada ou não como meio de prova, é permitido apenas ao advogado ou ao assessor económico externo do visado e estritamente para

<sup>5</sup> Proposta de Lei n.º 101/XIII, correspondendo à transposição da Diretiva 2014/104/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de novembro de 2014.

efeitos do exercício de defesa nos termos do n.º1 do artigo 25.ºe da impugnação judicial da decisão da Autoridade da Concorrência, não sendo permitida a sua reprodução, total ou parcial por qualquer meio, nem a sua utilização para qualquer outro fim, sem prejuízo do disposto no n.º7 do artigo 12.º, e nos artigos 14.ºe 16.ºdo [DIPLOMA DE TRANSPORTE]”.

Ora, clarifica-se a questão da reprodução da documentação, negando a sua possibilidade – em consonância com a jurisprudência do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão – mas alarga-se a esfera de acesso aos documentos contendo informação classificada como confidencial, independentemente de ser utilizada ou não como meio de prova. Ou seja, documentos que fundam a nota de ilicitude, e por isso inculpatórios, e documentos que não são enunciados como meio de prova, mas potencialmente exculpatórios.

Bem, considerada a necessária ponderação de interesses e observação do princípio da proporcionalidade, com necessária conotação constitucional, importa referir que a concessão de acesso à prova para os documentos inculpatórios, ou, dito de outra forma, os documentos que fazem parte da nota de ilicitude ou da decisão, apresenta-se, à partida, como de valia preponderante à necessidade de preservação do segredo de negócio.

No entanto, parece-nos, sem prejuízo de reflexão mais profunda<sup>6</sup>, que o mesmo juízo não resulta já de forma imediata para os documentos exculpatórios, ou, mais latamente, aqueles que não são enunciados enquanto meio de prova. Isto é, parece discutível, que em relação a estes se possa dizer o mesmo que em relação aos inculpatórios, porquanto parecem acarretar uma maior necessidade de avaliação casuística por parte da Autoridade da Concorrência, com especiais necessidades de fundamentação.

Tudo para dizer que, pese embora a nova redação que se pretende imprimir ao artigo 33.º, n.º4, do Regime Jurídico da Concorrência, só a logramos compreender dentro de parâmetros interpretativos, ou dentro de um desígnio interpretativo que não prescinda quer da necessidade de criação de uma lista dos documentos confidenciais com as características já determinadas pelo Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, quer da carência

---

<sup>6</sup> É matéria que carece de mais séria reflexão, sendo que a mesma só pode ser plenamente alcançada quando na posse da integralidade das alterações legislativas que decorrerão da publicação da aludida transposição da diretiva comunitária.

de pedidos fundamentados para o seu acesso, quer da análise e apreciação fundamentadas por parte da Autoridade da Concorrência aquando do seu deferimento ou indeferimento<sup>7</sup>.

### 13.

Terminar, pegando numa ideia inicial.

Dissemos que o direito de defesa não pode estar circunscrito à ideia de um contraditório. O que se pretende é a garantia de um processo justo e equitativo. A garantia de um *fair trial*, com a natureza e dimensão trilhadas pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

Acolhendo a jurisprudência do Tribunal de Estrasburgo, relevante é que se ergam as traves mestras de um conceito materialmente penal de sanção.<sup>8</sup>

Isto, porque a mais das vezes a fuga para o direito contraordenacional, pelo menos para o que temos atualmente, mais não significa que uma tentação para potenciar o afastamento das regras gerais do direito ao processo equitativo e prevalência da legalidade.

Os quadros dogmáticos entre Direito Penal e Direito Contraordenacional estão sobremaneira imperceptíveis.

O Direito Penal não se contele em patamares de intervenção mínima.

O ilícito de mera ordenação social galgou fronteiras, sobrepondo, por um lado, bens jurídicos já acolhidos pelo legislador como tendo relevância criminal e, por outro, invadindo todas as áreas da regulação económica e financeira do Estado, tomando uma preponderância quer na amplitude da previsão normativa, quer na gravidade das sanções impostas.

E os sobreditos princípios impõem-se, seja no processo contraordenacional, seja num outro e de génese mais administrativista.<sup>9</sup>

Acontece, como bem demonstra a dinâmica jurisprudencial potenciada pela apreciação da casuística que enunciámos, que os desafios de garantia do

<sup>7</sup> Aliás, só se admite a exigência de fundamentação precisa e fundada nos pedidos para acesso a documentos, como *ab initio* o fez a Autoridade da Concorrência (e que não mereceu reparo do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão), quando seja para não ser franqueado o acesso (genérico e indiscriminado) aos documentos existentes no processo.

<sup>8</sup> Conferir, com muito interesse, o discurso do Excelentíssimo Senhor Presidente do Supremo Tribunal de Justiça, Dr. António Henriques Gaspar, proferido na sessão de abertura das Primeiras Jornadas do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, disponível em [stj.pt](http://stj.pt).

<sup>9</sup> Conferir INÉS FERREIRA LEITE, “A autonomização do direito sancionatório administrativo, em especial, o direito contraordenacional”, in e-book: Regime Geral das Contraordenações e as Contraordenações Administrativas e Fiscais, Setembro 2015, disponível em [cej.mj.pt](http://cej.mj.pt).

*fair trial* no direito das contraordenações são bem maiores do que no direito penal.

E para adensar o quadro de compreensão, estamos no domínio de entidades que estabelecem a norma e que a regulamentam, procedem igualmente à sua execução e fiscalização, a tudo acrescendo a imposição de sanções na sequência da instauração de procedimentos sancionatórios, cuja iniciativa, instrução e decisão pertencem à mesma pessoa coletiva.

É esse, estamos em crer, o grande desafio que atravessa o direito contraordenacional, o direito sancionatório público.

# CONSIDERAÇÕES DE LEALDADE E EQUIDADE NO DIREITO DA CONCORRÊNCIA DA UNIÃO. BREVES REFLEXÕES

Sofia Oliveira Pais\*

**ABSTRACT:** This article addresses briefly the multiple aims of the European competition rules, reflecting particularly on the role of fairness and distributive justice in the assessment of competition law cases. Although these issues are not new, there has been an increasing interest in the study of their role, mainly after the Euro crisis in 2008. We will notice that a broad concept of economic efficiency or consumer welfare already allows some distributive effects to be considered by the Competition Authorities and that fairness considerations are also present in several concepts used in the Treaty on the Functioning of the European Union (namely in Article 102) as well as in the case law of the Court of Justice. Nevertheless, fairness considerations may also be relevant in other areas of competition law.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Os múltiplos objetivos do direito europeu da concorrência. 3. Considerações de lealdade e equidade no direito da concorrência 3.1. Considerações de lealdade e equidade à luz dos ensinamentos de John Rawls e Amartya Sen 3.2. Considerações de lealdade e equidade nas decisões da Comissão Europeia e nos acórdãos dos Tribunais da União 3.3. Considerações de lealdade e equidade nas decisões dos tribunais nacionais 4. Conclusão

## 1. INTRODUÇÃO.

A defesa da concorrência na União Europeia funda-se em quatro pilares: proibição de acordos restritivos da concorrência, proibição de abusos de posição dominante, controlo das concentrações de empresas e controlo dos auxílios de Estado. Com exceção da legislação europeia sobre a fiscalização das operações de concentração “comunitárias”, adotada com o Regulamento 4064/89 (hoje Regulamento 139/2004), as normas de defesa da concorrência,

---

\* Professora Associada, UCP – Porto. Cátedra Jean Monnet. Diretora do Católica Research Centre for the Future of Law.

constantes do atual Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (artigos 101.º a 109.º), mantiveram-se inalteradas ao longo de 60 anos<sup>1</sup>. A estabilidade da redação das normas de defesa da concorrência não obstou, em todo o caso, à natural evolução dos seus objetivos, refletindo as mudanças do ambiente político-económico e institucional envolvente. Afirmar que os objetivos do direito da concorrência são múltiplos, parece-nos não levantar dúvidas, tendo em conta o texto dos Tratados, o direito derivado, e a respetiva *soft law*, a doutrina e a jurisprudência do Tribunal de Justiça existentes neste domínio<sup>2</sup>. Menos consensual será o papel a atribuir ao objetivo da prossecução de uma concorrência *leal* enunciado no Tratado. O nosso propósito é o de enunciar sucintamente os múltiplos objetivos apontados tradicionalmente às normas europeias de defesa da concorrência, fazendo em seguida uma breve reflexão sobre o papel que tem sido atribuído a considerações de lealdade e equidade no direito da concorrência da União e respetiva *praxis*. Com este breve apontamento gostaríamos apenas de reconhecer o interesse numa reflexão renovada sobre o papel da justiça distributiva no direito da União. Sendo certo que um conceito lato de eficiência económica ou de bem-estar do consumidor já permitem trazer à colação alguns dos efeitos distributivos, e sabendo que considerações de equidade estão presentes em vários conceitos utilizados no Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (recordar-se a referência no artigo 102.º a práticas abusivas que conduzem a preços ou condições de transação não equitativas) e na jurisprudência do Tribunal de Justiça (recordar-se o conceito de concorrência pelo mérito), pensamos, ainda assim, que tal tipo de considerações poderá, eventualmente, ter interesse noutras domínios.

## 2. OS MÚLTIPLOS OBJETIVOS DO DIREITO EUROPEU DA CONCORRÊNCIA

Afirmar que o direito da concorrência visa prosseguir objetivos de eficiência económica e bem-estar dos consumidores é hoje o mantra utilizado na generalidade das decisões das Autoridades de Concorrência. Note-se, todavia, que, em 1958, quando entrou em vigor o Tratado da Comunidade Económica Europeia, a promoção da eficiência económica (entendida como eficiência

1 Regulamento 4064/89, substituído pelo Regulamento 139/2004, de 20.1.2004, JO L 24/1.

2 Para uma visão geral dos múltiplos objetivos do direito da concorrência, cf. Lianos, 2013a: 3; Sauter, 2016; Amato & Ehlermann, 2007; Fox & Geradin, 2017; Jones & Sufrin, 2016.

de Pareto ou eficiência Kaldor-Hicks<sup>3</sup>, ou ainda como bem-estar total<sup>4</sup>) era uma preocupação alheia às normas europeias de defesa da concorrência. Com efeito, os fundadores da Comunidade Económica Europeia concentraram seus esforços na realização de um mercado interno, visto como um instrumento necessário para a manutenção da paz e o desenvolvimento da prosperidade na Europa. Estados-Membros e instituições europeias confiaram que a criação de um mercado único europeu através de um sistema de concorrência não falseada evitaria o risco de o desmantelamento das barreiras ao comércio intracomunitário ser substituído por obstáculos privados às liberdades *comunitárias*<sup>5</sup>. Recorde-se, aliás, que a promoção de uma concorrência não falseada no mercado interno era claramente referida no artigo 2.º do Tratado da Comunidade Económica Europeia como um objetivo prioritário, ainda que a defesa concorrência *qua tale* nunca tenha sido considerada um fim em si mesma. Dito de outro modo, as normas de defesa da concorrência seriam um instrumento particularmente adequado para a instituição de uma certa organização político-económica que o legislador Europeu pretendeu instituir num determinado contexto espacial.

Hoje, 60 anos volvidos, a visão da proteção da concorrência como um instrumento decisivo no processo contínuo de realização do mercado interno é referida no Protocolo n.º 27<sup>6</sup> e continua presente em várias decisões e

3 Pareto defende a alocação de bens entre os consumidores de forma a que a situação de um melhore sem ser prejudicada a situação de outro consumidor; já Kaldor e Hicks entendem que um resultado é eficiente se a situação de alguns melhora de forma a compensar os prejuízos sofridos por outros. Cf. Pareto, 1971; Hicks, 1939: 696-712; Kaldor, 1939: 549-552.

4 O que une estes conceitos, como explica de forma simples Hovenkamp, é que as práticas das empresas melhoram o bem-estar total quando há uma melhoria (*surplus*) para todos, incluindo produtores e consumidores, cf. Hovenkamp, 2018: 47.

5 Com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, em 2009, e a absorção da Comunidade Europeia pela União Europeia, a expressão “comunitária” desapareceu dos Tratados.

6 Note-se que com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, as referências anteriores, existentes no Tratado da Comunidade Europeia, à “concorrência não falseada” e à “livre concorrência” (nomeadamente nos seus artigos 3.º e 3.º-A) desapareceram. Hoje as normas relevantes serão o artigo 3.º, n.º 3, do Tratado da União Europeia e o Protocolo n.º 27. O artigo 3.º n.º 3 do Tratado da União Europeia prevê que “A União estabelece um mercado interno. Empenha-se no desenvolvimento sustentável da Europa, assente num crescimento económico equilibrado e na estabilidade dos preços, numa economia social de mercado altamente competitiva que tenha como meta o pleno emprego e o progresso social, e num elevado nível de proteção e de melhoramento da qualidade do ambiente. A União fomenta o progresso científico e tecnológico”. O Protocolo n.º 27, por seu turno, acrescenta que “o mercado interno, tal como previsto no artigo 3.º do TUE, inclui um sistema que garante que a concorrência não seja distorcida”. A concorrência será, deste modo, um meio para a realização de objetivos económicos e não económicos e para a prossecução de uma economia social de mercado.

acórdãos das instituições da União. Refira-se, a título meramente ilustrativo, o acórdão TeliaSonera, no qual o Tribunal de Justiça (doravante também “Tribunal”) recorda que nos termos do artigo 3.º, n.º 3, do Tratado da União Europeia (TUE) a União Europeia estabelece um mercado interno, o qual, de acordo com o Protocolo n.º 27, inclui um sistema que assegura que a concorrência não seja falseada. O Tribunal confirma ainda que “o artigo 102.º TFUE conta-se entre as regras de concorrência que, como as visadas no artigo 3.º, n.º 1, al. b), TFUE, são necessárias ao funcionamento do referido mercado interno” [e que] “essas regras têm precisamente por finalidade evitar que a concorrência seja falseada em detrimento do interesse geral, das empresas individuais e dos consumidores, contribuindo, deste modo, para o bem-estar na União”<sup>7</sup>.

Além de permitirem a realização do mercado interno, as regras europeias *antitrust* foram igualmente utilizadas para garantirem a liberdade económica de as empresas participarem no mercado. Tal liberdade seria ademais<sup>8</sup> considerada como uma condição de liberdade política, essencial para realização de uma sociedade justa<sup>9</sup>.

Outros interesses públicos como a saúde pública<sup>10</sup>, preocupações ambientais<sup>11</sup> a proteção do emprego<sup>12</sup>, ou a defesa das pequenas e médias empresas (PME), marcaram ainda presença em determinadas decisões da Comissão

<sup>7</sup> Cf. acórdão de 17 de Fevereiro de 2011, TeliaSonera Sverige, C-52/09, ECLI:EU:C:2011:83, n.os. 21-22. Este objetivo específico – criação de um mercado interno – levou a Comissão Europeia e o Tribunal de Justiça a centrarem a sua atenção durante muito tempo nas restrições verticais – nomeadamente nas cláusulas de territorialidade e de exclusividade – que poderiam prejudicar a criação desse mercado.

<sup>8</sup> Para uma excelente análise desta questão no pensamento ordoliberal, cf. Kerber&Hartung, 2001: 337-358; Behrens, 2014: 1-38.

<sup>9</sup> Cf. Amato, 1997: 2; ver ainda a decisão da Comissão Europeia de 24 de janeiro de 1999, n.º 2000/475/EC, relativa ao Processo IV.F.1/36.718 – CECED, [1999] JO L 187/47. Note-se ainda que, com a Escola de Chicago e a nova abordagem económica das regras de concorrência, argumentou-se que o objetivo da liberdade económica deveria ser considerado menos relevante, pois constituiria uma abordagem sobretudo formal dessas regras e os interesses dos consumidores não seriam devidamente tidos em conta. Não obstante estas críticas, a jurisprudência do Tribunal continua a fazer apelo a tal interesse, em vários acórdãos. Sobre esta questão cf. Jones & Sufrin, 2016: 37-42.

<sup>10</sup> Decisão da Comissão Europeia, de 6 de outubro de 1994, n.º 94/770/CE, relativa ao Processo IV/34.776 – Pasteur Mérieux-Merck, [1994] JO L 309/1.

<sup>11</sup> Decisão da Comissão Europeia n.º 2000/475/EC.

<sup>12</sup> Decisão da Comissão Europeia de 23 de dezembro de 1992, n.º 93/49/CEE, relativa ao Processo (IV/33.814 – Ford/Volkswagen, [1992] JO L 20/14.

Europeia e acórdãos do Tribunal de Justiça<sup>13</sup> enquanto objetivos legítimos da política de concorrência<sup>14</sup>.

Com a “modernização” do direito da concorrência da União, traduzida nomeadamente no acolhimento dos ensinamentos da escola de Chicago<sup>15</sup> e na visão de eficiência económica como o principal objetivo do direito da concorrência, verifica-se uma revolução na *praxis* das Autoridades de Concorrência na União. Por um lado são adotados vários regulamentos no contexto do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) com vista a uma abordagem “mais económica” das questões concorrenceais<sup>16</sup> e os objetivos “não económicos” são, aparentemente, relegados para um plano secundário. O apelo à eficiência económica e ao critério de bem-estar social/bem-estar do consumidor<sup>17</sup> passam a ser constantes nas decisões das autoridades da concorrência<sup>18</sup>, sem que o seu sentido e alcance estejam, no entanto, totalmente determinados. De facto, dúvidas subsistem sobre os benefícios e os beneficiários a ter em conta na apreciação de práticas aparentemente restritivas da concorrência. Por exemplo, devem as autoridades da concorrência considerar apenas os benefícios produzidos a curto prazo ou devem atender igualmente aos benefícios gerados a longo prazo (não obstante as dificuldades em medi-los e a insegurança jurídica causada)? Se o conceito de “consumidor” incluir além do consumidor final também o de consumidor intermediário, que interesses devem prevalecer no caso de os interesses dos

13 Veja-se, por exemplo, a referência ao objetivo de manutenção do emprego no acórdão de 25 de Outubro de 1977, Metro/Comissão, C-26/76, ECLI:EU:C:1977:167, n.º 43.

14 Note-se que dos vários interesses enunciados, o apelo à proteção das PME é talvez o mais duradouro e relevante, sendo referido com regularidade no direito derivado e na jurisprudência. Recorde-se, por exemplo, a proteção especial conferida às PME na Diretiva Private Enforcement, 2014/104/UE, JO L 349, 5.12.2014, pp.1-19.

15 Pais, 2011a: 116ss.

16 Sobre a dita *modernização* do direito de concorrência da União, e sobre a adoção do Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, de 16 de Dezembro de 2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado JO L 1, 4.1.2003, pp. 1-25, cf. Pais, 2011a: 287-288ss.

17 Enquanto o critério de “bem-estar social/total” entende que as regras antitrust devem aumentar o superávit total da sociedade – consumidores e produtores-, o padrão do “bem-estar do consumidor” defende que a riqueza do consumidor tem de melhorar. Robert Bork foi o grande defensor do “consumer welfare” (entendido este como bem-estar total), como maximização da riqueza, como o único critério que devia pautar a atuação das autoridades da concorrência norte-americanas (cf. Bork, 1978).

18 A necessidade de as autoridades de concorrência defenderem os interesses dos consumidores finais (e intermediários) é aliás referida em várias leis nacionais; veja-se por exemplo a Lei 19/2012, artigo 41.º.

consumidores e dos intermediários entrarem em conflito? Devem considerações de justiça distributiva ser igualmente incluídas nessa apreciação?<sup>19</sup>

Estas e outras dúvidas são debatidas até hoje na jurisprudência<sup>20</sup> e na literatura<sup>21</sup>, o que não é de estranhar, sabendo-se que o conceito de bem-estar do consumidor tem sido, como já foi observado de forma pertinente, “the most abused term in modern antitrust analysis”<sup>22</sup>, não existindo consenso sobre o significado desta expressão<sup>23</sup>. Estas incertezas perpassam igualmente pela jurisprudência dos tribunais da União. Recorde-se o caso GlaxoSmithKline<sup>24</sup>, no qual o conceito de *consumidor final* foi apontado pelo Tribunal Geral como um objetivo decisivo das regras *antitrust*, enquanto o Tribunal de Justiça seguiu uma abordagem diferente. Ou seja, o Tribunal Geral afirmou que, tendo em conta o “quadro real e, portanto, o contexto jurídico e económico em que atua o acordo a que essa restrição é imputada”<sup>25</sup>, a aplicação do artigo 101.º do TFUE “não pode depender unicamente do facto de o acordo

19 Nos EUA a consideração de efeitos distributivos no plano da concorrência tem conhecido uma grande resistência. Sugere-se que as questões de justiça distributiva sejam tratadas através de outros instrumentos de política pública, como medidas fiscais, sendo certo que as dificuldades de uniformização e mesmo harmonização europeia nesse domínio dificultam a transposição dessa solução. Recentemente, todavia, certa literatura tem sublinhado que considerações de justiça no plano da concorrência devem ser repensadas nos EUA. Uma nova linha de pensamento, fundada nos escritos do juiz Louis Brandeis (juiz do *Supreme Court* dos EUA a partir de 1916), e intitulada *New Brandeis School*, surge com o objetivo de afastar a Escola de Chicago e de defender que as leis antimonopólios são essenciais para estruturar a sociedade em pilares democráticos. Outras ideias centrais desta nova corrente de pensamento salientadas por Lina Khan, seriam que as leis antimonopólio se focam na estrutura e processo concorrencial e não nos resultados, e não há forças de mercado naturais; para a *New Brandeis School* “political economy is structured only through law and policy”. Cf. Kahn, 2018: 3.

20 Cf. por todos Jones & Sufrin, 2016: 26-31.

21 Veja-se por exemplo o acórdão de 27 de março de 2012, Post Danmark A/S, C-209/10, ECLI:EU:C:2012:172, no qual o Tribunal de Justiça afirmou que o artigo 102.º do TFUE “se refere não apenas às práticas que causam um prejuízo imediato aos consumidores mas também àquelas que lhes causam prejuízo por falsoarem o jogo da concorrência”. Por outro lado, acórdãos há em que o Tribunal de Justiça parece apoiar-se no conceito mais amplo de bem-estar total ou social, como sucedeu no caso GlaxoSmithKline, citado *infra*. Refira-se ainda que a própria Comissão Europeia apesar de referir, nas Orientações sobre o artigo 102.º – que o conceito de consumidor inclui o consumidor final e o intermediário, e de incluir nos benefícios a ter em conta além do preço, a qualidade, inovação e escolha, não dá igualmente uma definição clara de “bem-estar do consumidor”.

22 Brodley, 1987: 1032.

23 Orbach, 2010: 134: é um conceito que “30 years later has no clear meaning”, cf. p. 134.

24 Acórdão de 27 de setembro de 2006, GlaxoSmithKline Services/Comissão, T-168/01, ECLI:EU:T:2006:265 e acórdãos de 6 de Outubro de 2009, GlaxoSmithKline Services e o./Comissão e o., processos apensos C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P e C-519/06 P, ECLI:EU:C:2009:610, n.os 117-119.

25 N.º 110.

em causa visar limitar o comércio paralelo de medicamentos ou compartimentar o mercado comum, elementos que permitem concluir que ele afecta as trocas entre Estados-Membros, mas exige ainda uma análise destinada a determinar se o mesmo acordo tem por objecto ou por efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado em causa em detrimento do consumidor final”<sup>26</sup>. O Tribunal de Justiça, por seu turno, chegou a uma conclusão diferente quando sustentou que “não resulta de modo nenhum [do artigo 101.º do TFUE] que só os acordos que privam os consumidores de certas vantagens podem ter um objectivo anticoncorrencial”; aliás, o Tribunal já decidiu que o artigo 101.º do TFUE “visa, a exemplo de outras regras de concorrência enunciadas no Tratado, proteger não apenas os interesses dos concorrentes ou dos consumidores, mas a estrutura do mercado e, deste modo, a concorrência em si mesma”. Significa isto que a “declaração da existência de objectivo anticoncorrencial de um acordo não pode ficar subordinada a que os consumidores finais fiquem privados das vantagens de uma concorrência eficaz em termos de aprovisionamento ou de preço”<sup>27</sup>. O Tribunal decidiu, portanto, que as restrições às importações paralelas de produtos farmacêuticos deveriam ser proibidas e que a proteção do processo concorrencial deveria ter prioridade, sendo o benefício para o consumidor apenas a consequência daí resultante.

Apesar das dúvidas enunciadas, certa literatura defende<sup>28</sup>, corretamente, como aliás já tivemos oportunidade de expor noutro local<sup>29</sup>, que o critério preferível no contexto europeu será o do bem-estar do consumidor<sup>30</sup>. Como bem refere Nazzini, o critério de bem-estar do consumidor é, desde logo, mais fácil de aplicar<sup>31</sup>, e tem, além disso, a vantagem de ser politicamente

26 N.º 119.

27 N.º 63.

28 Assim, entre muitos, Lianos, 2013b: 1 e Nazzini, 2011.

29 Veja-se País, 2011b: 587-627.

30 Na jurisprudência da União esta questão é igualmente discutida. No acórdão TeliaSonera Sverige (C-52/09, ECLI:EU:C:2011:83), o Tribunal de Justiça seguiu aparentemente o critério do bem-estar total, decidindo que “(21) O artigo 102.º TFUE é uma das regras de concorrência referidas no artigo 3.º, n.º 1, alínea b), do TFUE. (22) A função destas regras é precisamente impedir que a concorrência seja falseada em detrimento do interesse público, das empresas e dos consumidores, garantindo assim o bem-estar da União Europeia”. Existem, todavia, outros acórdãos que parecem apontar para o critério do bem-estar do consumidor, como é o caso do acórdão Post Danmark A/S (C-209/10, ECLI:EU:C:2012:172), já referido, no qual o Tribunal de Justiça explicou que o artigo 102.º não visa proteger concorrentes menos eficientes.

31 Também Lianos (2013b: 8-12) enumera, além de dificuldades práticas, vários argumentos teóricos no sentido de dever ser afastado o critério de bem-estar total, a saber, tratar-se de um critério que não tem

aceitável (“o bem-estar do consumidor pode ser usado como slogan populista para vender ao público uma abordagem económica do direito da concorrência”<sup>32</sup>). Acresce que considerações de justiça distributiva, baseadas nos escritos de John Rawls e Amartya Sen, têm igualmente sido invocadas quer para apontar uma solução complementar à visão de um direito de concorrência pautado exclusivamente por objetivos de eficiência económica, quer para justificar a opção por um critério de bem-estar do consumidor em detrimento do padrão de bem-estar social<sup>33</sup>.

### **3. CONSIDERAÇÕES DE LEALDADE E EQUIDADE NO DIREITO DA CONCORRÊNCIA**

Embora a eficiência económica e a proteção ao consumidor ainda sejam o lema das decisões das autoridades da concorrência, têm surgido dúvidas sobre a capacidade do direito da concorrência contribuir para o crescimento económico e o bem-estar das populações. Disto nos dá nota Eleanor Fox, quando sublinha que, em períodos de crise, como os que ocorreram na Europa e nos EUA, é frequente o aparecimento de partidos populistas, antiliberais, que apontam o dedo aos mercados, às grandes empresas, e ao processo de globalização, como os “grandes culpados” da crise e desigualdade social<sup>34</sup>. É igualmente neste contexto de “descontentamento” que têm sido trazidas à colação considerações de lealdade e equidade, na apreciação das questões concorrenciais, como um complemento aos critérios de bem-estar total/bem-estar do consumidor. Não sendo o papel da justiça distributiva na política de concorrência um problema novo<sup>35</sup>, a questão assume um interesse renovado em períodos de dificuldades económico-sociais. E se é certo que dificuldades na definição dos contornos dos conceitos de concorrência “leal,

---

em conta os efeitos distributivos, só considera as preferências reveladas por um grupo específico (a que se aplica), e assume erroneamente que as preferências são apenas exógenas e se relacionam necessariamente com os resultados.

32 Nazzini, 2011: 44-45. No mesmo sentido, Lianos (2013b: 9-12) enuncia, além de dificuldades práticas no sentido de ser afastado o critério do bem estar total.

33 No sentido que os escritos de John Rawls seriam mais um argumento a favor do critério do bem estar do consumidor em detrimento do bem-estar social , cf. Lianos, 2013b: 21-22.

34 Cf. Fox, 2018: 19. Para Pablo (2017:147-148), o conceito de “fairness” pode ser uma resposta adequada aos perigos do “populismo”; este autor sublinha que “connecting ‘fairness’ to competition law is (...) not away to divorce the discipline from economics but to reconcile it with society, showing the wider public that it can contribute to their well-being”.

35 Veja-se *supra* Khan, 2018.

justa e equitativa”, ou mesmo o conceito de “justiça distributiva”, e a incerteza jurídica, daí resultante, podem ser obstáculos significativos à sua aplicação enquanto critérios operacionais na apreciação de práticas restritivas da concorrência, também é verdade que os critérios de eficiência económica e de bem-estar total/bem-estar do consumidor que têm vindo a ser aplicados não primam pela clareza e previsibilidade. Identificar e definir critérios operacionais no domínio da concorrência é, deste modo, uma questão complexa, que não deve todavia afastar uma reflexão doutrinal sobre o papel atual da “justiça distributiva” no direito da concorrência. Neste contexto as lições de filósofos como John Rawls, ou de economistas como Amartya Sen, podem ser especialmente valiosas.

Iremos assim realizar um breve apontamento sobre eventuais contributos que os ensinamentos destes teóricos podem trazer para o direito da concorrência (3.1.), para em seguida recordarmos que a “lealdade” e a “equidade” tornam-se conceitos cada vez mais presentes nos discursos e decisões das instituições europeias (3.2.), bem como nas decisões das Autoridades Nacionais de Concorrência (3.3).

### **3.1. Considerações de lealdade e equidade à luz dos ensinamentos de John Rawls e Amartya Sen**

Saber em que medida as normas de defesa da concorrência devem conduzir a resultados justos (*fair*), além de eficientes, pressupõe uma definição prévia deste conceito polissémico. Por razões de ordem prática, e de simplicidade, recorremos às expressões acolhidas no preâmbulo do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (considerações de lealdade) e no artigo 102.º do TFUE (considerações de equidade)<sup>36</sup>. Note-se, desde já que uma concorrência pautada por valores de equidade e lealdade<sup>37</sup> pode ter uma dimensão

<sup>36</sup> Veja-se o Preâmbulo do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia: “(...) DETERMINADOS a estabelecer os fundamentos de uma união cada vez mais estreita entre os povos europeus, DECIDIDOS a assegurar, mediante uma ação comum, o progresso económico e social dos seus Estados eliminando as barreiras que dividem a Europa, FIXANDO como objetivo essencial dos seus esforços a melhoria constante das condições de vida e de trabalho dos seus povos, RECONHECENDO que a eliminação dos obstáculos existentes requer uma ação concertada tendo em vista garantir a estabilidade na expansão económica, o equilíbrio nas trocas comerciais e a lealdade na concorrência”. Veja-se o artigo 102.º al. b) do TFUE nos termos do qual as práticas abusivas podem consistir em “impôr de forma direta ou indireta, preços de compra ou de venda ou outras condições de transação não equitativas”.

<sup>37</sup> O conceito de “concorrência leal” usado no TFUE não deve ser confundido com o de “concorrência desleal”, utilizado no artigo 317.º, n.º 1 do Código de Propriedade Industrial, o qual dispõe: “Constitui concorrência desleal todo o ato de concorrência contrário às normas e usos honestos de qualquer ramo de ati-

processual (nomeadamente, direito a um processo justo)<sup>38</sup> ou substantiva (ligada, designadamente, a ideias de não discriminação e igualdade de oportunidades). E dentro da dimensão substantiva, uma concorrência leal e equitativa (também designada por “fair competition”), pode ainda dividir-se em vários segmentos. Trebilcok e Ducci, por, exemplo, avançam várias noções de “justiça” (*fairness*) que podem ser identificadas no plano da concorrência<sup>39</sup>: justiça vertical (entre produtores e consumidores); justiça horizontal do lado da procura (entre consumidores) e do lado da oferta (entre produtores). No contexto específico de mercado, há ainda quem prefira utilizar a expressão “desigualdade” na sua dupla faceta: desigualdade de oportunidades (de entrada e crescimento no mercado ou de aproveitar a oferta do mesmo) e desigualdade a nível da riqueza<sup>40</sup>. Será igualmente nesta dupla vertente – igualdade de oportunidades e de meios – que utilizaremos a expressão concorrência leal e equitativa.

Note-se ainda que reconhecer que a concorrência deve ser leal e equitativa, isto é, permeável a uma ideia condutora de distribuição justa, não resolve a questão de saber como transformar tais princípios orientadores em critérios operacionais.

Aceitar a existência de elementos distributivos na política de concorrência é hoje mais fácil, quando há análises, como a de Stiglitz<sup>41</sup>, que criticam as teorias defensoras da separação entre eficiência e de distribuição e que sustentam ser o único objetivo das leis de defesa da concorrência a promoção da eficiência económica. Outros autores sublinham ainda que a desigualdade é um assunto relevante neste domínio, uma vez que há estudos a comprovar que o poder de mercado pode conduzir a desigualdades significativas<sup>42</sup>.

---

vidade económica, nomeadamente”. Enquanto o artigo 317.º visa proteger interesses privados e, como bem explica Moura e Silva (2018: 44), a censurabilidade decorre “do desvalor ético que a comunidade atribuir a certos métodos de concorrência”, independentemente de produzir efeitos negativos no mercado, as normas de defesa da concorrência visam a proteção de interesses públicos.

38 Sobre a relevância da “transparéncia e justiça processual” também no plano concorrencial para garantir a confiança dos cidadãos no sistema jurídico (sem necessidade de as soluções, administrativas ou judiciais, serem uniformes; sendo suficiente que atinjam o objetivo visado referido), cf. o excelente estudo da OCDE, 2012.

39 Cf. Trebilcock & Ducci, 2017.

40 Neste sentido, cf. Gal, 2018: 7 “Inequality in the marketplace has two main facets: inequality of opportunity to enter and expand in the market (suppliers), to take advantage of what it can offer (consumers); and inequality of wealth, which affects the ability to act both as suppliers and as consumers.

41 Stiglitz, 2002: 460-501.

42 Furman & Stiglitz, 2002.

Encontrar critérios operacionais será, todavia, bastante mais difícil.

E daí que autores como Trebilcock e Ducci, no final da investigação que realizaram sobre o conceito de “fair competition”, se tenham mostrado céticos quanto ao seu relevo na política da concorrência<sup>43</sup>. No mesmo sentido Mau-rits Dolmans and Wanjie Lin<sup>44</sup>, afirmam que “(...) while competition law should reflect the values of fairness, if fairness were actually employed in substantive decision-making as a goal and criterion, that would lead to unequal and inefficient results”<sup>45</sup>. Seguindo a mesma abordagem, C. Shapiro<sup>46</sup> alega que “antitrust cannot be expected to solve the larger political and social problems facing the United States today. In particular, while antitrust enforcement does tend to reduce income inequality, antitrust cannot and should not be the primary means of addressing income inequality; tax policies and employment policies need to play that role”.

No plano oposto, há, no entanto, quem entenda, como é o caso de Elea-nor Fox, que considerações de justiça distributiva e equidade podem, em certos contextos (como sucede nos países em vias de desenvolvimento), ser elementos relevantes na apreciação de problemas concorrenceis<sup>47</sup>. Segundo esta Autora, apesar de nos EUA considerações de “fairness” não terem apa-rentemente lugar enquanto objetivo ou critério, tal tipo de objetivo poderia ser inserido nas leis de concorrência dos países em desenvolvimento, uma vez que a realidade do mercado é muito diferente. Justificar-se-ia, assim, trazer

43 Cf. Trebilcock & Ducci, 2017.

44 Dolmans & Lin, 2017: 1. Ainda sobre este tópico, Geradin, 2018: 211.

45 Dolmans & Lin, 2017: 1.

46 Shapiro, 2017: 30.

47 Fox, 2016: 69-85. A principal mensagem de Eleanor Fox neste artigo é que o direito da concorrência dirige-se ao “mercado e a falhas de mercado” (p. 71); enquanto nos países desenvolvidos, como os EUA, o mercado funciona e o problema da desigualdade de oportunidades económicas não é “reconhecido pelo sistema de concorrência”, este visa sim garantir o acesso ao mercado e evitar o exercício abusivo de poder (pp. 72, 74), nos países em desenvolvimento a situação é totalmente diferente – os mercados geralmente não funcionam, a maioria das empresas são estatais, há monopólios com amplos privilégios que dificultam a entrada nos mercados, são amplas as desigualdades na distribuição da riqueza (p. 72) – justificando-se que os objetivos do direito da concorrência sejam diferentes e que “fairness” seja um fator determinante do que é anticoncorrencial (ao contrário do que se passaria nos EUA, onde segundo Fox “fairness is at war with antitrust”). No sentido que a consideração de noções de “fairness” no direito norte-americano da concor-rência seria pior para todos (pois permitiria proteger empresas ineficientes e elevar os preços), cf. Kaplow & Shavell, 2011: 966; além da insegurança jurídica gerada por um conceito “subjetivo” (v. Areeda & Turner, 1980).

Já no sentido de serem considerados efeitos distributivos na aplicação das regras de concorrência veja-se Atkinson, 2015. Cf. ainda Gal, 2017.

à colação para a política de concorrência desses países, objetivos que não são meramente o da tradicional eficiência económica.

Note-se aliás que estas preocupações não existem apenas em países em desenvolvimento. Também em países desenvolvidos, como é o caso do Japão e da República da Coreia foram introduzidas disposições na lei para proteger os interesses de pequenas e médias empresas especialmente em suas relações contratuais com grandes empresas. Disso nos dá aliás nota a UNCTAD na sétima conferência das nações Unidas realizada em Genebra em 2015, na qual se discutiu o papel da concorrência para um crescimento sustentável e inclusivo<sup>48</sup>.

Ainda dentro do debate sobre o papel da justiça distributiva na política de concorrência, há quem entenda de forma mais cautelosa, como é o caso de Michal Gal<sup>49</sup>, que considerações de justiça distributiva são relevantes numa política de concorrência e que poderiam estar presentes, nomeadamente, na seleção dos casos a examinar pelas autoridades de concorrência (por exemplo, as autoridades poderiam dar prioridade a casos “que aumentem o bem estar dos grupos mais fracos da sociedade”); além disso se a aplicação das normas de defesa da concorrência prejudicam a igualdade e justiça social terão de ser “recalibradas” para o efeito<sup>50</sup>.

É também este o nosso entendimento. Considerações de justiça distributiva, e a necessidade de garantir que a concorrência seja leal e equitativa, garantindo igualdade de oportunidades, desde logo quanto ao acesso ao mercado, têm de ter lugar na apreciação dos problemas concorrenceis a desenvolver pelas autoridades da concorrência. Como sublinha Eleanor Fox<sup>51</sup>, “[a]ntitrust needs a reset, (...) needs an infusion of understanding the virtues of open markets to ordinary people in achieving the dignity and empowerment goals of the world we want. The competition agencies and tribunals, on their end, must create a consciousness of making markets work for people without power”.

---

48 Cf. UNCTAD, 2015: 35.

Em relação à República da Coreia, destaca-se o Regulamento do Monopólio e ainda Lei do Comércio Justo, que aborda os desequilíbrios no poder de negociação entre as partes. Além disso, a Comissão de Comércio Justo da República da Coreia (Republic of Korea Fair Trade Commission) visa assegurar a equidade das transações entre grandes empresas e as PMEs, aplicando a Lei de Transações Justas na Subcontratação, que está em vigor desde 1984.

49 Gal, 2017:19ss.

50 Acresce que considerações de equidade também exigem um controlo mais eficaz quanto concentrações que criam um poder de mercado significativo. Cf. Gal, 2017: 20.

51 Fox: 2018: 30.

Aceitando que o direito da concorrência não pode ignorar os “efeitos distributivos”, dificuldades subsistem quanto à questão de saber que critérios operacionais podem ser utilizados. Será que o direito da concorrência dispõe dos instrumentos necessários para realizar uma distribuição justa entre diferentes grupos de participantes no processo concorrencial, quando consiste sobretudo em proibições e aplicação de remédios? Não faltarão às autoridades da concorrência, como já se questionou, legitimidade democrática para operarem a uma justiça distributiva<sup>52</sup>? Estas e outras dúvidas exigem uma reflexão mais aprofundada deste tema que não poderá, por esse motivo, ser abordada neste artigo. Podemos, em todo o caso, chamar aqui à colação, com um caráter puramente introdutório e ilustrativo da relevância desta discussão, e das dificuldades na construção de critérios operacionais, o pensamento do filósofo John Rawls e as conceções do economista Amartya Sen.

John Rawls, filósofo da universidade de Harvard, vem colocar em causa as teorias utilitaristas<sup>53</sup> que sublinham a necessidade de ser maximizada a eficiência económica, a qual deverá ser alheia a preocupações de justiça distributiva. Rawls apresentou na sua obra *Uma Teoria da Justiça* a ideia que a sociedade se apoia num sistema de cooperação (social) no qual inicialmente os indivíduos fixaram princípios de justiça. Para os princípios fixados serem equitativos, os indivíduos estão sob um véu de ignorância (ou seja, os indivíduos não conhecem a sua riqueza, características específicas, a sua situação futura, preferências, etc.). Sendo os indivíduos racionais e ignorantes (nos termos indicados) irão escolher princípios, necessariamente equitativos, para uma sociedade justa. Neste contexto surgem os seguintes princípios: por um lado, a cada indivíduo deve ter em sociedade a liberdade máxima, desde que compatível com a liberdade de todos os demais (princípio da liberdade) e, por outro lado, as desigualdades sociais e económicas devem ser ordenadas (princípio da igualdade) de maneira que ao mesmo tempo possam beneficiar os membros menos favorecidos da sociedade (princípio da diferença) e sejam ligadas a cargos e posições em condições igualitárias e justas de oportunidades (princípio da igualdade de oportunidades)<sup>54</sup>. Aplicando estas linhas de orientação, assentes na ideia de justiça e reciprocidade, no contexto do direito

52 Estas e outras dúvidas e limitações foram referidas nomeadamente por Gal (2017: 18-19).

53 Para os utilitaristas – movimento inspirado por Jeremy Bentham e John Stuart Mill – para sabermos se uma ação é boa temos de atender aos seus efeitos; uma ação será e útil se as suas consequências promoverem a felicidade, o bem-estar coletivo. Sobre o pensamento utilitarista veja-se Pais, 2011a: 54ss.

54 Rawls, 1999: 63-73.

da concorrência, poder-se-ia argumentar que não interessa apenas favorecer certos grupos, mas os mais fracos, sendo os consumidores finais geralmente os mais desfavorecidos no processo concorrencial.

A teoria de John Rawls tem sido, todavia, criticada quer pelas dificuldades na sua aplicação prática (será quase impossível o indivíduo colocar-se sob o véu da ignorância na posição inicial), quer pelas limitações à liberdade a que conduz, quer ainda por ser uma teoria que dá pouco relevo às escolhas dos indivíduos e ao mérito das suas ações traduzido em benefícios económicos<sup>55</sup>.

Amartya Sen, por seu turno, apresenta um padrão de bem-estar, em termos de capacidades dos indivíduos para funcionar de uma determinada maneira – ou seja, o que uma pessoa pode fazer ou pode ser<sup>56</sup>. O “capability test” estuda, assim, a qualidade de vida que os indivíduos são realmente capazes de alcançar – isto é, foca o bem-estar e a liberdade de persegui-la<sup>57</sup>. Para fazer essa avaliação, são fundamentais dois conceitos: (1) os *functionings*, que são as realizações de uma pessoa, são “constitutivas do bem-estar”<sup>58</sup>: o que conseguem fazer ou ser (por exemplo, estar saudável ou participar do vida da comunidade)<sup>59</sup>; (2) a *capability* refere-se ao conjunto de valiosos *functionings* a que uma pessoa tem acesso efetivo; por outras palavras, “capability represents a person’s freedom to achieve well-being”<sup>60</sup>.

A liberdade de escolha do indivíduo é particularmente adequada à lógica do direito da concorrência. Além disso, de acordo com a perspetiva de Sen, o nível de bem-estar ou justiça de uma sociedade será avaliado, como já foi apontado<sup>61</sup>, observando em que medida ela consegue garantir a cada cidadão um conjunto de *capabilities*. Segundo este economista, essa abordagem permite uma melhor avaliação da qualidade de vida e do progresso económico e é preferível a uma abordagem utilitarista baseada em recursos, *inputs* e utilidades individuais<sup>62</sup>.

<sup>55</sup> Vejam-se sobretudo as críticas de Nozick, 2011, à teoria da justiça contratualista, ou neocontratualista e igualitária de Rawls, apoiada numa visão que considera, nomeadamente, a proteção da liberdade e da propriedade essencial e defende a distribuição da riqueza em função de mérito e uma intervenção mínima do Estado.

<sup>56</sup> Sen, 1999.

<sup>57</sup> Sen, 1995.

<sup>58</sup> Sen, 1995: 49.

<sup>59</sup> Exemplos dados por Sen, 1995: 39.

<sup>60</sup> Sen, 1995: 49.

<sup>61</sup> Claassen & Gerbrandy, 2016: 4-5.

<sup>62</sup> Sen, 1995: 53.

Além disso, a desigualdade, considerada uma preocupação irrelevante ou secundária pelo critério do “bem-estar”, adquire um novo significado com a visão de Sen. Em vez de valorizar o aumento total ou o bem-estar do consumidor, a abordagem de Sen “abre espaço para uma variedade de ações”<sup>63</sup>. Segundo Sen “the evaluation of inequality has to take note of both the plurality of spaces in which inequality can be assessed, and the diversity of individuals”<sup>64</sup>.

Aplicando estas ideias no contexto da concorrência, alguns Autores defendem que o direito da concorrência deve visar igualmente alcançar a igualdade social e económica, chamando preocupações distributivas para este ramo do direito<sup>65</sup>. Além disso, condutas que prejudicam “consumidores de rendimento médio e baixo, mesmo beneficiando consumidores e acionistas mais ricos”, devem ser proibidas<sup>66</sup>.

Existem, no entanto, algumas dificuldades relacionadas com a construção de conceitos operacionais aplicáveis no plano do direito da concorrência<sup>67</sup>. De facto, o principal problema, uma vez selecionadas as “capacidades”, é como quantificá-las, particularmente se quisermos incluir interesses não económicos, como a igualdade, na avaliação de casos de concorrência<sup>68</sup>. Além disso, ainda é discutida a questão de saber em que medida é que a falta de concorrência contribui para a desigualdade e se a lei de concorrência será a melhor ferramenta para abordar as questões de desigualdade. Resumindo, o debate sobre a abordagem desejável da desigualdade no domínio da concorrência está longe de se encontrar concluído.

### **3.2. Considerações de lealdade e de equidade nas decisões da Comissão Europeia e nos acórdãos dos Tribunais da União**

Embora possam ser encontradas referências à lealdade e à equidade nos Tratados – vejamos, por exemplo, o artigo 101.º do TFUE, que menciona no

63 Sen, 1995: 43.

64 Sen, 1995: 88.

65 Cf. Trebilcock & Ducci, 2017. Cf. ainda Dolmans & Lin (2017: 1), segundo os quais “(...) if fairness were actually employed in substantive decision-making as a goal and criterion, that would lead to unequal and inefficient results”. Veja-se igualmente Geradin, 2018: 211.

66 Cf. Claassen & Gerbrandy, 2016: 4-5.

67 Sen, 2011 sugeriu a escolha das “capabilities” por um processo democrático. Outros exigem certos requisitos, cf. Claassen & Gerbrandy, 2016: 7.

68 Claassen & Gerbrandy, 2016: 7. Segundo estes autores há argumentos legais, morais e políticos para incluir interesses não económicos na apreciação concorrencial.

seu n.º 3 que as condutas das empresas devem reservar aos “consumidores uma parte equitativa” do lucro e o artigo 102.º do mesmo Tratado, que ilustra como abusos de posição dominante práticas que imponham “de forma direta ou indireta, preços de compra ou de venda ou outras condições de transação não equitativas” – tal tipo de preocupações estiveram ausentes da agenda das Autoridades da Concorrência durante muito tempo.

Recentemente, todavia, preocupações de justiça também apareceram nos discursos da Comissão Europeia. Como explicou o Diretor-Geral da Concorrência, Laitenberger, a noção de *justiça* remete para os objectivos finais do direito da concorrência: “cuidar dos interesses e do bem-estar dos consumidores e conceder as mesmas oportunidades a todos os agentes económicos” com operações no mercado único. Tal regulação ajudará a “elevar o nível de confiança” na sociedade. E no seu Relatório Anual de Política de Concorrência<sup>69</sup>, a Comissão afirmou igualmente que vai usar as regras de concorrência para divulgar “os benefícios da concorrência leal na Europa e no mundo”. Acresce que várias decisões *antitrust* recentes<sup>70</sup> têm permitido discutir estas questões. Particularmente relevantes foram as decisões de constituição de um cartel no setor automóvel, que foram pesadamente multadas pela Comissão em 21 de fevereiro de 2018. Os cartéis são geralmente considerados condutas desleais<sup>71</sup>, que conduzem a custos e preços mais elevados e podem “ameaçar a indústria e os empregos europeus no setor automóvel”<sup>72</sup>.

Por outro lado, no contexto de preços excessivos, a Comissão decidiu, em 24 de maio de 2018, impor obrigações vinculativas à Gazprom no sentido de permitir o livre fluxo de gás a preços competitivos nos mercados de gás da Europa Central e Oriental<sup>73</sup>. A Comissão suspeitava que a Gazprom estava a violar as regras de concorrência da União, adotando uma estratégia global para dividir os mercados de gás da Europa Central e Oriental. Esta estratégia permitia à empresa cobrar preços excessivos em certos Estados-Membros.

---

69 Cf Comissão Europeia, 2017: 2.

70 Laitenberger, 2017.

71 Como referiu Laitenberger (2017) “cartels were unfair because their members “extracted high profits”, car makers supported “higher costs” and consumers “higher prices”.

72 Laitenberger, 2017.

73 Cf. the Gasprom decision, [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-18-3921\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-3921_en.htm). . Cf. caso Aspen ainda pendente, [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-17-1323\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1323_en.htm). Laitenberger, 2017.

A Comissão impôs, deste modo, à empresa compromissos com o intuito de garantir que os preços da Gazprom permaneceriam “justos”<sup>74</sup>.

As preocupações de igualdade estão igualmente presentes na jurisprudência do Tribunal de Justiça. Por exemplo, no caso da Huawei, referente a uma disputa de patentes, a Huawei detinha uma patente essencial e assumiu o compromisso de conceder licenças a terceiros em termos justos, razoáveis e não discriminatórios (FRAND)<sup>75</sup>. A Huawei entrou em negociações com outra empresa (ZTE), uma produtora multinacional de telemóveis, mas as negociações fracassaram. A Huawei interpôs então uma ação por violação de patente contra a ZTE, destinada a fazer obter a cessação da infração, e a ZTE defendeu-se alegando que a Huawei tinha abusado da sua posição dominante ao pedir providências cautelares. O Tribunal considerou que não existia abuso desde que, antes da propositura da ação, o titular da patente tivesse advertido o alegado infrator que estaria a violar a patente e o referido infrator continuasse a explorar a patente e não se mostrasse disponível para apresentar, de forma diligente, ao titular da patente, uma proposta em conformidade com a boa-fé e os usos comerciais existentes no setor<sup>76</sup>. O Tribunal decidiu, assim, que para a conduta do titular de uma patente essencial não ser considerada abusiva teria de respeitar as condições destinadas a garantir o *justo equilíbrio* dos interesses em causa<sup>77</sup>.

### **3.3. Considerações de lealdade e de equidade nas decisões das Autoridades Nacionais de Concorrência**

Preocupações de equidade na apreciação de casos nacionais de concorrência foram manifestadas recentemente pelo Bundeskartellamt aquando da adoção da decisão preliminar no processo “Facebook”. Segundo a autoridade alemã da concorrência, a prática do Facebook de tornar a utilização da rede social dependente de a empresa poder reunir, de fontes de terceiros, dados pessoais do utilizador (e associá-los à conta desse mesmo utilizador) e depois usar tal informação para atividades de processamento de dados (nomeadamente

<sup>74</sup> Laitenberger, 2017.

<sup>75</sup> Cf. Pais, 2017: 11.

<sup>76</sup> Ver Pais, 2017.

<sup>77</sup> Acórdão de 16 de julho de 2015, Huawei Technologies, C-170/13, ECLI:EU:C:2015:477, n.º 77. Também no caso MOTOE, o Tribunal considerou que a “igualdade de oportunidades” era um objetivo das normas de defesa da concorrência, cf. acórdão de 1 de julho de 2008, C-49/07, ECLI:EU:C:2008:376, n.º 51.

vender essa mesma informação aos seus clientes, as empresas de publicidade) seria uma prática restritiva da concorrência.

Recorde-se que a adoção de novas tecnologias permite às empresas privadas utilizarem dados pessoais numa escala sem precedente. Sendo certo que a aquisição desses dados é feita, via de regra, com o consentimento do próprio titular, que pretende usufruir de certos serviços “gratuitos”, é discutível se o consentimento prestado pelo utilizador do serviço pode ser considerado informado, quando este desconhece em que contexto e com que finalidade é que os seus dados, nomeadamente provenientes de fontes terceiras, vão ser aplicados<sup>78</sup>.

No caso Facebook, a autoridade da concorrência alemã teve em consideração quer a situação dominante da empresa no mercado alemão das redes sociais, quer vários elementos inscritos nos “termos do serviço” prestado pela empresa, que considerou inadequados e suscetíveis de gerarem preocupações a nível da concorrência, logo numa avaliação preliminar<sup>79</sup>. A detenção de uma posição dominante por parte do Facebook, suscetível de dificultar a mudança dos utilizadores para outras redes sociais, associada à obrigação de os utilizadores se registarem e terem de aprovar, na totalidade, os termos do serviço<sup>80</sup>, permite que a empresa reúna um número excessivo de dados e os utilize de forma abusiva<sup>81</sup>.

---

78 Note-se que a decisão preliminar foca a recolha e tratamento de dados de fontes terceiras (não visa a recolha e tratamento de dados pelo próprio facebook). Cf. Preliminary Assessment in Facebook Proceedings (doravante caso Facebook), Press release, 19.12.2017, [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Pressemitteilungen/2017/19\\_12\\_2017\\_Facebook.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=3](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Pressemitteilungen/2017/19_12_2017_Facebook.pdf?__blob=publicationFile&v=3), 1-2 (hereinafter Preliminary Assessment). Ver. Também, Background information on the Facebook proceeding, cf. [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Diskussions\\_Hintergrundpapiere/2017/Hintergrundpapier\\_Facebook.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=6](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Diskussions_Hintergrundpapiere/2017/Hintergrundpapier_Facebook.pdf?__blob=publicationFile&v=6) (acceded 1.3.2018)

79 Press release, 19.12.2017, [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Pressemitteilungen/2017/19\\_12\\_2017\\_Facebook.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=3](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Pressemitteilungen/2017/19_12_2017_Facebook.pdf?__blob=publicationFile&v=3), 1-2 (hereinafter Preliminary Assessment)

80 Caso Facebook cit.

81 Por outras palavras, o Facebook recolhe dados de serviços relacionados (por exemplo, WhatsApp e Instagram) e de sites não relacionados (que usam o API do Facebook, isto é, o Application Programming Interface). Como explica Boesten “many websites and apps offer the option to like or share their content on Facebook, which is made technically possible by using the Facebook API” [...] “when users visit websites or apps that have this API embedded (even without pressing the ‘like’ or ‘share’ button), their data is transmitted to Facebook, which then processes it to target advertising” (see <http://coreblog.lexxion.eu/bundeskartellamt-facebook-case/>, accessed 20.3.2018). Daí que o Bundeskartellamt tenha decidido: “users cannot expect data which is generated when they use services other than Facebook to be added to their Facebook account to this extent”, cf. caso Facebook cit.

A teoria do dano, neste caso, residiria no facto de o Facebook, ao impor condições comerciais injustas, poder causar danos aos consumidores, uma vez que estes não seriam capazes de controlar a utilização futura dos seus dados pessoais<sup>82</sup>. Ou seja, estaríamos perante um abuso de exploração.

Esta avaliação preliminar foi objeto, como seria expectável, de apreciações assaz divergentes na literatura jurídica.

Alguns Autores condenaram liminarmente a decisão do Bundeskartellamt<sup>83</sup>, argumentando que a tentativa de incluir considerações de proteção de dados e privacidade na lei de concorrência teria sido descartada pela própria Comissão Europeia e pelo Tribunal de Justiça<sup>84</sup>. Além disso, as autoridades de concorrência não deveriam ser omnipotentes e tentar regular este tipo de casos, uma vez que têm recursos escassos. Acresce que os consumidores teriam opções e poderiam mudar para outros serviços, não se justificando a intervenção da autoridade pública. Finalmente, importa referir que há várias dificuldades técnico-jurídicas na análise deste tipo de situações, nomeadamente quanto à identificação quer do mercado relevante<sup>85</sup>, quer da existência de uma posição dominante (sobretudo porque as redes sociais são muito dinâmicas, os serviços fornecidos são “gratuitos” e porque não há barreiras económicas ou técnicas que impeçam os utilizadores de mudarem para outros serviços). Seguindo esta linha de pensamento, a autoridade nacional da concorrência não devia ter aplicado as regras de concorrência, nem devia ter equiparado uma alegada violação das disposições em matéria de proteção de dados com um abuso de posição dominante<sup>86</sup>.

Outros autores partilham uma perspetiva diferente e apoiam a avaliação feita por Andreas Mundt, o presidente do Bundeskartellamt. Argumentam, por um lado, que o direito da concorrência tem múltiplos objetivos,

---

<sup>82</sup> Caso Facebook. cit. Dito de outro modo, a prática do Facebook é um abuso de exploração, pois os consumidores nunca aceitariam os termos do serviço se a empresa tivesse menor poder de mercado e os consumidores tivessem a possibilidade para recorrer a soluções alternativas.

<sup>83</sup> Cf. Pablo, 2016.

<sup>84</sup> Cf. por exemplo acórdão de 23 de novembro de 2006, Asnef-Equifax, C-238/05, ECLI:EU:C:2006:734, n.º 63: “any possible issues relating to the sensitivity of personal data are not, as such, matters of competition law”.

<sup>85</sup> Segundo Pablo (2016), no caso Facebook está em causa um mercado gratuito e o teste SSNIP não é adequado. Claro que podemos sempre contra-argumentar que esses serviços não são gratuitos pois os dados pessoais são um ativo valioso.

<sup>86</sup> Cf. Pablo, 2016.

reconhecidos pelos Tratados e pela jurisprudência<sup>87</sup>, e que as preocupações em matéria de privacidade podem, por conseguinte, ser tidas em conta na apreciação dos casos de concorrência, designadamente naqueles que envolvam abusos de exploração<sup>88</sup>. Por outro lado, a inadequação dos instrumentos tradicionais a este tipo de casos poderá, eventualmente, ser superada com o aparecimento de novas soluções alternativas (já foi sugerida, por exemplo, a substituição do critério de preço, usado no teste SSNIP, por um padrão de qualidade)<sup>89</sup>.

Em síntese, a complexidade e a novidade destas questões no plano da concorrência aconselham alguma prudência nas soluções e remédios avançados.

#### 4. CONCLUSÃO

Sendo certo que o certo que o direito a concorrência não pode ser “tudo para todas as pessoas” e não pode ser uma “panaceia” para todas as preocupações políticas<sup>90</sup>, podemos afirmar que o direito da concorrência da União prossegue múltiplos objetivos. Verifica-se, ademais, uma certa “convergência” quanto à consideração da eficiência económica e proteção dos consumidores como os principais valores existentes neste domínio<sup>91</sup>. Sem prejuízo de outras finalidades poderem ser igualmente chamadas à colação pelas autoridades de defesa da concorrência, aquando da apreciação de um caso concreto. A liberdade económica das empresas, a garantia da igualdade de oportunidades, a concorrência leal e pelo mérito, a proteção do processo concorrencial no mercado interno e a defesa das pequenas e médias empresas são igualmente preocupações legítimas neste contexto. Conciliar, e eventualmente hierarquizar esses múltiplos objetivos, especialmente porque traduzem e refletem conceções e opções políticas muito diferentes, é, todavia, uma tarefa difícil. Acresce ainda alguma dificuldade na definição destes conceitos polissémicos, suscetível de comprometer a clareza e previsibilidade da normas jurídica envolvidas, características fundamentais para uma sua aplicação eficaz e simultaneamente

<sup>87</sup> Cf. por exemplo o Acórdão de 6 de Outubro de 2009, GlaxoSmithKline Services e o./Comissão e o., processos apensos Processos apensos C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P e C-519/06 P, referido *supra*.

<sup>88</sup> Cf. Claassen & Gerbrandy, 2016: 7.

<sup>89</sup> Uma solução sugerida por Gebicka & Heinemann (2014: 149-172) seria adaptar o teste SSNIP aos serviços gratuitos da internet. Neste plano a qualidade devia ser considerada em vez do preço.

<sup>90</sup> Ezrachi, 2007: 622-641.

<sup>91</sup> Há, ademais, uma certa uniformização da linguagem concorrencial. Cf. Pablo, 2017: 147-148.

respeitadora do princípio da segurança jurídica. Não será, todavia, a eficiência económica, enquanto objetivo e critério do direito da concorrência que poderá conferir especial estabilidade e previsibilidade às normas de defesa da concorrência<sup>92</sup>. Com efeito, e como bem sublinha Ariel Ezrachi<sup>93</sup>, a apresentação de objetivos económicos como neutros pode mesmo ser enganosa: “it propagates a mirage of objectivity, clarity and analytical superiority – traits that are not always present”<sup>94</sup>. Note-se que, com estas observações, não queremos desconsiderar ou substituir os objetivos económicos referidos, apenas gostaríamos de sublinhar que existem igualmente dificuldades na aplicação do critério da eficiência económica e que preocupações de equidade, para além dos casos já consagrados no Tratado (como é o caso dos preços e condições não equitativos referido no artigo 102.º do TFUE) ou na jurisprudência (como são os casos de concorrência pelo mérito), podem igualmente ter lugar no direito da concorrência. Sem qualquer intenção de tratar o tema de forma exaustiva, ou de identificar neste momento, e neste contexto, novos critérios operacionais, complementares dos existentes, gostaríamos apenas de chamar a atenção, neste breve apontamento, para a necessidade de o direito europeu da concorrência não ser alheio a preocupações de justiça distributiva.

---

92 Segundo Ezrachi (2007: 622-641), a visão “apelativa” de que a concorrência “is a stable predictable and economically-based antitrust discipline is merely an illusion”. Para Pablo (2017: 147-148) por seu turno, o critério da eficiência deve ser visto “as part of the economic starting point [rather] than as the discipline’s bottom-line or ultimate goal”.

93 Ezrachi, 2007: 622-641.

94 Como refere Ariel Ezrachi esta visão é divulgada “as reality, to support its legitimacy” [ignoring its] “sponge-like” characteristics of the law – its susceptibility to national peculiarities originating in its design and evident in its application and its exposure to intellectual and regulatory capture”. Cf. Ezrachi, 2017.

## BIBLIOGRAFIA

- AMATO, Giuliano  
1997 *Antitrust and the bounds of power the dilemma of liberal democracy in the history of the market*, Oxford: Hart Publishing
- AMATO, Giuliano & EHLERMANN, Claus-Dieter  
2007 *EC Competition Law. A Critical Assessment*, Oxford: Hart Publishing
- AREEDA, Philip & TURNER, Donald F.  
1980 *Antitrust Law*, vol. 21
- ATKINSON, Anthony B.  
2015 *Inequality: What Can Be Done?*, Cambridge: Harvard University Press
- BEHRENS, Peter  
2014 “*The ‘Consumer Choice’ Paradigm in German Ordoliberalism and its Impact upon EU Competition Law*”, Europa-Kolleg Hamburg, Institute for European Integration, Discussion Paper, n.º 1/14, pp. 1-38
- BORK, R  
1978 *The Antitrust Paradox: A Policy at War With Itself*, New York: Basic Books
- BRODLEY, Joseph F.  
1987 “The Economic Goals of Antitrust: Efficiency, Consumer Welfare, and Technological Progress”, in New York University Law Review, n.º 62, pp. 1020-1053
- CLAASSEN, Rutger & GERBRANDY, Anna  
2016 “Rethinking European Competition Law: From a Consumer Welfare to a Capability Approach”, in *Utrecht Law Review*, vol. 12, Issue 1, pp. 4-5.
- COMISSÃO EUROPEIA  
2017 *European Commission Report on Competition Policy 2016*, COM(2017) 285 final, de 31.05.2017.
- DOLMANS, Maurits & LIN, Wanjie  
2017 “Fairness and competition law: a fairness paradox”, in *Concurrences*, Nov. 2017-4, p. 1.
- EZRACHI, Ariel  
2007 “Merger Control and Cross Border Transactions – A Pragmatic View on Cooperation, Convergence and What’s in Between”, in Philip Marsden (ed.), *Handbook on Trans-Atlantic Antitrust*, UK: Edward Elgar Publishing, pp. 622–641
- 2016 “Sponge”, in *Journal of Antitrust Enforcement*, Vol.5, Issue 1, April 2017, pp. 49-75, disponível em <https://academic.oup.com/antitrust/article/5/1/49/2525569>,

SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2572028> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2572028>.

- Fox, Eleanor
- 2016 “Competition policy: the comparative advantage of developing countries”, in *Law and Contemporary problems*, vol. 79, pp. 69-85 (disponível em <https://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol79/iss4/3>)
- 2018 “Antitrust and the pulls of populism”, in Fordham Competition Law Institute, *The 45th Annual Conference on International Antitrust Law and Policy*, setembro 2018, p. 19
- Fox, Eleanor M. & GERADIN, Damien
- 2017 *EU Competition Law – Cases, Text and Content*, UK: Edward Elgar Publishing
- FURMAN, J. & STIGLITZ, J. E.
- 2002 “U.S. versus Microsoft, Declaration as Part of The Tunney Act Proceeding”, *Computer & Communications Industry Association*, Jan. 28, Disponível em [http://www.sbgc.com/Papers/tunney\\_jesjf.pdf](http://www.sbgc.com/Papers/tunney_jesjf.pdf)
- GAL, Michal
- 2017 “The Social Contract at the Basis of Competition Law: Should we Recalibrate Competition Law to Limit Inequality?”, in Ioannis Lianos & D. Gerard (eds.), *Competition Policy: between Equity and Efficiency*, Cambridge: Cambridge University Press, disponível em [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3014354](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3014354)
- 2018 “The Social Contract at the Basis of Competition Law: Should we Recalibrate Competition Law to Limit Inequality?”, in *Fordham Competition Law Institute, 45th Annual Conference, on International Antitrust Law and Policy*, setembro 2018, pp. 7.
- GEBICKA, Aleksandra & HEINEMANN, Andreas
- 2014 “*Social Media & Competition Law*”, in *World Competition*, vol. 37, Issue 2, pp. 149-172
- GERADIN, Damien
- 2018 “Fairness in EU Competition Policy: Significance and Implications”, in *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 9, n.º 4, pp. 211
- Hicks, John
- 1939 “The foundations of Welfare Economics” in *The Economic Journal*, vol. 49, n.º 196, pp. 696-712

- HOVENKAMP, H.
- 2018 "Is Antitrust's Consumer Welfare Principle Imperiled", in *Fordham Competition Law Institute, 45th Annual Conference, on International Antitrust Law and Policy*, setembro 2018, p. 47
- JONES, alison & SUFRIN, brenda
- 2016 *EU Competition Law – Texts Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press
- KAHN, Lina
- 2018 "The New Brandeis Movement: America's Antimonopoly Debate", in *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 9, n.º 3, pp. 3
- KALDOR, Nicholas
- 1939 "Welfare propositions in Economics and interpersonal comparisons of utility", in *The Economic Journal*, vol. 49, n.º 195, pp. 549-552
- KAPLOW, Louis & SHAVELL, Steven
- 2011 "Fairness Versus Welfare", in *Harvard Law Review*, vol. 114, pp. 961-1388
- KERBER, Wolfgang & HARTING, Sandra
- 2001 "The Rise and Fall of the German Miracle", in *Critical Review*, vol. 13, pp. 337-358, disponível em <https://ssrn.com/abstract=1081628>
- LAITENBERGER, Johannes
- 2017 *EU competition law in innovation and digital markets: fairness and the consumer welfare perspective*, in evento MLex/Hogan Lovells, Bruxelas, 10 de outubro 2017
- LIANOS, Ioannis
- 2013a "Some reflections on the question of the goals of EU Competition Law", in Ioannis Lianos, Damien Geradin & Edward Elgar (eds.) *Handbook on European Competition Law Substantive Aspects*, UK: Edward Elgar Publishing, 1-84, p. 3
- 2013b "Some reflections on the questions of the goals of EU Competiton Law", Centre for law, Economics and Society, CLES Working Paper Series, 3/2013, janeiro 2013, p. 1
- MOURA E SILVA, Miguel
- 2018 *Direito da Concorrência*, Coimbra: Almedina
- NAZZINI, R.
- 2011 *The Foundations of European Union Competition Law: The objectives and principles of Article 102*, Oxford: Oxford University Press
- NOZICK, Robert
- 2011 *Anarquia, Estado e Utopia*, Brasil: VMF Martins Fontes

OCDE

- 2012 *Procedural Transparency and Fairness*, Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico, disponível em <http://www.oecd.org/daf/competition/mergers/50235955.pdf> (consultado em 2.3.2018).

ORBACH, Barak Y.

- 2010 “The Antitrust Consumer Welfare Paradox”, in *Journal of Competition Law & Economics*, vol. 7, n.º 1, pp. 133

PABLO, Alfonso Lamadrid De

- 2016 *Facebook, Privacy and Article 102 – a first comment on the Bundeskartellamt’s investigation*, disponível em <https://chillingcompetition.com/2016/03/02/facebook-privacy-and-article-102-a-first-comment-on-the-bundeskartellamts-investigation/> (consultado em 10.5.2018).

- 2017 “Competition law as Fairness”, in *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 8, Issue 3, pp. 147–148

PAIS, Sofia Oliveira

- 2011a *Entre Inovação e Concorrência – Em defesa de um modelo europeu*, Universidade Católica Editora

- 2011b “O critério do bem-estar dos consumidores no contexto da renovação do direito comunitário da concorrência”, in Assunção Cristas, Marta Tavares de Almeida, José Lebre de Freitas, Rui Pinto Duarte (org.), *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, vol. I, Coimbra: Almedina, pp. 587-627

- 2017 “The *Huawei* Case and Its Aftermath: a New Test for a New Type of Abuse”, *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, vol. 2017, 10 (16), pp. 11

PARETO, Vilfredo

- 1971 *Manual of Political Economy*, London: Augustus M. Kelley Publishers

RAWLS, J.

- 1999 *A Theory of Justice (Revised Edition)*, Cambridge: Harvard University Press, pp. 63-73

SAUTER, Wolf

- 2016 *Coherence in EU Competition Law*, Oxford: Oxford Studies in European Law

SEN, Amartya

- 1995 *Inequality reexamined*, Cambridge: Harvard University Press

- 1999 *Commodities and capabilities*, India: Oxford University Press India Paperbacks,

- 2011      *The Idea of Justice*, Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, (Reprint edition)
- SHAPIRO, Carl  
2017      “Antitrust in a time of populism”, disponível em <http://faculty.haas.berkeley.edu/shapiro/antitrustpopulism.pdf>
- STIGLITZ, J.e.  
2002      “Information and the Change in the Paradigm in Economics”, in *American Economic Review*, 92(3), pp. 460-501
- TREBILCOCK, Michael & DUCCI, Francesco  
2017      “The Multifaceted Nature of Fairness in Competition Policy”, in *Competition Policy International*, disponível em <https://www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2017/10/CPI-Trebilcock-Ducci.pdf>
- UNCTAD – United Nations Conference on Trade and Development  
2015      The role of competition policy in promoting sustainable and inclusive growth, TD/RBP/CONF.8/6, disponível em [http://unctad.org/meetings/en/SessionalDocuments/tdrbpconf8d6\\_en.pdf](http://unctad.org/meetings/en/SessionalDocuments/tdrbpconf8d6_en.pdf)

# DOSSIER COMEMORATIVO

*15.º aniversário da Autoridade da Concorrência*



## PORUGAL PRECISA DE UMA POLÍTICA DE CONCORRÊNCIA MAIS ATIVA / PORTUGAL NEEDS TO BE MORE ACTIVE IN COMPETITION POLICY

*Abel Mateus\**

A Autoridade da Concorrência (AdC) iniciou a sua atividade a 3 de março de 2003, sucedendo a uma direção-geral, como um regulador independente, responsável pela aplicação da Lei da Concorrência e pela promoção da política da concorrência. Ao contrário de países como os Estados Unidos da América (EUA) ou Reino Unido (RU), pode dizer-se que em Portugal a política da concorrência nasceu por exigência da nossa participação nas Comunidades Europeias. Poderíamos ir mais longe e afirmar que a política da concorrência nunca esteve no ADN da governação em Portugal.

*In March 2003, the Portuguese Competition Authority (Autoridade da Concorrência – AdC) replaced its predecessor, the General Directorate-General for Competition, and took on its role as an independent regulator responsible for applying competition law and promoting a competition policy. Unlike the USA or the UK, we can say that competition policy exists in Portugal due to our EU membership. One may even go further and say that competition policy has never been in our rulers' DNA.*

*One of the best examples of the conflict between the different competition policy perspectives in Portugal lies in the energy sector. In 2003, the Portuguese*

---

\* Primeiro Presidente da Autoridade da Concorrência. / First President of the AdC.

Um dos casos que melhor ilustra as tensões entre as diferentes perspetivas da política da concorrência é o do setor energético. Em 2003 o Governo propôs a formação de uma grande empresa de energia pela fusão entre EDP e GDP, subsidiária da Galp para o gás natural. Esta operação foi rejeitada pela Comissão Europeia, a 8/12/2004, apesar dos remédios oferecidos, com base no poder que daria à EDP de subir o preço ou recusar fornecer gás às centrais de cogeração de concorrentes. A visão da AdC, apoiada em estudos da Universidade de Cambridge, era a de que fossem dadas algumas concessões à EDP no gás e à Galp na eletricidade para se criarem duas empresas concorrentes na energia e que a REN adquirisse a rede de gás de elevada pressão e do terminal de LNG (gás natural liquefeito). Para reduzir a posição dominante da EDP na produção, os novos licenciamentos de centrais elétricas deveriam ser atribuídos às concorrentes, o regulador obrigaría a empresa a fazer leilões de capacidade, e uma ou duas das redes de distribuição local seriam arrendadas a outras empresas para permitir o benchmarking da sua eficiência. Outra área importante era aumentar significativamente as interligações entre Portugal, Espanha (Mibel) e França, questão que quase 15 anos depois ainda continua na mesa das negociações. O Governo não seguiu

*State proposed the merger between EDP (electricity company) and GDP (gas company subsidiary of Galp). The European Commission decided to prohibit the proposed merger as EDP would have the power to apply higher prices and the foreclosure the supply of natural gas to competing cogeneration plants. Based on studies made by the University of Cambridge, the AdC recommended that concessions were granted to EDP for gas and to Galp for electricity so that the two could compete for energy, and that REN (national electricity network) would buy the high-pressure gas network of the LNG terminal. In order for EDP not to strengthen its dominant position in the production of electricity, new power plant licenses would have to be attributed to its competitors, the regulator would have to require EDP to carry out capacity auctions, and one or two of the local distribution networks would have to be leased to other competitors to benchmark their efficiency. It would also be important to increase the number of interconnections with Spain (through the Iberian Electricity Market – MIBEL) and France, but this matter is still on the negotiating table after 15 years. The State also failed to adopt the recommendations of the AdC urging the review of the stranded cost compensation mechanism, the so called Costs of Maintenance of Contractual Equilibrium “CMEC” mechanism, and*

as recomendações da AdC no que respeita à substituição dos contratos de aquisição de energia (pelos CMEC) e introdução de maior concorrência pelo menos na produção. Como sabemos, deu prioridade às eólicas, garantindo aos produtores preços de pelo menos o dobro do custo marginal de produção de electricidade, mantendo os preços da energia a nível elevado.

Esta operação, embora apresentada em 2003, surgia na continuação das políticas de vários governos de privilegiar a formação de campeões nacionais. Porém, esta ideia enfermava de quatro erros de base. Primeiro, assentar a estratégia industrial em campeões nacionais devido à dificuldade de prever o seu êxito e distorções que gera na economia. Segundo, não fazer sentido singularizar um campeão nacional num setor de bens não transacionáveis, porque o seu mercado natural é apenas o doméstico. Terceiro, a energia não ser um setor de vantagem geoestratégica por não existir um fator específico que o distinga na economia portuguesa, como, por exemplo, ter poços de petróleo. E quarto, e mais grave, a expansão internacional requer que a empresa gere um elevado excedente no mercado nacional, e isso só é possível à custa de preços acima do custo marginal, prejudicando os consumidores e comprometendo a competitividade das empresas que

*instilling competition in production at least. As we know, the State gave priority to wind energy and ensured producers they would be able to charge prices at least twice as high as the marginal cost of producing electricity, which kept the prices at a high level.*

*Although this merger was only proposed in 2003, it derived from the policies of previous governments to favour national champions. However, there are four flaws in this policy orientation. The first is to build an industrial strategy based on national champions due to difficulty in predicting their success and the resulting distortions within the economy. Secondly, it makes no sense to single out a national champion in a non-tradable goods sector as its natural market lies only in the national market. The third aspect concerns the fact that there is no geostrategic advantage in the energy sector because there is no Portuguese-specific factor, such as the existence of oil wells. The last and most serious aspect is that the expansion to international markets requires the supplier to produce a large surplus in the national market which may only be achieved through prices above the marginal cost. This harms consumers and undermines the competitiveness of the companies that depend on the supplier. And these mistakes would come at a high price. In a decade where globalisation took the industry to the Chinese and Eastern*

usam os seus serviços. E os erros desta política iriam pagar-se bem caros. Numa década em que se intensificava a globalização, com a deslocação da indústria, em geral, para a China e da indústria automóvel para a Europa do Leste, era necessário adotar políticas que travassem este processo. Porém, as grandes preocupações dos nossos governos foram a Expo, os estádios e os negócios dos não transacionáveis. A evidência estatística é contundente. O défice da balança corrente passou de 3% do PIB em 1995 para 10% em 2001 e não mais se recomporia até ao programa de ajustamento de 2011. Se contabilizássemos as parcerias público – privadas (PPP), os défices das empresas públicas e não tivesse havido privatizações e nacionalização dos fundos de pensões, a dívida já rondaria os 90% do PIB em 2005 contra os 60% de 1995! A subalternização da política da concorrência e a perda de competitividade da economia desde 1995 teriam fortes impactos na crise de 2011.

Melhor acolhimento teve a recomendação das farmácias e de reformas nos mercados públicos de medicamentos que gerou uma redução dos custos de 20%: área em que houve maior aumento de eficiência dos serviços de Saúde. A outra intervenção da AdC diz respeito ao mercado das telecomunicações. Vários estudos internos e da Universidade de Nova Iorque recomendavam

*European markets, it was necessary to stop this process with new policies. But our governments were more concerned with the 1998 Lisbon World Exposition, football stadiums and deals with non-tradable goods. The statistical evidence is overwhelming. The current account deficit increased from 3% of GDP in 1995 to 10% of GDP in 2001, and it was not until the 2011 reform that we saw some improvements in reversing the situation. If we put together public-private partnerships, the losses of state-owned companies and if there were no private or governmental ownership over pension funds, the country's debt would have been 90% of GDP in 2005 compared to 60% in 1995! The subordination of Competition Policy and the economy's loss of competitiveness since 1995 would have a serious impact on the 2011 economic crisis.*

*The AdC's recommendation related to pharmacies and the reforms of public tenders for medicines was more well received, and generated a 20% cost reduction, which accounts for the largest efficiency increase in health services. The AdC also issued a recommendation concerning the telecommunications sector. Several studies conducted by both the AdC and by the New York University found that separating the copper and cable networks was a key precondition for increasing competitiveness within the sector. The AdC thus recommended*

a separação das redes de cobre e de cabo, pré-condição fundamental para aumentar a concorrência no setor. Esta recomendação viria a ser implementada pela Portugal Telecom (PT) que realizou o spin-off da rede de cabo para a Zon (depois reforçada com a fusão da Sonaecom). Hoje temos três grandes empresas a concorrer no triple e quadri-play das telecomunicações, com claros benefícios para os consumidores, o que não teria sido possível, se não se separassem as duas redes. Uma questão interessante para a investigação académica é o que teria acontecido em Portugal se a oferta pública de aquisição (OPA) da Sonae sobre a PT em 2006, aprovada pela AdC, tivesse tido êxito.

Voltemo-nos para a aplicação da Lei da Concorrência, em que um dos principais objetivos é combater os cartéis e acordos entre empresas que possam prejudicar os consumidores. O caso mais mediático da AdC foi o cartel de multinacionais farmacêuticas que durante vários anos se conluiaram para fazer subir os preços de produtos para diabéticos. Este é um dos inúmeros casos de cartéis no fornecimento de serviços e produtos, que em vários países da União Europeia (UE) e em Portugal têm prejudicado os contribuintes que também são consumidores. O problema na deteção de cartéis é que são secretos, pelo que são necessários meios de investigação e prova que exigem

*such action. PT (Portuguese telecom operator) adopted the recommendation and spun-off the cable business into Zon (which grew stronger with the merger with Sonaecom). Today we have three large competitors offering triple and quad-play telecom services, which is clearly beneficial for consumers, and would not have been possible without the spin-off. It would be interesting for academic purposes to study what would be the outcome of Sonae's takeover bid on PT in 2006, which was cleared by the AdC, if it had been successful.*

*Let us now focus on the enforcement of Competition Law, which was mainly designed to sanction cartels and prohibited agreements that may harm consumers. The most high-profile cartel case the AdC decided relates to long-lasting agreement between pharmaceutical multinationals to increase the price of diabetic products. This is only one among many cases of cartels related to product and services supply that have been most harmful for taxpayers, which are consumers per se, throughout Europe and Portugal. The problem with cartels is their secret nature, which makes it harder to detect them and thus necessary to investigate them in close co-operation with enforcement authorities and courts.*

*However, if we prohibit a cartel, the companies may still merge or acquire assets to take over the market, and that*

cooperação estreita com as autoridades judiciais e tribunais.

Mas se proibirmos um cartel as empresas podem fundir-se ou fazer aquisições para monopolizar os mercado; por isso é necessário controlar as fusões e aquisições. Apesar da aprovação de cerca de três centenas de fusões e aquisições, a AdC opôs-se (a primeira vez que acontecia entre nós) a três operações, entre as quais a formação de um quase monopólio na travessia da Ponte 25 de Abril por transportes públicos. Outra operação foi a da fusão de concessionárias das autoestradas que ligavam Lisboa e Porto. O Governo reverteu esta decisão, poder que ainda tem e que seria importante revisitar.

O segundo objetivo é o combate aos abusos de posição dominante que fecham o mercado à concorrência ou sobem artificialmente os custos para as concorrentes. Houve mais de duas dezenas de queixas contra a PT por recusa ou dificuldade de acesso à rede de telecomunicações, que deram origem a vários processos. Estes casos são mais complexos e acabariam por não ser reconhecidos pelo Tribunal do Comércio. As decisões judiciais em matéria de concorrência melhorariam muito, se tomassem em maior consideração a jurisprudência comunitária e o possível recurso prévio para o Tribunal Europeu em caso de dúvidas.

A principal lição que retiramos desta breve análise é a importância

*is why we have to analyse mergers and acquisitions. Although the AdC cleared approximately 300 mergers and acquisitions, it opposed the implementation of three others (for the first time), among them a quasi-monopoly over the crossing of the 25<sup>th</sup> April Bridge by public transport. Another important case was the merger between motorway operators which connect Lisbon and Porto. The government reversed the decision of the AdC, a power that is still, and would be important, to be revisited.*

*The second purpose of Competition Law is to punish those who abuse their dominant position, foreclosing the market and artificially increasing the costs for competitors. The AdC received more than 20 complaints against PT for refusing or hindering access to the telecommunications network, many of which were subsequently investigated. These proceedings were more complex and the Lisbon Commercial Court would end up not deciding in our favour. Judicial review in competition matters would be much improved if the courts took European case-law and the possibility of lodging a preliminary ruling request with Court of Justice of the European Union into better account.*

*The main conclusion we can draw from this analysis is how important the regulator's independence is: how could the Government make*

da independência do regulador: como é que o Governo poderia fazer recomendações a si próprio? Como se podem distinguir os interesses estruturais dos consumidores do interesse eleitoral de curto prazo de um governo?

A promoção da concorrência é essencial para o funcionamento eficiente da economia de mercado e para a inovação e crescimento. Fez-se um esforço hercúleo para conseguir construir um regulador que, logo no terceiro ano, alcançou o rating semelhante a autoridades que já existiam há décadas (como o Japão), inserindo-se nas redes internacionais de cooperação e assumindo a presidência dos reguladores da UE, que incluía a própria Comissão. Os resultados que a AdC conseguiu no primeiro mandato devem-se sobretudo ao corpo de economistas e juristas de elevada competência que conseguiu atrair e à dedicação total do seu conselho ao serviço público e bem-estar dos consumidores.

*recommendations to itself? How can we set structural consumer interests apart from a government's short-term electoral interests?*

*Promoting competition is essential for the efficient functioning of the market economy, innovation and growth. It has been a great endeavour for Portugal to succeed in establishing a regulator that achieved in its third year of existence a rating similar to that of other authorities which had already existed for decades (such as the Japan Fair Trade Commission). We further take part on international cooperation networks, and our nationals even took the presidency of EU regulators, including the European Commission. The results achieved by the AdC on its first mandate draw mainly from the efforts of the high-skilled economists and lawyers it managed to bring into its ranks, and from the full commitment of its Board of Administration to defend public service and consumer welfare.*



## CONCORRÊNCIA: UM VALOR, UMA LEI, UMA INSTITUIÇÃO, UMA PRAXIS / COMPETITION: A VALUE, A LAW, AN INSTITUTION, A PRAXIS

*Manuel Sebastião\**

Faz todo o sentido assinalar os 15 anos da Autoridade da Concorrência (AdC) com um conjunto de iniciativas que têm por objetivo divulgar as diversas vertentes da concorrência junto de um público tão vasto quanto possível. Relevaria quatro dessas vertentes: um *valor* que transcende a esfera económica; uma *lei* que consagra um conjunto de normas jurídicas de um estado de direito, de que a concorrência constitui um pressuposto importante; uma *instituição* que assegura, enquanto entidade reguladora independente, a autoridade desse estado de direito em matérias

*It makes sense to mark the 15 years of the Portuguese Competition Authority (PCA) with a set of initiatives aimed at disseminating the various strands of competition to the general public. I would highlight four of these strands: a value that transcends the economic sphere; a law enshrining the rule of law in matters of competition; an institution in the format of an independent regulatory authority that ensures compliance with competition law, rules and regulations; and a praxis that aims at the advocacy and enforcement of competition, which is so fundamental for business innovation and competitiveness.*

---

\* Presidente da Autoridade da Concorrência, Março 2008 – Setembro 2013, cujo conselho de três membros teve como vogais Jaime Andrez e João Espírito Santo Noronha. / President of the Portuguese Competition Authority, March 2008 – September 2013. In addition to the president, there were two other Board members, Messrs. Jaime Andrez and João Espírito Santo Noronha.

de concorrência; e uma *praxis* que visa a promoção e defesa da concorrência, tão fundamental para a inovação e competitividade das empresas.

### **Um valor**

A concorrência é um valor fundamental da civilização ocidental, muito para além de ser o paradigma de referência das suas economias de mercado. O facto de os países ocidentais terem atuado de forma descentralizada entre si e, desde a Renascença, terem progressivamente evoluído no sentido da separação entre estado e religião, do estabelecimento do estado de direito, do reconhecimento da iniciativa privada e do direito de propriedade, e da consagração da liberdade de expressão e de pensamento científico, criou raízes concorrenenciais, que de forma capilar, tanto têm contribuído para o progresso das sociedades mais avançadas e para o bem-estar dos seus cidadãos.

Desta forma, a concorrência é um valor que se traduz num *bem comum* de qualquer sociedade moderna e num *bem público* de qualquer economia de mercado. E expressa-se através de uma cultura de concorrência, cujo objetivo, em termos económicos, é a promoção e defesa de mercados mais concorrenenciais e benefícios mais tangíveis para os consumidores.

### *A value*

*Competition is a fundamental value of Western civilization, far beyond being the benchmark of its market economies. The fact that European countries have acted in a decentralized way among themselves and, since the Renaissance, have progressively evolved toward separation of church and state, establishment of the rule of law, recognition of private initiative and property rights, and consecration of freedom of expression and of scientific thought, has launched the competition roots that have contributed so much to the progress of more advanced societies and to the welfare of its citizens.*

*In this way, competition is a value that translates into a common good of any modern society and a public good of any market economy. It is expressed through a competition culture whose goal, in economic terms, is the advocacy and enforcement of ever more competitive markets with more tangible benefits for consumers.*

### *A law*

*In terms of the legal framework, competition has to comply with the national legal system in parallel with European Union competition law, rules, and regulations. Both are under the jurisprudence of the competent national and*

### **Uma lei**

Em matéria de lei, a concorrência traduz-se num normativo jurídico nacional articulado com direito de concorrência da União Europeia. Qualquer destes ordenamentos jurídicos tem como cúpula os tribunais competentes, nacionais e europeus, com o primado do direito europeu sobre o direito nacional.

É um direito com particularidades próprias, nomeadamente as que se referem de seguida. Há uma matéria em que a competência é da exclusiva responsabilidade da Comissão Europeia: ajudas de Estado. Há uma matéria em que o governo pode ultrapassar um “não” da AdC. É o caso de uma operação de concentração de empresas, em que o governo entenda que há interesses nacionais, que não os de concorrência, que sejam melhor servidos por essa concentração. O mesmo acontece em países como a França ou a Alemanha. E em certas sociedades, como a portuguesa, há valores considerados mais altos do que a concorrência, como a salvaguarda da diversidade de opiniões na comunicação social, em que um “não” do regulador setorial a uma concentração de empresas de comunicação, não pode ser ultrapassado, nem pela AdC, nem pelo governo.

Em síntese, Portugal está bem servido, (*i*) a nível nacional, com a sua atual lei da concorrência, Lei n.º 19/2012 de 8 de maio, e o restante

*European courts, with the primacy of European law over national law.*

*The competition legal framework has its own features, of which the following three are worth noting. There is one area whose sole responsibility is of the European Commission: State aid. There is another area according to which the government may overrule a “no” by the PCA. This is the case of a merger, in which the government decides that there are national interests, not those of competition, that are best served by such a merger. The same happens in countries like France or Germany. In certain societies, such as the Portuguese, there are values considered higher than the competition, such as the safeguard of the diversity of opinions in the media, in which a “no” from the media regulator to a merger in the media sector is final and cannot be overruled by either the PCA or the government.*

*In sum, Portugal is well served (*i*) at the national level, by its current competition law, Law No 19/2012 of 8 May, and the other legal and institutional competition apparatuses, and (*ii*) at the European Union level, by Articles 101 and 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union and other European Union competition legal dispositions and jurisprudence.*

dispositivo jurídico e institucional de concorrência, e (ii) a nível europeu, com os artigos 101 e 102 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia e a restante legislação e jurisprudência europeias em matéria de concorrência.

### **Uma instituição**

A promoção e defesa da concorrência em Portugal está confiada à AdC, que, enquanto regulador independente, tem de ser, não apenas uma boa instituição portuguesa, mas igualmente uma boa instituição europeia.

De facto, a AdC faz parte do Sistema Europeu de Concorrência, que funciona com base no quadro institucional da Rede Europeia de Concorrência (*European Competition Network*), da qual são membros a Comissão Europeia e as autoridades de concorrência nacionais. E existe, nesse âmbito e em outras instâncias, uma interação muito intensa entre a Comissão Europeia e as autoridades de concorrência nacionais, a nível multilateral e bilateral. Por isso, o trabalho da AdC tem de estar bem inserido no contexto europeu e os *benchmarks* do seu desempenho têm de ser nacionais, europeus e internacionais.

A AdC está ainda unicamente posicionada para contribuir para um dos grandes desígnios nacionais: o interface com os países de língua portuguesa, no que se refere à promoção e defesa da concorrência.

### ***An institution***

*Competition advocacy and enforcement in Portugal is entrusted to the PCA, which, as an independent regulator, has to be not only a good Portuguese institution but also a good European institution.*

*The PCA is part of the European competition system, which operates on the basis of the institutional framework of the European Competition Network. The European Commission and national competition authorities are members of this network, in which they interact actively on a multilateral and/or bilateral basis. Therefore, the work of the PCA has to be well inserted into the European context and the benchmarks of its performance must be national, European, and international.*

*The PCA is uniquely placed to contribute to one of the great national goals: the interface with the Portuguese-speaking countries with regard to competition advocacy and enforcement. The PCA is in fact a founding member of the Lusophone Competition Network.*

*In sum, the PCA will become an ever more effective institution if, with the accumulation of experienced knowledge, it is able to continue to imprint a decisive mark and greater regulatory certainty in its investigations,*

A AdC é, aliás, membro fundador da Rede Lusófona da Concorrência.

Em síntese, a AdC será uma instituição cada vez mais efetiva se, com o acumular de *conhecimentos de experiência feitos*, conseguir continuar a imprimir uma marca decisiva e uma maior certeza regulatória nas suas análises, investigações, interfaces com os *stakeholders*, decisões processuais e não processuais e defesa em tribunal das decisões objeto de recurso, tudo fruto do seu capital humano, organização interna e financiamento compatível. Desta forma, cumprirá bem o seu lema: servir a concorrência.

### **Uma praxis**

A promoção e defesa da concorrência é um serviço público que se afirma pelo seu profissionalismo, competência, isenção, independência e tempestividade. E o interesse público, na concorrência como em outros assuntos relevantes da sociedade, exige um constante trabalho jurídico e económico, feito com integridade intelectual, rigor analítico e respeito pela evidência empírica.

Na defesa da concorrência, a AdC atua com base nas suas *prioridades* e nos seus poderes de sancionamento, de supervisão e de regulação, através de *processos* de contraordenação e de controlo prévio de concentrações, de forma coerciva e/ou sancionatória. Por isso, a dissuasão resultante da atividade processual é fundamental no

*interface with stakeholders, with decisions, and with the defense of these decisions in court in the event they are appealed. This has to be the result of its human capital, institution building, and adequate financing. In this way, it will fulfill its motto: to serve competition.*

### *A praxis*

*Competition advocacy and enforcement is a public service that is affirmed by its professionalism, competence, exemption, independence, and timing. In competition, as in other relevant issues of society, the public interest requires constant legal and economic expertise work carried out with intellectual integrity, analytical rigor, and respect for empirical evidence.*

*In competition enforcement, the PCA acts based on the priorities set for the year and its sanctioning, supervisory, and regulatory powers, through antitrust and prior-notification merger proceedings, in a coercive and/or sanctioning manner. Therefore, the deterrence resulting from its antitrust and merger control proceedings is fundamental for its success.*

*In competition advocacy, the PCA disseminates its work and investigates issues that may affect the competitive functioning of the markets even if*

dispositivo de defesa da concorrência.

Na promoção da concorrência, a AdC divulga o seu trabalho e as suas mensagens e identifica e analisa questões que, não sendo à partida infrações à lei da concorrência, podem, no entanto, afetar o funcionamento concorrencial dos mercados. Aqui, a atuação é indireta, não coerciva, através de análises jurídicas, estudos de mercado e recomendações fundamentadas. No caso de políticas ou entidades públicas, a adoção de recomendações da AdC não depende desta, mas de decisões legislativas ou governamentais.

No meu mandato, destacaria sobre tudo cinco desempenhos: (i) uma atuação processual cujo escrutínio e comparações, no tempo e no espaço, dispensam juízos em causa própria; (ii) o esclarecimento do funcionamento do mercado dos combustíveis líquidos, na sequência da subida explosiva dos preços internacionais em 2008; (iii) a consolidação institucional da AdC, que a dotou de uma melhor capacidade de atuação; (iv) o projeto da atual Lei da Concorrência, em que a iniciativa, conceção e elaboração ficaram a dever-se exclusivamente ao conselho e quadros da AdC; e (v) as 26 audições parlamentares em 5 anos e meio, número sem precedentes até então ao nível de qualquer regulador, que permitiram a prestação de contas, devidamente documentada e em sede própria, de toda a atuação processual e não processual da AdC.

*they are not in breach of competition law. Here, the action is indirect, not coercive, and operates through legal analysis, market studies, and sound recommendations. In the case of public policies or entities, adoption of the PCA recommendations does depend on the enactment of legislative and/or governmental decisions.*

*In my mandate, I would highlight five PCA developments: (i) the performance in antitrust and merger control proceedings whose scrutiny and comparisons, in time and space, dispense judgments on their own; (ii) the analysis and monitoring of the functioning of the liquid fuels market following the explosive rise in international prices in 2008; (iii) the institution-building, which provided a better capacity for the PCA to act; (iv) the draft of the current Competition Law, whose initiative and design were due exclusively to the PCA board and staff members; and (v) the 26 parliamentary hearings over five and a half years, a number unprecedented up to that time by any regulator, which allowed for the accountability, duly documented, of all of the PCA activity.*

*In sum, competition must always be a praxis of outstanding public service, fostering and enforcing the common good, with full recourse to all legal,*

Em síntese, a concorrência tem de ser sempre uma *praxis* de excelente serviço público, de promoção e defesa de um bem comum, com recurso pleno a todo o dispositivo legal, institucional e humano capacitado para o efeito, em tempo oportuno, transparente, com conhecimento do funcionamento e da fronteira, nacional ou europeia, dos mercados, sem demagogias, nem populismos.

## Conclusão

Boas instituições e boas leis fazem um bom país. Por isso, é tão importante que estejam ancoradas em bons valores e que permitam boa praxis.

O objetivo é claro. Temos de continuar a fazer:

- da concorrência, um valor cada vez mais disseminado em Portugal;
- das normas jurídicas da concorrência, nacionais e europeias, pilares cada vez mais sólidos de um estado de direito, ancorado em pressupostos concorrenciais;
- da Autoridade da Concorrência, um regulador independente cada vez mais efetivo; e
- da promoção e defesa da concorrência, uma *praxis* que sirva cada vez melhor o país, em geral, e os seus consumidores, em particular.

Se assim o fizermos, a concorrência será, ainda mais, o paradigma do nosso futuro.

*institutional, and human resources enabled for this purpose, in a timely, transparent, and knowledgeable manner of the functioning and borders of national or European markets, without demagoguery or populism.*

## Conclusion

*Good institutions and good laws make a good country. That is why it is so important that they are anchored in good values and that they allow good praxis.*

*The goal is clear. We must continue advancing:*

- *Competition, as an increasingly widespread value in Portugal;*
- *National and European competition law, rules, and regulations, as ever more solid pillars of the rule of law, anchored in competition principles;*
- *The Portuguese Competition Authority, as an ever more effective independent regulatory authority; and*
- *Competition advocacy and enforcement, as a praxis that tirelessly and increasingly serves the country and its consumers.*

*If we do so, competition will stand out even more as the paradigm of our future.*



## **COM CONCORRÊNCIA TODOS GANHAMOS / WITH COMPETITION, EVERYBODY WINS**

*António Ferreira Gomes\**

A concorrência é fundamental para o bom funcionamento da economia. Portugal fez já um enorme progresso de abertura da economia, de redução da proteção a certos sectores de atividade, mas há ainda muito por fazer na mudança de mentalidades e comportamentos para o estabelecimento de uma verdadeira cultura de concorrência.

Quinze anos após a instituição da Autoridade da Concorrência (AdC) e quase 35 após a primeira lei da concorrência, apesar do extraordinário progresso no domínio da concorrência, há ainda muito por fazer no

*15 years after the establishment of the Portuguese Competition Authority (Autoridade da Concorrência – AdC) and almost 35 years after the first Competition Act, there is still much to do to change our country's mindset and behaviour to really implement a competition culture, although great progress has already been made.*

*The establishment of the AdC as an independent authority in 2003 endowed with powers extending across all the sectors of the economy, without exception, are the most defining moment for competition policy in Portugal. In this 15<sup>th</sup> anniversary, the AdC stands*

---

\* Presidente da Autoridade da Concorrência, Setembro 2013 – Novembro 2016. Atualmente Diretor da Divisão de Concorrência da OCDE. / President of the AdC from September 2013 to November 2016. Current Head of the Competition Division at the OECD.

estabelecimento de uma verdadeira cultura de concorrência em Portugal.

A criação da Autoridade da Concorrência em 2003, como entidade independente com competências transversais na economia, sem setores de exceção, é o momento mais marcante da política de concorrência em Portugal. Ao celebrar 15 anos, a AdC ombreia com as melhores autoridades de concorrência, sendo amplamente respeitada pelos seus pares. O primeiro mandato lançou uma instituição moderna, constituiu uma equipa dinâmica e preparada e afirmou a instituição pela sua independência destemida. Seguiu-se uma fase de consolidação institucional e de reforma do regime jurídico da concorrência. A nova Lei da Concorrência, de 2012, dotou a instituição de poderes de investigação e supervisão reforçados, numa altura em a concorrência era um elemento fundamental para ultrapassar a crise económica e financeira.

Assumi a liderança da instituição quando a AdC completava uma década e entrava no seu terceiro ciclo, com o desafio de assegurar uma promoção eficaz da concorrência para uma sólida recuperação económica.

Num contexto de descrédito nas instituições, garantir a confiança na AdC era fundamental. Confiança na sua independência, isenção e transparência. Mas igualmente na qualidade técnica das suas decisões, com

*alongside the best competition authorities, and is largely respected by its peers. The AdC began its first mandate as a modern institution well equipped with a dynamic and well prepared team and stood out for its audacious independence. After this initial years, the AdC went through an institutional consolidation along with the reform of the legal framework for competition. The new Competition Act approved in 2012 endowed the AdC with enhanced investigation and supervisory powers at a time when competition was an essential instrument to overcome the economic and financial crisis.*

*I took on the role as president when the AdC, after 10 years, entered a new and third cycle by facing the challenge of ensuring an effective promotion of competition for a strong economic recovery. In a time where institutions have lacked the trust of the population, it was essential to inspire confidence in the AdC, in its independence, impartiality, transparency, and on the technical quality of its decision-making, with due respect for the rights of defence and the appropriate internal checks and balances. It was important to bring about a turn in the trend of low success in the judicial review of our decisions, and to reduce litigation on procedural issues. As a result of this endeavour, the AdC benefited from the courts confirming*

respeito pelos direitos de defesa e devidos checks and balances internos. Era importante inverter a tendência anterior de uma baixa taxa de sucesso das decisões em tribunal e a redução de incidentes processuais. Este esforço traduziu-se na confirmação da qualidade das decisões da AdC, cujo escrutínio, em primeira instância, compete agora ao Tribunal de Concorrência, Regulação e Supervisão, criado em 2012.

Para reforço da capacidade de intervenção da AdC, reorganizou-se a instituição em 2013, com enfoque no combate aos cartéis e na avaliação de políticas públicas. Criou-se uma direcção-geral de investigação para uma atuação integrada e a unidade anticartel. Investiu-se na capacidade de deteção e investigação, formaram-se equipas em forensic IT com software adequado e reforçando a cooperação com congêneres internacionais e dinamizou-se o regime de clemência e a investigação ex officio para uma AdC mais atuante. Os novos Estatutos da AdC, aprovados em 2014, reforçaram a independência da instituição e permitiram melhorar o seu modelo de financiamento.

O equilíbrio entre aplicação estrita das regras da concorrência, com sanções dissuadoras, e a promoção da concorrência, tem norteado a AdC na sua segunda década. O primeiro passo para cumprir as regras da

*the quality of its decision-making now reviewed at first instance by the Competition, Regulation and Supervision Court, which was established in 2012.*

*In 2013 we went through structural changes to improve our investigative capabilities particularly in the detection of cartels and assessment of public policies. For that purpose, we created a general directorate of investigation and an anti-cartel unit. We provided our teams with specific training in adequate forensic IT tools and software for the detection and investigation of cartels. We also reinforced cooperation with international counterparts and boosted our leniency programme and ex officio investigations so that we could be more dynamic. With the new statutes approved in 2014, the AdC was given more independence and allowed to improve its financial model.*

*A solid enforcement of competition rules and the promotion of competition have been the main objectives of the AdC in its second decade. To comply with competition rules, the business community must know them, and while large companies are particularly well-informed and obliged to know these rules, SME's are not so familiar with this topic.*

*That is why the AdC took the campaign "Fair Play – With competition, everybody wins", all over the country to*

concorrência é conhecê-las. Se as grandes empresas estão particularmente bem assessoradas e têm obrigação de as conhecer, já as pequenas e médias empresas (PME) não têm o mesmo grau de familiariedade com as regras.

Em 2014, a AdC percorreu o país de norte a sul a explicar os benefícios e as regras da concorrência com a campanha Fair Play — Com concorrência todos ganhamos, para estar mais próxima do mercado e dos seus stakeholders. Outras campanhas se seguiram, acompanhadas de linhas de orientação ou guias de boas práticas.

A contratação pública foi definida como prioridade estratégica da AdC. A promoção da concorrência na contratação pública oferece importantes oportunidades de poupança para os contribuintes, permitindo libertar fundos para outros fins, como a Saúde, a Ciência ou a Educação. Em 2016, a AdC lançou a campanha de combate ao conluio que tem permitido sensibilizar centenas de responsáveis pela contratação pública em Portugal.

Os sectores regulados e as indústrias de rede, como a energia e as telecomunicações, têm merecido uma atenção constante pela AdC. Vários setores da economia portuguesa passaram por processos de liberalização e privatização, mas nem sempre se acautelou a concorrência

*explain the benefits of complying with competition rules and thus establish a closer relationship with stakeholders. We further developed other campaigns, and published guidelines and good practices guides.*

*Promoting competition in public procurement became the strategic priority of the AdC, as the funds saved by preventing harmful practices may be used for other purposes, such as health, science or education. In 2016, the AdC launched the Fighting Bid-rigging in Public Procurement campaign with the objective of raising awareness among hundreds of public procurement bodies in Portugal.*

*Regulated sectors and network industries have been given considerable attention by the AdC. Although liberalisation and privatisation processes were implemented in several sectors, competition and efficiency were not always considered, while favouring short-term profits for the State. In some contexts, the State still places dividends over efficiency or the improvement of market conditions for consumers.*

*One of the first interventions during my mandate as president of the AdC was the recommendation issued to the Government at the end of 2013 urging the review of the compensatory measures designated Costs of Maintenance of Contractual Equilibrium (CMEC)*

e a eficiência, antes se privilegiando o encaixe financeiro de curto prazo para o Estado. Permanecem situações em que o Estado continua a conduzir actividade económica privilegiando dividendos em detrimento de eficiência ou melhores condições para os consumidores.

Uma das primeiras intervenções no meu mandato foi a recomendação da AdC, em finais de 2013, de revisão do mecanismo CMEC atribuído à EDP que lhe permitia obter uma sobrecompensação, distorcendo a concorrência e lesando o interesse dos consumidores. A recomendação foi acolhida pelo Governo, desenrolando uma auditoria independente e introduzindo alterações no mercado secundário de energia em benefício dos consumidores.

Mas as recomendações da AdC nem sempre são acolhidas ou tardam a ser implementadas. No caso da EGF, na área da gestão de resíduos, por exemplo, teria sido preferível aproveitar a privatização para separar em blocos o conjunto das 11 concessões municipais e limitar o número de anos das concessões. No sector dos portos, a análise da AdC sugere que a dinamização e competitividade dos portos portugueses pressupõe uma mudança de paradigma: menor enfoque nos dividendos acumulados pelas administrações portuárias e maior atenção às condições que fomentem a utilização das

*compensation mechanism. The main point here was the fact that the main Portuguese energy provider, EDP, used the CMEC compensation mechanism to its advantage and obtained an over-compensation that restricted competition and harmed consumer interests. The Government adopted the recommendation by carrying out an independent audit and made changes to the secondary energy market for the benefit of consumers.*

*However, not every recommendation of the AdC is adopted and some are not so rapidly implemented. For example, in the field of waste management, it would have been preferable if EGF (Environment Global Facilities) leveraged its privatisation to break up the 11 municipal concessions into blocks and limit the length of the concessions. In the ports sector, the analysis carried out by the AdC suggests that bringing dynamics and competitiveness into this sector requires a policy change: the relevant entities should seek to improve the conditions necessary to boost the use of infrastructures, instead of focusing on the dividends accumulated by the port-authorities. In cooperation with the OECD, the AdC has been developing an analysis into the public policies governing the sectors for transport and liberal professions, and the conclusions*

infraestruturas. As normas aplicáveis ao setor dos transportes e ao setor das profissões liberais têm vindo a ser avaliadas numa colaboração entre a OCDE e a AdC, cujas conclusões serão conhecidas ainda no primeiro semestre deste ano.

No domínio da atividade de controlo de concentrações, destaco a decisão da AdC de proibição da chamada “Operação Triângulo”, em que a PT pretendia entrar no capital da Sport TV.

No combate às práticas restritivas, a primeira decisão de abuso de posição dominante confirmada pelos tribunais, em 2015 e 2016, foi o caso da Sport TV, no mercado do acesso a conteúdos desportivos premium. A confirmação em tribunal da grande maioria dos casos investigados pela AdC nos últimos cinco anos é, aliás, de assinalar. Destaco a condenação de empresas do grupo Galp Energia por práticas anticoncorrenciais no gás engarrafado, do grupo ANF por abuso de posição dominante, de fornecedores de salas de aulas provisórias que se cartelizaram no fornecimento à Parque Escolar, todas confirmadas pelos tribunais ou com o reconhecimento da infracção pelas empresas. A AdC interveio ainda em casos de garantias automóveis que restringiam a possibilidade de os consumidores optarem por oficinas independentes e investigou o acordo de não-concorrência entre a EDP e

*of the project will be published in the first half of this year.*

*With respect to merger control, I would highlight the AdC's opposition decision to a merger whereby PT (telecommunications operator) sought to acquire a stake in Sport TV.*

*As regards anticompetitive practices, appeal courts confirmed in 2015 and 2016 the first decision of the AdC against a case of abuse of dominant position by Sport TV concerning the market for conditional-access premium sports channels. Indeed it should be noted that most of the decisions taken by the AdC in the last five years were confirmed by the courts. These include the fines applied to the Galp Energia group for anticompetitive practices in the bottled gas market, the ANF (national association of pharmacies) for abuse of a dominant position, or for a cartel between pre-fabricated modules suppliers participating in public tenders launched by Parque Escolar. These cases were closed with the courts confirming the fines applied by the AdC or the parties acknowledging their infringement. The AdC further investigated a case of extended warranty contracts that prevented consumers from having repair and maintenance services carried out by independent repairers and the non-compete agreement between EDP and Sonae, which has been recently*

Sonae, num processo recentemente decidido pelo actual conselho de administração.

Alguns casos, pela sua dimensão ou complexidade, exigem tenacidade. A investigação por troca de informação comercial sensível na banca, iniciada em 2013, com nota de acusação contra 15 instituições bancárias em 2015, já passou por incontáveis recursos interlocutórios e vicissitudes processuais, incluindo a incompreensível suspensão da investigação pelo Tribunal de Concorrência, no início de 2016, contestada pela AdC, cujo entendimento veio a ser confirmado pelo Tribunal da Relação.

Em 15 anos, a AdC afirmou-se como uma instituição sólida, independente e transparente, preparada para os desafios do presente e do futuro, em todos os setores de actividade sem exceção, num mundo que a tecnologia e a digitalização tornam cada vez mais global. Uma instituição comprometida com a sua missão de defesa e promoção da concorrência, à qual muito ainda se exige, na mudança de mentalidades e comportamentos, em benefício da competitividade e dinamismo da economia num Portugal aberto ao mundo.

*decided by the current Board of Administration of the AdC.*

*Some cases requires persistence due to their scale or complexity. Such is the case of the investigation initiated in 2013 into the banking sector for the exchange of sensitive strategic information, where the AdC sent a statement of objections to 15 banking institutions in 2015. This case generated several interlocutory appeals and procedural issues, and has even been inexplicably suspended by the Competition, Regulation and Supervision Court at the beginning of 2016. The AdC challenged this decision before the Court of Appeal, which upheld our position regarding the subject.*

*Throughout 15 years of activity, the AdC has become a strong, independent and transparent institution well prepared to face present and future challenges arising in every sector, no exception made, in a world gone global due to technology and digitalisation. It is an institution devoted to its competition enforcement and advocacy mission where there is still much to do to drive mindsets and behaviours closer to competitiveness and economic dynamics in a Portugal that is open to the wider world.*



DIREITO À CONCORRÊNCIA /  
*THE RIGHT TO COMPETITION*  
*Margarida Matos Rosa\**

No ano em que se assinalam 15 anos desde a criação da Autoridade da Concorrência em Portugal é oportuno revisitá-lo o conceito de concorrência, a sua política e o direito dos cidadãos a essa.

A concorrência é um processo através do qual as empresas estão sob pressão constante para oferecer os melhores produtos ao melhor preço possível, porque de outra maneira perderiam clientes para outra empresa. Os principais beneficiários desta tensão são os consumidores. Mas são-no também as empresas que competem pelo mérito e, numa perspectiva mais ampla, o país em que os mercados actuam desta forma. A concorrência

*In the year that we celebrate the 15th anniversary of the Portuguese Competition Authority (Autoridade da Concorrência – AdC), it seems an appropriate time to revisit the concept of competition, its policy and the citizens' right to competition.*

*Competition is a process where firms put one another under constant pressure to offer the best product at the best price possible to consumers; otherwise they would lose clients to their competitors. Consumers stand most to benefit from this interaction. However, firms also benefit as they compete on the merits*

---

\* Presidente da Autoridade da Concorrência. / President of the AdC.

leva a maior inovação, a maior eficiência na alocação de recursos, a menor preço e a maior qualidade.

A concorrência é incompatível com acordos entre empresas, isto é acordos que limitem a independência da sua estratégia comercial. Combinar preços entre empresas concorrentes, repartir o mercado entre si, por tipo de clientes ou por zonas geográficas: tudo isto é ilegal porque priva os consumidores de propostas alternativas em preço ou qualidade.

Por seu turno, a política de concorrência consubstancia-se na aplicação de regras que permitam a livre concorrência entre empresas. A política de concorrência assume duas vertentes: a da defesa da concorrência; e a da sua promoção. A primeira vertente materializa-se em boa parte no sancionamento de práticas restritivas da concorrência: colusão ou cartéis entre empresas e abuso de posição dominante (quando uma empresa principal em determinado mercado tenta afastar a concorrência). Inclui também a análise de fusões ou concentrações entre empresas para que daí não resulte um menor nível de concorrência, incluindo barreiras significativas à entrada no mercado em questão. O objectivo não é evitar que as empresas cresçam, mas sim que possam remover concorrentes do mercado, em detrimento dos consumidores. O objectivo também não é defender campeões nacionais, mas

*and, in a wider perspective, the country where markets are competitive. Competition brings more innovation, more efficient allocation of resources, lower prices and better quality.*

*Competition is incompatible with agreements between firms which limit the independence of their business strategy. Price agreements or market sharing between competitors, either to share customers or territories, are all illegal practices, as they deprive consumers from the benefits of more choice and better prices.*

*Competition policy consists of the enforcement of rules that promote free competition between firms. Competition policy may be divided into two dimensions: enforcement and advocacy. As for the first dimension, competition enforcement results mainly in the sanctioning of anticompetitive practices: collusion or cartels and abuse of a dominant position (when a firm holding a strong position in the market seeks to exclude competitors from the market). It also includes the assessment of mergers between firms in order to prevent the reduction of the level of competition, including significant barriers to entry. Competition policy does not aim to prevent firms from growing, but rather to avoid the exclusion of competitors from*

sim permitir que o consumidor tenha acesso aos produtos que lhe são mais convenientes.

A segunda vertente, a promoção da concorrência, concretiza-se através de esforços institucionais e legislativos que eliminem a protecção dos mercados, expondo-os à concorrência, e aplica-se quer a empresas quer a profissões.

Daqui decorre o direito dos cidadãos à concorrência. Direito a maior escolha, a maior qualidade e a menor preço. Um país onde a concorrência existe livre de entraves dá poder aos consumidores, que o podem exercer junto de empresas, grandes e pequenas. Através da escolha de um produto em vez de outro, o consumidor exprime o seu voto favorável ao menor preço ou a maior qualidade. Isto leva a que todas as empresas desse mercado tenham de ouvir o consumidor e sejam incentivadas a melhorar para se manterem viáveis. É por esta razão que temos regras contra cartéis, para que as empresas não possam combinar entre si preços e não possam dividir entre si clientes.

A prossecução de uma política de concorrência é essencial para reforçar a robustez das empresas e a sua competitividade a nível mundial. É essencial também para assegurar que o próprio território nacional é atrativo para o investimento, seja este de que nacionalidade for. Menores barreiras à concorrência permitem

*the market, in detriment of consumers. Competition policy also does not defend national champions, but rather aims at providing consumers access to the most convenient products.*

*As for the second dimension, competition advocacy involves institutional and legislative efforts designed to abolish market barriers and open the way for competition, and applies to both firms and professionals.*

*Hence the right of citizens to competition. The right to wider choice, better quality and lower prices. A country where competition has no barriers empowers consumers over firms, either big or small. By choosing one product over the other, the consumer chooses lower price or better quality. This leads firms to listen to consumers and creates the incentive for them to improve in order to stay in the market. This is the reason why there are rules against cartels, so that firms are not allowed to fix prices and share clients among themselves.*

*Competition policy is essential to make firms stronger and to enhance their competitiveness at a global level. It is also essential to attract investment in the national market, either by national or international investors. A market with low barriers to competition will*

mais investimento, que por seu turno tende a conduzir a maior emprego e maior prosperidade. A conjunção de maior inovação, maior possibilidade de escolha, menor preço e maior qualidade é um direito que os cidadãos devem preservar e apoiar.

A Autoridade da Concorrência (AdC) é a entidade, única no País, que assegura o cumprimento da lei da concorrência em todos os sectores da economia, sem excepção. A Autoridade insere-se num sistema de autoridades de concorrência europeias que garantem o cumprimento dos artigos 101º e 102º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. Dentro desta missão, a prioridade da Autoridade da Concorrência é o combate a cartéis. Sendo a prática mais lesiva da concorrência, comprehende-se que seja também a infracção mais fortemente sancionada. As sanções previstas na lei permitem atingir 10% do volume de negócios anual de uma empresa.

No âmbito desta prioridade a Autoridade tem em curso iniciativas com resultados expressivos em termos de investigação. Em primeiro lugar, o reforço da actividade de investigação é objectivamente significativo, tendo sido, em 2017, efectuadas diligências de busca e apreensão em cerca de 8 vezes mais processos do que em média histórica desde 2003. Este reforço deve ser encarado como uma mudança estrutural

*attract more investment, which will in turn tend to create more jobs and prosperity. Consumers must preserve and support their right to more innovation and choice, lower prices and better quality.*

*The AdC is the sole entity in Portugal responsible for the enforcement of competition law in all economic sectors, with no exception. Along with other European competition agencies, the AdC enforces Articles 101 and 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union. Within its mission, the AdC's priority is the fight against cartels. Since cartels are the most harmful breach to competition law, they are also the most heavily sanctioned. Fines may reach up to 10% of the firms' annual turnover.*

*Within this priority, the AdC has multiple ongoing initiatives with significant results in terms of investigations. Firstly, the strengthening of investigative activities led to significant and tangible results. In 2017 dawn raids increased by an eight-fold when compared to the historical average since 2003. This reinforcement should be perceived as a structural change within the AdC. Amongst the AdC staff, there is no doubt as to the determination to*

na AdC. Entre os seus colaboradores, não existem dúvidas quanto à determinação em afirmar a defesa da concorrência a ritmo sustentado.

A campanha da AdC de combate ao conluio na contratação pública atingiu já 1700 pessoas envolvidas em procedimentos de contratação ou no seu controlo. O número e a qualidade das denúncias com indícios fortes sobre infrações à concorrência recebidas neste âmbito permitem uma investigação mais atempada, evitando assim maior dano ao Estado e contribuintes, contribuindo colateralmente para a redução da despesa pública.

A iniciativa da AdC de esclarecimento junto das associações de empresas, sem exceção de sectores, permite induzir um maior nível de cumprimento, mas também um maior número de pedidos de clemênci a perante uma infracção detectada internamente. Precisamente, o instituto da clemênci a, em vigor na vasta maioria dos países do mundo, permite à AdC detectar cartéis que por natureza são secretos e com evidênci a deliberadamente minimizada pelas partes. Sem a confissão de empresas participantes, a missão do combate à principal prática lesiva da concorrênci a seria expressivamente mais difícil.

Num contexto de crescente digitalização da economia, a AdC reforçou também a sua capacidade de investigação de modo a detectar a utilização de tecnologias que permitam

*uphold the enforcement of competition at a steady pace.*

*The Fighting Bid-rigging in Public Procurement campaign has reached 1700 participants from contracting authorities or involved in public procurement. The number and quality of the complaints received within this campaign, bringing strong evidence of anticompetitive infringements, have allowed the AdC to conduct investigations in a more timely manner. We are thus preventing more harm to the State and taxpayers, as well as contributing to the reduction of public expenditure.*

*The AdC initiative for business associations representing all economic sectors allowed us to increase the level of compliance and has led more firms to apply for leniency. The leniency program, adopted by most jurisdictions of the world, is an instrument for detecting secret cartels of which the parties keep as little evidence as possible. If the parties did not come forward and report their infringement, fighting cartels would be a much harder task.*

*In the context of increasing digitalization of the economy, the AdC has also strengthened its investigative capabilities to better detect cases in which technologies are used to enable or facilitate*

ou facilitem comportamentos anticoncorrenciais, nomeadamente a cartelização e manutenção de preços de revenda. É também nossa preocupação detectar barreiras tecnológicas que possam impedir a entrada de novos concorrentes ou falsear a concorrência em diferentes mercados.

Com o risco de detecção claramente ampliado, espera-se que as empresas ponham definitivamente o cumprimento da lei da concorrência entre as suas prioridades. Estarão, assim, a contribuir para o seu próprio sucesso de longo prazo, competindo pelo mérito e não através de práticas ilegais. Estarão a defender a reputação da sua empresa. Estarão a criar valor para os accionistas. Estarão a contribuir para a robustez da economia do país em que desenvolvem actividade. Estarão a promover o bem-estar dos cidadãos. Por tudo isto, vale a pena investir na Concorrência.

*anticompetitive behavior, namely cartels and resale price maintenance. It is also our concern to detect technological barriers that can prevent the entry of new competitors or distort competition in different markets.*

*As the risk of detection increases, we hope that firms define compliance with competition rules as one of their priorities. They will be, thus, contributing to their own success in the long run, by competing on the merits instead of through illegal practices. They will be defending their own reputation and creating value for their shareholders. They will be contributing to the robustness of the national economy in which they operate. They will be promoting consumer welfare. That is why it is worth investing in Competition.*

## 15 ANOS AO SERVIÇO DA CONCORRÊNCIA NOS MERCADOS

*António Saraiva\**

Num país que, ao longo de quase todo o século xx, teve uma relação distante com a política de concorrência, a criação, há 15 anos, da Autoridade da Concorrência constituiu um marco da maior importância que me é grato assinalar.

De facto, depois de décadas em que Lei do Condicionamento Industrial protegeu os interesses económicos instalados da concorrência interna e externa e do período pós 1974, pautado pela intervenção (muitas vezes arbitrária) do Estado na economia e por uma regulação excessiva e centralizada dos mercados, só com a adesão de Portugal à então Comunidade Económica Europeia assistimos ao advento de uma verdadeira política de concorrência no nosso país.

E só em 2003, no âmbito de uma importante reforma, na qual a CIP participou ativamente, foi criada a Autoridade da Concorrência, cuja génese esteve, para além dos condicionalismos externos, na necessidade de aumentar a competitividade da economia portuguesa, dotando-a de novo enquadramento normativo de proteção da concorrência e de uma instituição independente, capaz de proceder à sua implementação.

Se a cultura de concorrência é hoje maior em Portugal, muito se deve à atuação da Autoridade da Concorrência.

No seu caminho, é de destacar a reforma introduzida em 2012, no quadro da vertente estrutural do programa de ajustamento, que fixou um conjunto de objetivos e de medidas a concretizar para promoção da concorrência nos

---

\* Presidente da CIP.

mercados, com o objetivo de melhorar os índices de crescimento económico do País.

Com esta reforma, foi criado o Tribunal de Competência Especializada para a Concorrência, Regulação e Supervisão e estabelecido um novo Regime Jurídico da Concorrência, que apresenta melhorias face ao regime anteriormente em vigor, mas não deixa de ser suscetível de algumas críticas e melhoramentos, que não caberá aqui desenvolver.

É importante destacar que as decisões dos operadores económicos, quanto à escolha e à localização dos seus investimentos e, ainda, quanto aos modos e métodos de desenvolvimento das suas atividades, têm cada vez mais em conta, não só a qualidade das regras de concorrência em vigor, mas também, em particular, a eficácia com que são aplicadas pelas autoridades reguladoras e pelos tribunais competentes.

Assim, a ação eficaz da Autoridade da Concorrência afigura-se como requisito essencial num modelo de desenvolvimento assente na economia de mercado e na livre iniciativa.

Uma ação exercida sob regras de funcionamento que devem ser ágeis, por forma a que, no exercício das suas competências, possa ser célere e eficaz na sua missão, sem onerar desnecessariamente as empresas.

Para finalizar, para além de prestar o meu reconhecimento pelo trabalho desenvolvido nestes 15 anos pela Autoridade da Concorrência, sublinharia a matriz desde sempre defendida pela CIP para esta instituição, em particular quanto aos requisitos destinados a assegurar a sua independência, como sejam o regime financeiro, a composição do Conselho, a duração dos respetivos mandatos, o regime de incompatibilidades e impedimentos e o estatuto remuneratório dos mesmos. Estes são elementos fundamentais para que a independência desta Autoridade face ao poder económico e ao poder político não seja posta em causa.

Encorajo a orientação traçada no sentido de dar uma maior prioridade à prevenção, uma vez que, como já afirmou a Senhora Presidente, é muito melhor antecipar os riscos e os comportamentos ilícitos do que tentar atuar depois.

E saúdo também a intenção de uma atuação pedagógica, junto da sociedade em geral, dando ênfase aos benefícios para o cidadão da sã concorrência entre as empresas e do bom funcionamento dos mercados.

É preciso interiorizar a noção de que as sociedades livres exigem mercados livres e de que só um grau de concorrência efetivo, no mercado doméstico, permite às empresas adquirirem a robustez necessária para enfrentarem os desafios da economia global.

Só assim será possível implementar em Portugal uma cultura de concorrência leal e de respeito pelas regras existentes.

Como afirmou um antigo Presidente da Autoridade, boas instituições e boas leis fazem um bom país. Continue a Autoridade da Concorrência a fazer um Portugal melhor.



## CONCORRÊNCIA, INOVAÇÃO DIGITAL E DADOS PESSOAIS: OS NOVOS DESAFIOS DAS AUTORIDADES DE CONCORRÊNCIA

*Vasco Colaço\**

A concorrência funciona como motor estratégico que impulsiona as empresas a apresentar benefícios mais tangíveis para os consumidores: mais escolha, melhores produtos, preços mais reduzidos e inovação.

As novas tecnologias de informação e comunicação, por sua vez, permitem reduzir custos do lado da oferta e da procura, e concomitantemente, ampliar o leque de escolha, aumentar a comparabilidade dos produtos e serviços, com ganhos em termos de eficiência e bem-estar para os consumidores. O desenvolvimento destas tecnologias tem, aliás, permitido o surgimento de novos modelos de negócio e a disponibilização aos consumidores de serviços inovadores, bem como de serviços já conhecidos dos mesmos, mas, agora assentes num novo paradigma digital, baseado na internet e disponibilizado através de aplicações móveis, que se distinguem pela facilidade de utilização, pagamento, e até pela sua comodidade e sustentabilidade.

A proliferação de plataformas digitais, ferramentas comparativas e do que tem sido designado por *online marketplace* trazem invariavelmente uma nova dinâmica ao mercado, mas também novos desafios para a *governance* da internet, embora se veja com preocupação a tendência crescente de concentração do mercado num número reduzido de plataformas, o que pode comprometer a diversidade e a inovação de vetores essenciais desta economia digital.

---

\* Presidente da Associação Portuguesa para a Defesa do Consumidor – DECO.

Em Portugal, tal como nos restantes Estados-Membros da União Europeia, investe-se cada vez mais na criação de condições favoráveis para as empresas aumentarem e diversificarem a sua produção, contribuindo dessa forma para criar produtos e serviços de melhor qualidade para os consumidores, a preços mais competitivos, o que favorece igualmente o desenvolvimento e crescimento da economia. No entanto, para que a economia digital seja, de facto, competitiva, é fundamental o respeito e o *enforcement* das regras da concorrência, matéria em que as entidades desempenham um papel fundamental, constituindo, assim, novos desafios, em especial para as Autoridades da Concorrência a nível nacional e à própria Comissão Europeia enquanto garante de um sistema concorrencial transfronteiras.

Na verdade, o contexto económico em rápida mutação e o crescimento da economia digital exigem das autoridades uma avaliação num ambiente necessariamente dinâmico, o que constitui uma maior complexidade, face, muitas vezes aos constrangimentos técnicos e humanos necessários. Mas esta dinâmica concorrencial na economia leva-nos a questionar o próprio âmbito de aplicação das regras de concorrência face a estes novos modelos de negócio e de interação com os consumidores, bem como acrescidos de preocupações associadas a diversos direitos fundamentais, nomeadamente, a proteção dos dados pessoais.

O papel do consumidor na sociedade tem mudado muito ao longo dos últimos anos, fruto também da própria digitalização da economia e do surgimento de novos modelos de negócio. As práticas comerciais são cada vez mais dirigidas ao comportamento dos consumidores, procurando antecipar as suas próprias necessidades, recorrendo, muitas vezes, a perfis criados com base em informações online do consumidor e que, conjuntamente, permitem a determinadas empresas criar aquilo que se designa por *big data*.

Neste sentido, os dados pessoais dos consumidores são cada vez mais fundamentais para o desenvolvimento de novos produtos e serviços e servem, muitas vezes, como contraprestação e fator diferencial para as próprias empresas.

A utilização e cruzamento de determinados dados podem ser o motor de sucesso no desenvolvimento de produtos e serviços de determinadas empresas, com as quais as que não tem acesso a *big data* não poderão, claramente, concorrer. O acesso e controlo de grandes volumes de dados de consumidores são cada vez mais um fator chave para o sucesso nos mercados digitais, podendo funcionar como barreira a novos entrantes, contexto em que as plataformas em posição dominante centram em si o domínio da informação,

escolha e preços, podendo gradualmente restringir a capacidade de escolha dos consumidores.

No contexto particular das plataformas em linha, têm-se evidenciado práticas que, utilizando os dados pessoais dos consumidores, restringem a informação que os mesmos podem obter sobre os serviços oferecidos através das mesmas, o que igualmente se tem verificado no âmbito de redes sociais e motores de busca que definem a informação a que os consumidores accedem.

Semelhante preocupação merecem as práticas de plataformas que restringem a escolha dos consumidores, em particular aquelas que, tendo uma posição dominante e ao oferecerem outro tipo de serviços, não permitem que concorrentes possam chegar destinatários em pé de igualdade, como ficou patente no caso de alguns motores de busca como seja o da Google, bem como as que usam a sua posição para estender o seu domínio a outros mercados.

Ainda no que tange às plataformas, é preocupante verificar a existência de diferentes formas restritivas da concorrência relacionadas com o preço, como cláusulas de paridade, ou a automatização e ajustamento dos mesmos através de algoritmos sofisticados, mediante a monitorização dos preços dos concorrentes. Práticas que criam o risco de os preços se fixarem numa dinâmica artificial do mercado.

Neste panorama, e atendendo ao passado recente parece igualmente fundamental impor-se que as concentrações de empresas sejam apreciadas num novo prisma. A recente aquisição da aplicação *Whatsapp* pela rede social *Facebook* demonstrou isso mesmo - em causa estava o verdadeiro potencial da operação de concentração.

Na atual economia de dados revela-se fundamental que as autoridades de concorrência avaliem exaustivamente o potencial impacto de operações de concentração de empresas com uma componente fortíssima no tratamento de dados, bem como se impõe uma cooperação estreita com Autoridades de Proteção de Dados e outras entidades reguladoras setoriais, atendendo a que, nesta nova realidade digital cada vez mais complexa, são, também, mais frequentes ofertas *em pacote* de produtos e serviços de diferentes mercados.

Neste contexto importa salientar que os consumidores não são apenas os destinatários deste mercado, mas também agentes de inovação que merecem ser considerados nas políticas de concorrência. A omissão de informação sobre os fins do tratamento de dados pessoais, ou a utilização de modelos de consentimento pouco transparentes, comprometem as escolhas dos consumidores e criam distorções no mercado. É nesta ótica que devemos olhar

para o mercado concorrencial, i.e., como uma relação triangular que coloca o consumidor num vértice estratégico relativamente a duas ou mais empresas. E é a partir desta visão que as Autoridades da Concorrência deverão atuar, analisando sempre as práticas restritivas com base na estrutura do mercado e no seu impacto no comportamento dos consumidores.

O mercado mudou drasticamente fruto do desenvolvimento tecnológico, pelo que perceber de que forma tais mudanças vão ter impacto nos consumidores e como as Autoridades vão dar resposta a estes novos desafios é decisivo e tem de ser discutido agora. As organizações de consumidores e as autoridades de controlo de mercado podem e devem contribuir conjuntamente para esta discussão na medida em que apenas uma concorrência efetiva garante que o mercado responde às necessidades dos consumidores.

Constatamos com satisfação que no ano em que se assinalam os 15 anos da Autoridade da Concorrência, haja um enfoque das prioridades desta Autoridade para a política de concorrência no mercado digital, acompanhando a preocupação europeia, nomeadamente no que respeita à necessidade de identificar e consequentemente investigar a utilização de tecnologias que facilitem comportamentos anti concorrennciais, como a cartelização e a eliminação de barreiras tecnológicas que impeçam a entrada de novos operadores. Trata-se de um testemunho de vitalidade e de capacidade de resposta que saudamos de uma entidade que tem contribuído decisivamente para a salvaguarda da defesa do consumidor.



# JURISPRUDÊNCIA

*Jurisprudência geral*



# JURISPRUDÊNCIA GERAL

## JURISPRUDÊNCIA NACIONAL DE CONCORRÊNCIA – JULHO DE 2018 A SETEMBRO DE 2018

*Elaborado por Ricardo Bayão Horta*

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa (9.<sup>a</sup> secção), de 05.07.2018, proferido no âmbito do Processo n.<sup>º</sup> 4/17.4YQSTR.L1 – Revista (concorrência) – Supremo Tribunal de Justiça – Secção de Concorrência.

**Autor:** *Empifarma – Produtos Farmacêuticos, S.A. e outros*

**Sumário:** Nega provimento ao recurso interposto pela OCP - Produtos Farmacêuticos, S.A.; concede parcial provimento ao recurso interposto pela Autoridade da Concorrência, apenas no tocante a custas, por considerarem que *in casu*, por um lado, está isenta do pagamento de taxa de justiça, e, por outro lado, não é a final responsável pelos encargos a que tenha dado origem no processo, porquanto a respetiva pretensão não ficou, no *tribunal a quo*, totalmente vencida, revogando-se, nessa conformidade e quanto a si, a decisão recorrida no tocante à condenação da AdC ao pagamento das custas do processo, na proporção de 1/6, e confirmando-se, em tudo o mais, a decisão recorrida, proferida em 4 de setembro de 2017 pelo 1.<sup>º</sup> Juízo do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão.

**Normas relevantes:** arts. 5.<sup>º</sup>, 7.<sup>º</sup>, n.<sup>º</sup> 2 e 8.<sup>º</sup>, n.<sup>º</sup> 2 da LdC; art. 417.<sup>º</sup>, n.<sup>º</sup> 2 do CPP; arts. 1.<sup>º</sup> e 2.<sup>º</sup> dos Estatutos da Autoridade da Concorrência, aprovados pelo Decreto-Lei n.<sup>º</sup> 125/2014, de 18 de agosto; arts. 4.<sup>º</sup>, n.<sup>º</sup>s 1, al. g) e 6, 6.<sup>º</sup>, n.<sup>º</sup> 1, 14.<sup>º</sup>-A e 15.<sup>º</sup>, n.<sup>º</sup> 2 do Regulamento das Custas Processuais, aprovado pelo Decreto-Lei n.<sup>º</sup> 34/2008, de 26 de fevereiro

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa (1.<sup>a</sup> secção), de 12.07.2018, proferido no âmbito do Processo n.<sup>º</sup> 223/06.9TYLSB.L1

**Recorrente:** *Barraqueiro, SGPS, S.A. e Arriva Investimentos SGPS, S.A.*

**Sumário:** Julgam-se parcialmente procedentes as conclusões das alegações de recurso dos apelantes e, em consequência; a) declara-se que a sentença

recorrida não é nula e, ao mesmo tempo, declara-se não escrito o facto «*não provado*» n.º 39; b) aditam-se ao segmento da sentença recorrida na qual foram elencados os factos declarados provados e não provados na ação os factos descritos no ponto 4.2.7. do acórdão, para o qual se remete, os quais aqui se dão por integralmente reproduzidos; e, c) revoga-se a sentença recorrida e, em sua substituição, anula-se a deliberação da Autoridade da Concorrência proferida em 25 de novembro de 2005, através da qual “... *deliberou... ao abrigo da alínea b), do n.º 1 do artigo 37.º...* [dos Estatutos dessa entidade, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de janeiro], *proibir a operação de concentração, por entender que esta é suscetível de criar ou reforçar uma posição dominante da qual possam, vir a resultar entraves significativos à concorrência no mercado do transporte público rodoviário e ferroviário de passageiros, compreendendo todos os percursos realizados no eixo Setúbal/Lisboa, via da travessia da Ponte 25 de Abril*”, mais se condenando a Ré a, antes de proferir nova decisão, solicitar parecer e ponderar o conteúdo do mesmo, à DGTTF (Direção-Geral dos Transportes Terrestres e Fluviais) - ou, se for o caso, à entidade (ou entidades), que, eventualmente, lhe tenha(m) sucedido no exercício das funções que à mesma Direção-Geral estavam atribuídas - e, de igual modo, a facultar às Autoras o acesso ao processo administrativo em questão e a todas as informações usadas para fundamentar a deliberação tomada face à pretensão formulada por essas duas sociedades.

**Normas relevantes:** arts. 12.º, n.os 2 e 4, 18.º, 35.º, n.º 1, 37.º, n.º 1 e 39.º, n.º 1 da Lei n.º 18/2003, de 11 de junho; arts. 18.º, n.º 1, 20.º, n.º 4 e 111.º, n.º 1 da CRP; art. 6.º, n.º 1 da CEDH; arts. 6.º, 8.º, n.º 3, 9.º, 334.º, 335.º, 342.º, 346.º, 364.º-367.º e 393.º-395.º do CC; arts. 6.º, n.º 1, 7.º-9.º, 130.º, 195.º, n.os 1 e 2, 196.º, 198.º-200.º, 426.º, 467.º-489.º, 601.º, n.º 1, 607.º, n.os 4 e 5, 608.º, n.º 2, 615.º, n.º 1, 619.º, 621.º, 630.º, 640.º, n.º 1 e 644.º, n.º 3 do CPC(2013); art. 6.º, n.º 4 dos Estatutos da Autoridade da Concorrência, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 125/2014, de 18 de agosto; art. 135.º do CPA(1991); arts. 54.º, n.os 1 e 2, 62.º, n.º 1, al. f), 67.º, n.os 1, 2, 3 e 4, 73.º, al. a), 74.º, n.º 2, 76.º, n.º 1, 111.º, 112.º, 113.º e 128.º da Lei de Organização do Sistema Judiciário; art. 10º da Declaração Universal dos Direitos do Homem; art. 47.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

**Sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, de 12.07.2018, proferido no âmbito do Processo n.º 2/18.0YQSTR.**

**Recorrente:** *Federação Portuguesa de Grossistas de Tabaco*

**Sumário:** Julga totalmente improcedente a ação administrativa e, em consequência, absolve a Ré Autoridade da Concorrência do pedido de anulação da decisão de não oposição à operação de concentração proferida em 28 de Setembro de 2017 no âmbito procedimento de controlo de concentrações Ccent. 26/2017.

**Normas relevantes:** arts. 36.º, n.os 1, al. b) e 3, al. b), 37.º, n.º 1, al. c), 41.º, 42.º-57.º, 43.º, n.os 1 e 2, 44.º, n.os 1, 3 e 4, 45.º, n.os 1-5, 49.º, 50.º, n.º 1, al. b), 53.º, n.º 1, al. a), 55.º, n.º 1, 66.º e 92.º, n.º 1 da LdC; arts. 199.º, al. d) e 266.º da CRP; arts. 3.º, n.º 1, 71.º, n.º 2, 87.º-A, n.º 1, als. b) e c) e 91.º, n.º 5 do CPTA; arts. 4.º, 5.º, 9.º, 161.º, n.os 1 e 2, 162.º e 163.º do CPA(2015); art. 112.º, n.º 1, al. g) da Lei de Organização do Sistema Judiciário; Regulamento da Autoridade da Concorrência n.º 60/2013; Decreto-Lei n.º 194/2012, de 23 de Agosto; Lei n.º 37/2007, de 14 de Agosto.



JURISPRUDÊNCIA DE CONCORRÊNCIA  
DA UNIÃO EUROPEIA – DE JULHO A SETEMBRO  
DE 2018

*Elaborado por Fernando Pereira Ricardo*

**Abuso de posição dominante**

Acórdão do Tribunal de Justiça de 20 de setembro de 2018, proferido no âmbito do Processo

C-373/17 P

Partes: Agria Polska e o./Comissão.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 25 de julho de 2018, proferido no âmbito do Processo

C-123/16

Partes: Orange Polska/Comissão.

**Acordos, decisões de associações de empresas e práticas concertadas**

Acórdão do Tribunal de Justiça de 26 de setembro de 2018, proferido no âmbito do Processo

C-99/17 P

Partes: Infineon Technologies/Comissão.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 26 de setembro de 2018, proferido no âmbito do Processo

C-98/17 P

Partes: Philips e Philips France/Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 26 de setembro de 2018, proferido no âmbito do Processo T-574/14

Partes: EAEPC/Comissão.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 20 de setembro de 2018, proferido no âmbito do Processo

C-373/17 P

Partes: Agria Polska e o./Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 13 de julho de 2018, proferido no âmbito do Processo T-58/14

Partes: Stührk Delikatessen Import/Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 12 de julho de 2018, proferido no âmbito do Processo T-475/14

Partes: Prysmian e Prysmian cavi e sistemi/Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 12 de julho de 2018, proferido no âmbito do Processo T-455/14

Partes: Pirelli & C./Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 12 de julho de 2018, proferido no âmbito do Processo T-451/14

Partes: Fujikura/Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 12 de julho de 2018, proferido no âmbito do Processo T-450/14P

Partes: Sumitomo Electric Industries e J-Power Systems/Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 12 de julho de 2018, proferido no âmbito do Processo T-449/14

Partes: Nexans France e Nexans/Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 12 de julho de 2018, proferido no âmbito do Processo T-448/14

Partes: Hitachi Metals/Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 12 de julho de 2018, proferido no âmbito do Processo T-447/14

Partes: NKT Verwaltungs e NKT/Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 12 de julho de 2018, proferido no âmbito do Processo T-446/14

Partes: Taihan Electric Wire/Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 12 de julho de 2018, proferido no âmbito do Processo T-445/14

Partes: ABB/Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 12 de julho de 2018, proferido no âmbito do Processo T-444/14

Partes: Furukawa Electric/Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 12 de julho de 2018, proferido no âmbito do Processo T-441/14

Partes: Brugg Kabel e Kabelwerke Brugg/Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 12 de julho de 2018, proferido no âmbito do Processo T-439/14

Partes: LS Cable & System/Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 12 de julho de 2018, proferido no âmbito do Processo T-438/14

Partes: Silec Cable e General Cable/Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 12 de julho de 2018, proferido no âmbito do Processo T-422/14

Partes: Viscas/Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 12 de julho de 2018, proferido no âmbito do Processo T-419/14

Partes: The Goldman Sachs Group/Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 3 de julho de 2018, proferido no âmbito do Processo

T-379/10 RENV

Partes: Keramag Keramische Werke e o./Comissão

### **Auxílios de Estado**

Acórdão do Tribunal de Justiça de 20 de setembro de 2018, proferido no âmbito do Processo

C-114/17 P

Partes: Espanha/Comissão.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 20 de setembro de 2018, proferido no âmbito do Processo

C-510/16

Partes: Carrefour Hypermarchés e o. /Ministre des Finances et des Comptes publics.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 19 de setembro de 2018, proferido no âmbito do Processo

C-438/16 P

Partes: Comissão/França e IFP Énergies nouvelles.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 19 de setembro de 2018, proferido no âmbito do Processo

T-68/15

Partes: HH Ferries e o./Comissão.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 25 de julho de 2018, proferido no âmbito do Processo C-135/16

Partes: Georgsmarienhütte e o./ Bundesrepublik Deutschland.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 25 de julho de 2018, proferido no âmbito do Processo C-128/16

Partes: Comissão/Espanha e o.

Acórdão do Tribunal Geral de 12 de julho de 2018, proferido no âmbito do Processo T-356/15

Partes: Áustria/Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 11 de julho de 2018, proferido no âmbito do Processo T-186/15

Partes: CSTP Azienda della Mobilità/Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 11 de julho de 2018, proferido no âmbito do Processo T-185/15

Partes: Buonotourist/Comissão.



# EVENTOS

## EVENTOS – JULHO A SETEMBRO DE 2018

*Elaborado por Raquel Santos*

### **Apresentação de propostas de reforma legislativa pró-concorrenciais**

*Lisboa, 6 de julho de 2018*

A Autoridade da Concorrência apresentou o plano de ação para implementação de recomendações da OCDE, com propostas de reforma legislativa pró-concorrenciais, resultantes de um projeto conjunto da AdC e da OCDE, de avaliação de impacto concorrencial de legislação e regulamentação. A análise incidiu sobre os setores dos transportes e das profissões liberais em Portugal e deu origem a um relatório com recomendações de alteração legislativa e regulatória das duas áreas de atividade económica.

O evento de apresentação do plano de ação teve lugar em Lisboa no dia 6 de julho. Além da apresentação pela equipa da AdC e da OCDE dedicada ao projeto, a sessão contou igualmente com intervenções de Margarida Matos Rosa, Presidente da AdC, António Ferreira Gomes, Diretor da Divisão de Concorrência da OCDE, Tiago Antunes, Secretário de Estado da Presidência do Conselho de Ministros e Paulo Alexandre Ferreira, Secretário de Estado Adjunto e do Comércio.

### **Seminário sobre “Controlo Jurisdicional – diferenças entre sistemas nacional e europeu” com Juíza do Tribunal Geral da União Europeia, Maria José Costeira**

*Lisboa, 19 de julho de 2018*

Maria José Costeira, juíza no Tribunal Geral da União Europeia, foi oradora num seminário aberto na Autoridade da Concorrência sobre a evolução do controlo jurisdicional em matéria de concorrência, comparando os sistemas nacionais e europeu. O evento teve lugar na Biblioteca de Concorrência Abel Mateus, nas instalações da AdC, no dia 19 de julho, e reuniu cerca de 40 participantes.

Na sequência deste seminário, Maria José Costeira gravou um “podcast” sobre o tema no âmbito da série “CompCast – Competition Talks” da AdC, disponível em [http://www.concorrencia.pt/vPT/Noticias\\_Eventos/CompCast/competitiontalks/Paginas/CompCast.aspx](http://www.concorrencia.pt/vPT/Noticias_Eventos/CompCast/competitiontalks/Paginas/CompCast.aspx)

### **Apresentação do Guia para Associações de Empresas na Associação Portuguesa de Seguradores**

*Lisboa, 12 de setembro de 2018*

A Autoridade da Concorrência apresentou o Guia para Associações de Empresas na Associação Portuguesa de Seguradores.

O Guia para Associações de Empresas publicado pela AdC alerta para infrações às regras da concorrência e as consequências gravosas de infringir a lei, já que as associações podem ser mais vulneráveis ao reunirem grande parte dos concorrentes em determinado setor de atividade.

O Guia encontra-se disponível em:

[http://concorrencia.pt/vPT/Praticas\\_Proibidas/Praticas\\_Restrutivas\\_da\\_Concorrencia/Documents/Guia%20para%20Associa%C3%A7%C3%B5es%20de%20Empresas.pdf](http://concorrencia.pt/vPT/Praticas_Proibidas/Praticas_Restrutivas_da_Concorrencia/Documents/Guia%20para%20Associa%C3%A7%C3%B5es%20de%20Empresas.pdf)

### **Fórum Ibero-americano da Concorrência**

*Buenos Aires, 20 de setembro de 2018*

Nuno Rocha de Carvalho foi orador no Fórum Ibero-americano da Concorrência, que reúne países da América Latina e da Península Ibérica. O membro do conselho de administração da Autoridade da Concorrência destacou a experiência da AdC de promoção e defesa da concorrência nas profissões liberais.

O Fórum Ibero-americano da Concorrência é organizado anualmente pela AdC, em parceria com a autoridade de concorrência homóloga espanhola, CNMC, à margem do Latin American & Caribbean Competition Forum da OCDE e IDB.

### **Campanha Combate ao Conluio na Contratação Pública**

*Lisboa, 26 de setembro de 2018*

A AdC promoveu a Campanha Combate ao Conluio na Contratação Pública na empresa Metropolitano de Lisboa. A Autoridade da Concorrência tem entre as suas prioridades o combate ao conluio na contratação pública, prática que lesa o Estado e os contribuintes.

Esta iniciativa alerta para indícios de conluio na contratação pública, formas de deteção e de prevenção e dá a conhecer o papel da AdC na investigação e sanção deste tipo de práticas. A concertação de propostas com o objetivo de eliminar a concorrência entre empresas nos contratos públicos é uma prática que compromete seriamente a eficiência na afetação dos recursos públicos e é punível nos termos da Lei da Concorrência.

A AdC lançou a Campanha em 2016 e já promoveu cerca de 30 sessões com um alcance superior a 1700 participantes.

### **Women@Competition Iberia**

*Madrid, 27 de setembro de 2018*

Maria João Melícias, membro do conselho de administração da AdC, participou no lançamento da W@Competition Iberia. No evento foram debatidos temas como big data, luta contra os cartéis, compliance e private enforcement.

Women@Competition é uma plataforma que promove a sensibilização da sociedade para os benefícios da política de concorrência e facilita o reconhecimento pelo mérito das profissionais desta área. Este núcleo regional visa agora contribuir para uma interação mais próxima e regular daquelas a nível ibérico, estreitando os laços entre Portugal e Espanha.

### **Conferência internacional “Actualités de la politique de concurrence nationale et européenne”**

*Luxemburgo, 28 de setembro de 2018*

A Presidente da AdC, Margarida Matos Rosa, foi oradora num painel sobre contratação pública na Conferência “Actualités de la politique de concurrence nationale et européenne”, organizada pelo Conseil de la Concurrence, entidade homóloga da AdC no Luxemburgo.

No mesmo evento, a Presidente da AdC participou também como oradora numa mesa-redonda sobre a futura Diretiva ECN+ que reforça a eficácia das autoridades de concorrência.

Na mesa-redonda participaram também Johannes Laitenberger (Direção-Geral da Concorrência, Comissão Europeia), Andreas Mundt (Bundeskartellamt, Alemanha), Pierre Rauchs (Conseil de la Concurrence, Luxemburgo) e Jacques Steenbergen (Autorité belge de la Concurrence, Bélgica).



# NOTAS CURRICULARES

## ABEL MATEUS

Presidente da Autoridade da Concorrência (2003-2008). Doutorado em Economia pela Universidade da Pensilvânia. Agregado em Economia pela Faculdade de Economia da Universidade Nova de Lisboa. Foi Professor na Universidade Nova de Lisboa e na Universidade Católica Portuguesa. Administrador do Banco Europeu para a Reconstrução e Desenvolvimento. Administrador do Banco de Portugal. É autor de cerca de 10 livros e mais de 120 artigos.

*First President of the Portuguese Competition Authority (2003-2008). PhD in Economics, University of Pennsylvania, Professor of Economics at Nova University of Lisbon and Universidade Católica Portuguesa, former Executive Board Director at European Bank for Reconstruction and Development. Board Member of the Banco de Portugal (Portuguese Central Bank). Consultant of several international organizations. Author of 10 books, and about 120 articles and working papers.*

## ANTÓNIO FERREIRA GOMES

Doutorado em Economia (2005) e Mestre em Economia (1997) pela Universidade de York (Reino unido), Licenciado em Economia pela Universidade de Coimbra (1995). Diretor do Departamento de Controlo de Concentrações da Autoridade da Concorrência (AdC) e Professor Auxiliar do Departamento de Economia, Gestão e Engenharia industrial da Universidade de Aveiro. Foi Economista Séniior da AdC (2005-2007), Diretor em exercício e Vice-Diretor da Licenciatura em Economia da Universidade de Aveiro (1999-2005). Foi membro da Comissão de Revisão para a apreciação da consulta pública ao Projeto de Lei da Concorrência submetido pelo Governo a consulta pública (2011). Presidente do Conselho de Administração das Autoridade da Concorrência (2013-2016). Head of the Competition Division (OCDE) (2017-).

*Head of the Competition Division of OECD (2017-) and Assistant Professor at the University of Aveiro. He was President of the Portuguese Competition Authority (2013-2016), Senior Competition Expert at OECD, Director of the*

*Merger Control Department and previously a Senior Economist at the Portuguese Competition Authority (2005–2007), Acting Director and Deputy Director of the Undergraduate Course in Economics at the University of Aveiro (1999–2005). He holds a Doctorate in Economics from the University of York (UK) (2005), Master degrees in Economics from the University of York and the Nova University of Lisbon (1997), and a degree in Economics from the University of Coimbra (1995).*

### **ANTÓNIO SARAIVA**

António Saraiva foi Técnico Fabril na LISNAVE, Diretor Comercial na Metalúrgica Luso-Alemã e Presidente do Conselho de Administração da empresa Metalúrgica Luso-Italiana. Desde 2010, é Presidente da CIP – Confederação Empresarial de Portugal. Exerce ainda funções enquanto Vogal do Conselho Estratégico da SOFID – Sociedade Para o Financiamento do Desenvolvimento, S.A., e Membro do Conselho Consultivo da ATEC. Ao nível académico destaca-se a sua atividade enquanto Membro do Conselho de Escola do ISCSP – Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, Membro do Conselho de Curadores do ISCTE – Instituto Superior de Ciências do Trabalho e do Emprego e Membro do Conselho Geral Estratégico da Universidade Lusófona de Humanidades e Tecnologias.

*António Saraiva was a factory worker at LISNAVE, Commercial Director of Metalúrgica Luso-Alemã and President of the Board of Metalúrgica Luso-Italiana. Since 2010, he is the President of CIP – Confederation of Portuguese Business. He also holds positions as Member of the Strategic Council of SOFID – Sociedade Para o Financiamento do Desenvolvimento, S.A., and Member of the Advisory Council of ATEC. Academically, the highlights go to his activity as Member of the School Council of ISCSP – School of Social and Political Sciences, Member of the Council of Curators of ISCTE – School of Labour and Employment Sciences, and Member of the General Strategic Council of Universidade Lusófona de Humanidades e Tecnologias.*

### **BERNARDO SARMENTO**

Bernardo é economista na Compass Lexecon's Europe, desde 2013. Tem aplicado teoria económica e técnicas empíricas a questões de política da concorrência e à quantificação de danos no contexto de contenciosos e arbitragens, há mais de 5 anos. O seu trabalho tem incluído a avaliação dos efeitos concorrenciais de concentrações, a estimativa de danos decorrentes de condutas anticoncorrenciais e várias outras análises económicas ao abrigo de

procedimentos de aplicação dos artigos 101.º e 102.º do TFUE. É licenciado em Economia pela Universidade do Porto (2011), Mestrado em Economia pela Barcelona Graduate School of Economics (2012) e pós-graduado em direito da concorrência pelo King's College London (2017).

*Bernardo is an Economist at Compass Lexecon's Europe, which he joined in 2013. Bernardo has applied economic theory and empirical techniques to competition policy issues and to the quantification of damages in the context of litigations and arbitrations for more than five years. His work has included the assessment of the competitive effect of mergers, the estimation of damages arising from anti-competitive conducts and various other economic analyses under Article 101 and Article 102 TFEU proceedings. Bernardo holds a BA in Economics from the University of Oporto (2011), a MSc in Economics from the Barcelona Graduate School of Economics (2012) and a PGDip in EC Competition Law from King's College London (2017).*

### CARLOS OLIVEIRA CRUZ

Carlos Oliveira Cruz é Professor Auxiliar no Departamento de Engenharia Civil do Instituto Superior Técnico (Universidade de Lisboa). Possui um doutoramento em Engenharia Civil na área das Parcerias Público-Privadas e Concessões pela Universidade de Lisboa, um Mestrado em Transportes pela Faculdade de Engenharia da Universidade do Porto, e cursos de especialização em avaliação de investimentos e análise de eficiência University de Leeds e University College of London, respetivamente. Foi consultor de diversas entidades públicas e privadas, em Portugal e no estrangeiro em projetos de avaliação de investimentos, estruturação de concessões, PPPs e regulação de infraestruturas. Entre 2005 e 2007 foi Assessor da Secretaria de Estado dos Transportes e entre 2007 e 2009 foi Administrador da consultora TRENMO Engenharia SA. Em 2011 foi Visiting Scholar na J. F. Kennedy School of Government (Harvard University), onde desenvolveu trabalho na área da renegociação de contratos de concessão.

*Carlos Oliveira Cruz is an Assistant Professor at the Civil Engineering Department at Instituto Superior Técnico (University of Lisbon) where he obtained his PhD on Public Private Partnerships (PPPs). He is a civil engineer with a Master in Transportation, both obtained at the Faculty of Engineering of the University of Porto. His main areas of expertise include PPPs, concessions and contract design in the transportation sector. Between 2005 and 2007, he served as an Advisor to the Portuguese Secretary of State for and between 2007 and 2009 worked as a Consultant and Member of the Board at TRENMO (a boutique consultancy firm*

*specialized in transportation). In 2011, he was a Visiting Scholar at the Kennedy School of Government (Harvard University), where he focused his research on PPP contract renegotiation.*

### **CARLOS PINTO DE ABREU**

Advogado Especialista em Direito Criminal (2017), com Licenciatura em Direito (1990) e Pós Graduação em Estudos Europeus (1992) pela Faculdade de Direito de Lisboa da Universidade Católica Portuguesa. Foi, na Ordem dos Advogados, membro da Comissão de Legislação (1999-2001), Presidente da Comissão dos Direitos Humanos (2002-2007), Vogal do Conselho Geral (2005-2007), Presidente do Conselho Distrital de Lisboa (2008-2010) e Vice-Presidente do Conselho Superior (2011-2013). É membro e Vogal Secretário da Direcção da CPAS (2017-2019) e membro da Direcção da APAV (2013-2019). Foi Presidente da Assembleia Geral e é membro do Conselho Consultivo do Forum Penal – Associação dos Advogados Penalistas.

*Specialist Lawyer in Criminal Law (2017), with Law Degree (1990) and Post-Graduate Degree in European Studies (1992) from the Faculty of Law of the Portuguese Catholic University in Lisbon. In the Portuguese Bar Association, he has been Member of the Legislation Committee (1999-2001), Chairman of the Human Rights Committee (2002-2007), Member of the General Council (2005-2007), Chairman of the Lisbon District Council (2008-2010) and Vice-President of the Superior Council (2011-2013). He is Member and Secretary of the Executive Board of the CPAS (2017-2019) and Member of the Executive Board of the APAV (2013-2019). He has been Chairman of the General Assembly and is Member of the Advisory Board of the Forum Penal – Associação dos Advogados Penalistas.*

### **FERNANDO PEREIRA RICARDO**

Licenciado em Direito (1989), Pós-Graduado em Estudos Europeus (1991) e Mestre em Direito das Comunidades Europeias (1996) pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, onde lecionou Direito Comunitário, Direito Internacional Económico, União Económica e Monetária, Relações Económicas Internacionais e Economia Política. Advogado (inscrição suspensa). É, desde 2009, Jurista na Autoridade da Concorrência.

*Fernando Pereira Ricardo is a Graduate in Law (1989), Postgraduate in European Studies (1991) and Master in European Community Law (1996) from the University of Lisbon Law School, where he taught European Community Law, International Economic Law, Economic and Monetary Union, International*

*Economic Relations and Political Economy. Lawyer (suspended registration). Since 2009, he is a legal adviser at the Portuguese Competition Authority.*

### **JOAQUIM MIRANDA SARMENTO**

Ph.D. em Finanças pela Tilburg University, Mestre em Finanças pelo ISCTE – Instituto Superior de Ciências do Trabalho e da Empresa e Licenciado em Gestão pelo ISEG – Instituto Superior de Economia e Gestão. Realizou uma pós-graduação em Fiscalidade no IDEFE/ISEG, o Programa Avançado em Parcerias Público-Privadas na Universidade Católica e o “Driving government performance”, na Kennedy School of Government, Harvard University. Atualmente é Professor Auxiliar de Finanças no ISEG, tendo sido Assistente entre 2007 e 2014 e docente convidado na Católica Lisbon School. É investigador no Observatório das PPPs da Católica. É docente convidado em diversas universidades nacionais e estrangeiras, sendo Professor convidado na FGV- Fundação Getúlio Vargas. Tem cerca de 30 publicações académicas internacionais e mais de 100 publicações académicas nacionais. É autor de diversos livros sobre Finanças Públicas, Fiscalidade e PPPs. Foi assessor económico do Presidente da República Prof. Cavaco Silva, entre 2012 e 2016. Trabalhou cerca de dez anos no Ministério das Finanças e foi consultor da UTAO (Unidade Técnica de Apoio Orçamental) da Assembleia da República.

*Ph.D in Finance, from Tilburg University. Master in Finance from ISCTE. Undergraduate in Management from ISEG. Have an executive course in Taxation from IDEFE/ISEG, an executive course in PPPs from Católica Lisbon School and the “Driving government performance”, at Kennedy School of Government, Harvard University. Currently is Assistant Professor at ISEG, where have been teaching since 2007. Is also an invited professor at Católica Lisbon School and several national and international universities. Is invited Professor at FGV- Fundação Getúlio Vargas. Have over 30 international academic publications and more than 100 national academic publications. Have several books about Public Finance, Taxation and PPPs. From 2012 to 2016 have served as the President of the Republic Cavaco Silva Chief Economic Advisor. Previously worked 10 years at the Minister of Finance and was also a consultant at UTAO.*

### **JORGE PADILLA**

O Doutor Jorge Padilla é o Gestor Senior e Presidente da Compass Lexecon Europe. Licenciado em Economia pela Universidade de Alicante (1988), Mestrado (1990) e Doutorado (1992) em Economia pela Universidade de

Oxford. É um Research Fellow do Centro de Estudios Monetarios y Financieros (CEMFI, Madrid) e leciona economia da concorrência na Barcelona Graduate School of Economics (BGSE) e na Toulouse School of Economics (TSE). Tem sido ouvido como perito por autoridades de concorrência e tribunais de vários Estados-membros, bem como em casos perante a Comissão Europeia. Já apresentou peritagens por escrito ao Tribunal Geral da União Europeia e ao Competition Appeals Tribunal do Reino Unido, em casos de cartéis, controlo de concentrações e abuso de posição dominante. Escreveu inúmeros artigos sobre política de concorrência e organização industrial, publicados nomeadamente no Antitrust Law Journal, no Journal of Law and Economics e no RAND Journal of Economics. É co-autor do livro *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, 2.<sup>a</sup> ed., Hart Publishing, 2013.

*Dr. Jorge Padilla is Senior Managing Director and Head of Compass Lexecon Europe. Dr. Padilla earned a BA in Economics from the University of Alicante (1988), and a M. Phil (1990) and D. Phil (1992) degrees in Economics from the University of Oxford. He is Research Fellow at the Centro de Estudios Monetarios y Financieros (CEMFI, Madrid) and teaches competition economics at the Barcelona Graduate School of Economics (BGSE) and at the Toulouse School of Economics (TSE). He has given expert testimony before the competition authorities and courts of several EU member states, as well as in cases before the European Commission. Dr. Padilla has submitted written testimony to the European General Court, and the UK Competition Appeals Tribunal in cartel, merger control and abuse of dominance cases. Dr. Padilla has written numerous papers on competition policy and industrial organisation including in the Antitrust Law Journal, the Journal of Law and Economics and the RAND Journal of Economics. He is co-author of *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, 2nd edition, Hart Publishing, 2013.*

## **MANUEL SEBASTIÃO**

Manuel Sebastião é Presidente do Conselho Fiscal do Banco BPI e Administrador Não Executivo desde julho de 2018 e Presidente da Comissão de Auditoria da REN – Redes Energéticas Nacionais, SGPS, S.A. desde abril de 2015. Anteriormente, foi consultor do Banco de Portugal (setembro de 2013 – abril 2015), Presidente do Conselho da Autoridade da Concorrência (março de 2008 – setembro 2013), Administrador do Banco de Portugal (fevereiro 2000 – março 2008), instituição onde desempenhou funções de economista entre 1986 e 1988. Foi ainda vogal do Conselho Directivo do Instituto de Seguros de Portugal de 1998 a 2000, Administrador do Banco

de Fomento e Exterior de 1992 a 1996, e economista do Fundo Monetário Internacional de 1988 a 1992 e do Banco de Portugal de 1986 a 1988. Exerceu funções docentes em diversas fases da sua vida profissional. Licenciou-se em Economia pela Universidade Técnica de Lisboa em 1973 e concluiu o doutoramento de 3º ciclo em Planeamento Económico pela Universidade de Paris em 1978 e o doutoramento em economia (Ph.D.) pela Universidade de Columbia em Nova Iorque em 1986. Nasceu em Luanda, Angola, em 1949.

*Mr. Manuel Sebastião is President of the Supervisory Committee of Banco BPI since July 2018 and Non-Executive Director and President of the Audit Committee of REN – Redes Energéticas Nacionais, SGPS, S.A. (Electricity and Natural Gas Transmission System Operator of Portugal) since April 2015. Previously, he was an advisor to the Board of Directors of Banco de Portugal (the central bank of Portugal), September 2013 – April 2015, the President of the Portuguese Competition Authority, March 2008 – September 2013, and a member of the Board of Directors of Banco de Portugal, February 2000 – March 2008. He was also a member of the Board of Directors of the Portuguese Insurance and Pension Funds Supervisory Authority from 1998 to 2000, a member of the Board of Directors of the state-owned bank Banco de Fomento e Exterior from 1992 to 1996, an economist with the International Monetary Fund from 1988 to 1992 and with the Banco de Portugal from 1986 to 1988. He was a professor of economics and finance at different stages of his career. Mr. Sebastião has an undergraduate degree from the School of Economics, Technical University of Lisbon in 1973, a Doctorate de 3ème cycle from Université de Paris I, Panthéon-Sorbonne in 1978, and a Ph.D in economics from Columbia University in the city of New York in 1986. He was born in Luanda, Angola, in 1949.*

## MARGARIDA MATOS ROSA

Presidente da Autoridade da Concorrência desde novembro de 2016. Até à data e desde 2011, dirigiu o Departamento de Supervisão da Gestão do Investimento Coletivo na Comissão do Mercado de Valores Mobiliários (CMVM). Entre 2009 e 2011 tinha sido assessora do Conselho na mesma entidade para questões regulatórias e de supervisão nos mercados financeiros europeus e internacionais. Responsável pelo desenvolvimento do negócio institucional de gestão de ativos do BNP Paribas em Portugal, instituição onde desempenhou funções, incluindo de direção, entre 1998 e 2006, integrou também o UBS Bank e o Santander Investment. Em 2007 esteve no Massachusetts Institute of Technology (MIT), ao abrigo de uma bolsa Fulbright, tendo investigado políticas públicas sobre o setor de capital de risco.

No âmbito da Unidade do Plano Tecnológico, contribuiu para o desenvolvimento de parcerias entre o MIT e instituições universitárias em Portugal, em áreas de forte componente tecnológica. Licenciada em Economia pela Université Catholique de Louvain (magna cum laude), na Bélgica, e detentora de um M.P.A. (Master in Public Affairs) pela Princeton University (Estados Unidos da América).

*President of the Portuguese Competition Authority (AdC) since November 2016. Since 2011, acted as Director of the Collective Investment Management Supervision Department of the Portuguese Securities Market Commission (CMVM). Previously, she was advisor to the Board of the CMVM with a focus on the areas of systemic risk, asset management and international securities regulation. Between 1998 and 2006, worked at BNP Paribas, having been responsible for the development of the institutional asset management business of the group in Portugal. Her professional experience in the financial sector also includes positions at UBS Bank and Santander Bank. In 2007, as a Fulbright scholar, carried out research in public policy in the venture capital industry at the Massachusetts Institute of Technology (MIT), in the United States. Within the scope of the Portuguese Technological Plan, she contributed to the development of partnerships between MIT and Portuguese universities, in fields bearing a strong technological component. Margarida Matos Rosa holds an undergraduate degree in Economics (Magna Cum Laude) from Université Catholique de Louvain (Catholic University of Louvain), in Belgium, and a Master in Public Affairs (M.P.A.) from Princeton University, in the United States of America.*

### **MARTA BORGES CAMPOS**

Licenciada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (2001) e pós-graduada em Law Enforcement, Compliance e Direito Penal, pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (2016). Frequentava atualmente o Mestrado em Direito e Ciência Jurídica na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e é Juíza no Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão.

*Graduated in Law from the Faculty of Law of the University of Coimbra (2001) and post-graduate in Law Enforcement, Compliance and Criminal Law from the Faculty of Law of the University of Lisbon (2016). Currently attends the Master in Law and Legal Science at the Faculty of Law of the University of Lisbon and is Judge at the Competition, Regulation and Supervision Court.*

### SÉRGIO MARTINS P. DE SOUSA

Juiz de direito, desde 2011. Atualmente, inicia o quarto ano no Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, onde chegou em setembro de 2014. Licenciado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Pós-graduado pela mesma Faculdade em Ciências Jurídico-administrativas e em Law Enforcement, Compliance e Direito Penal nas Atividades Bancária, Financeira e Económica.

*Judge, since 2011. Currently at the Competition, Regulation and Supervision Court, and since September 2014. Graduated in Law and holds a postgraduation in Public Law and in Law Enforcement, Compliance and Criminal Law in Banking, Financial and Economic Activities, all from the University of Lisbon Law School.*

### SOFIA OLIVEIRA PAIS

Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa (Direito da União Europeia; Direito da Concorrência). Titular da Cátedra Jean Monnet “Current and future challenges of European integration”. Directora do Centro de Investigação da Faculdade de Direito da UCP – Católica Research Centre for the Future of Law. Coordenadora do Curso de Doutoramento em Direito da UCP (Porto). Autora de livros e artigos e em Direito da Concorrência, Direito da União Europeia e Mercado Interno. Em 2018 recebeu o Prémio Antitrust Writing Awards – Best Academic Articles.

*Associate Professor at the Portuguese Catholic University (UCP) Law School (European Union Law; Competition Law). Holds the Jean Monnet Chair “Current and future challenges of European integration”. Director of the Research Centre of the UCP Law School – UCP Research Centre for the Future of Law. Coordinator of the Doctoral Course in Law of the UCP (Porto). Author of books and papers on Competition Law, European Union Law and Internal Market. In 2018 was awarded the Prezie Antitrust Writing Awards – Best Academic Articles.*

### VASCO COLAÇO

É licenciado em Engenharia Civil e Pós-graduado em Transportes pela Universidade Técnica de Lisboa. É consultor nas áreas do Planeamento e Gestão de Sistemas de Transporte onde tem coordenado projetos nas áreas da mobilidade urbana, redes de transporte com especial incidência para a modelação de sistemas de circulação. É administrador da TISpt – Consultores em

Transportes, Inovação e Sistemas, S.A. Presidente da Direção da DECO – Associação Portuguesa para a Defesa do Consumidor, desde 2006 e membro do Conselho de Administração da Euroconsumers.

*Graduated in Civil Engineering and Masters in Transports from the Technical University of Lisbon. Consultant in Planning and management of transport systems. Coordination and management of projects in urban mobility, planning of road transport systems, demand estimates and evaluation of impact on road infra-structures. Member of the board of TISpt. President of the board of DECO – Portuguese Defence Consumer Association Member of the board of Euroconsumers.*

# REVISTA DE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO

## ÍNDICE TEMÁTICO CONSOLIDADO – N.os 1 a 34

- 2 Concorrência – Questões gerais
  - 2 *Questões processuais*
  - 4 *Private enforcement*
  - 6 *Nemo tenetur se ipsum accusare*
  - 7 *Outros*
- 7 Concorrência – Práticas restritivas
  - 8 *Geral*
  - 8 *Abuso de posição dominante*
  - 9 *Restrições verticais*
  - 10 *Restrições horizontais*
- 11 Concorrência – Controlo de concentrações
- 12 Concorrência – Auxílios de Estado
- 13 Financeiro e bancário
- 16 Seguros
- 16 Comunicações eletrónicas
- 16 Energia
- 17 Saúde
- 18 Autoridades Reguladoras e Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
- 20 Regulação do comércio e concorrência desleal
- 20 Contratação pública
- 21 Direito contraordenacional e processual penal
- 22 Ambiente
- 23 Transportes
- 23 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/ Dorothée 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 Farinhais	<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>
32	Luís Miguel Romão/ Alexandre Miguel 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 II)</i>
32	Tânia Luísa Faria	<i>Os efeitos dos recursos judiciais em processo de contraordenações da Autoridade da Concorrência: uma interpretação sistemática</i>
33-34	Inês Neves	<i>O lugar da proteção de dados na efetividade necessária ao direito da concorrência</i>
33-34	Rita de Sousa Costa	<i>O direito à portabilidade dos dados pela lente do direito da concorrência</i>
33-34	Maria Gabriela Castanheira Bacha	<i>CADE's application of pecuniary penalties and punitive measures: the need of ascertaining its "state of rightness"</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 *Private Enforcement of Competition Law in Portugal (I): An Overview of Case-law*
- 10 Catarina Anastácio *Acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de junho de 2011, no Processo C-360/09, Pfleiderer AG v. Bundeskartellamt*
- 11-12 José Robin de Andrade *Apresentação sobre a nova Lei de Arbitragem Voluntária e a aplicação do direito da concorrência pelos tribunais arbitrais*
- 11-12 Christopher Hodges *New Modes of Redress for Consumers and Competition Law*
- 11-12 Laurence Idot *Arbitration, European Competition Law and Public Order*
- 11-12 Assimakis P. Komninos *Arbitration and EU Competition Law*
- 13 Leonor Rossi/Miguel Sousa Ferro *Private Enforcement of Competition Law in Portugal (II): Actio Popularis – Facts, Fictions and Dreams*
- 14-15 Fernanda Paula Stoltz *A defesa da concorrência no Mercosul e a responsabilidade civil por ilícitos concorrenciais*
- 14-15 Fernando Xarepe Silveiro *Acórdão do Tribunal de Justiça de 6 de junho de 2013, no Processo C-536/11, Bundeswettbewerbsbehörde v. Donau Chemie AG*
- 18 Nuno Calaim Lourenço *The European Commission's Directive on Antitrust Damages Actions*
- 19 João Espírito Santo Noronha *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*
- 20-21 Marco Botta/Natalie Harsdorf *The Judgement of the European Court of Justice in Kone: Any Real Added Value?*
- 22 Ricardo Alonso Soto *La aplicación privada del Derecho de la competencia*
- 22 Antonio Robles Martín-Laborda *La Directiva 2014/104/UE sobre daños antitrust y la configuración del Derecho español de daños*
- 22 Leonor Rossi/Miguel Sousa Ferro *O “private enforcement” do direito da concorrência e o acesso a elementos de prova*
- 22 Antonio Davola *Empowering consumers through competition: A study on the creation of a European antitrust claims market*

22	Vasil Savov	<i>Quel rôle du regroupement de créances indemnitàires 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 anteprojeto de transposição da diretiva 2014/104/UE – Relatório Síntese</i>
26	Autoridade da Concorrência	<i>Enquadramento da consulta pública da proposta de anteprojeto de transposição da Diretiva Private Enforcement; Relatório sobre a consulta pública da proposta de anteprojeto de transposição da Diretiva Private Enforcement; Exposição de motivos anexa à Proposta de Anteprojeto submetida ao Governo; e Proposta de Anteprojeto 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 aspectos 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 perspetivas em função da reforma do direito da concorrência português</i>
19	Lúcio Tomé Feteira	<i>Entre eficiência e desenvolvimento: Reflexões sobre o Direito da Concorrência nos países em vias de desenvolvimento</i>

22	Francisco Portugal	<i>Impact of taxes on competition: the legal status quo in the European Union</i>
23-24	António Ferreira Gomes	<i>IV Conferência de Lisboa sobre Direito e Economia da Concorrência: discursos de abertura e de encerramento</i>
26	Miguel Moura e Silva	<i>As operações sobre valores mobiliários e o direito da concorrência</i>
27-28	Mary Catherine Lucey	<i>Economic crisis and competition law in Ireland and Portugal</i>
33-34	Peter Freeman	<i>Things are not what they were – Competition Law in a changing context</i>
33-34	Bruno de Zêzere Barradas	<i>Blockchain e Concorrência – Um novo horizonte de aplicação?</i>
33-34	Danilo Sérgio de Souza	<i>Direito da concorrência e inovação. O uso da tecnologia blockchain e possíveis implicações concorrenciais</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>
33-34	Francisco Espregueira Mendes, Leyre Prieto & Daniela Cardoso	<i>Da natureza das restrições à concorrência nos acordos de distribuição seletiva: a influência de Coty Prestige no comércio eletrónico</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 infracção ao artigo 81.º TCE)</i>
2	João Pateira Ferreira	<i>Acórdão do Tribunal de Justiça de 4 de Junho de 2009 (3.ª 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 infracções 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>
33-34	Angelo Gamba Prata de Carvalho	<i>Os contratos associativos no direito da concorrência brasileiro</i>
33-34	Marcela Lorenzetti	<i>Contratos associativos no transporte marítimo: análise de VSAs no Brasil</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>
33-34	Daniela Cardoso	<i>Comentário ao Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 7 de setembro de 2017, processo C-248/16</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 atribuam 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 (1.ª 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 <i>nemo tenetur</i></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 económico: el alcance del riesgo permitido. Reflexiones sobre la conducta típica en el derecho penal del mercado de valores e instrumentos financieros y de la corrupción entre particulares</i>
17	Joseph Dale Mathis	<i>European Payment Services: How Interchange Legislation Will Shape the Future of Retail Transactions</i>
18	José Gonzaga Rosa	<i>Shadow Banking – New Shadow Entities Come to Light</i>
18	Pedro Lobo Xavier	<i>Das medidas de resolução de instituições de crédito em Portugal – análise do regime dos bancos de transição</i>
18	Sofia Brito da Silva	<i>A notação de risco da dívida soberana: O exercício privado de um serviço de interesse público</i>

20-21	Pablo Galain Palermo	<i>Lavado de activos en Uruguay: una visión criminológica</i>
20-21	Sérgio Varela Alves	<i>Da participação da Banca em Sociedades não Financeiras: Mais do que allfinance</i>
20-21	Rute Saraiva	<i>Um breve olhar português sobre o modelo de supervisão financeira em Macau</i>
20-21	Luís Pedro Fernandes	<i>Dos sistemas de Microcrédito na Lusofonia: Problemas e soluções</i>
20-21	Daniela Pessoa Tavares	<i>O segredo bancário na legislação bancária de Angola, Cabo Verde e Moçambique</i>
20-21	Raluca Ghiurco	<i>As instituições de supervisão financeira em Moçambique</i>
20-21	Francisco Mário	<i>Supervisão bancária no sistema financeiro Angolano</i>
20-21	Catarina Balona/João Pedro Russo	<i>O Banco de Cabo Verde – Principais aspectos 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 prospecto</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>
33-34	Katerina Lagaria	<i>Towards a single capital markets supervisor in the EU: the proposed extension of ESMA's supervisory powers</i>

33-34	Ivana Souto de Medeiros	<i>A resolução bancária e a salvaguarda do erário público na União Europeia: do bail-out ao bail-in</i>
33-34	Lucas Catharino de Assis	<i>A liberdade de circulação de capitais e a necessidade de se garantir a eficácia dos controlos fiscais nas situações envolvendo Estados terceiros</i>
33-34	Frederico Machado Simões	<i>Sobre o novo regime do concurso de infrações no Código dos Valores Mobiliários e o Princípio do Ne Bis in Idem</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 autoincluir: 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 21<sup>st</sup> 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 &amp; 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 5.º aniversário do TCRS</i>
30	Carla Câmara	<i>Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão: quo vadis?</i>
30	Fernando Oliveira Silva & Fernando Batista	<i>A regulação dos setores da construção, do imobiliário e dos contratos públicos</i>
30	Luís Miguel Caldas, Marta Borges Campos, Alexandre Leite Baptista & Anabela Morão de Campo	<i>Âmbito e desafios do controlo jurisdicional do Tribunal da Concorrência Regulação e Supervisão: a vida íntima dos processos</i>
30	Miguel Sousa Ferro	<i>Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão: uma análise jurídico-económica no seu 5.º aniversário</i>
30	Pedro Marques Bom & Ana Cruz Nogueira	<i>Cinco anos, cinco desafios</i>
30	Pedro Portugal Gaspar & Helena Sanches	<i>Deverão os recursos de todas as decisões contraordenacionais adotadas pela ASAE 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>
33-34	Raúl Vieira da Silva	<i>A independência orçamental das entidades reguladoras à luz da nova lei-quadro</i>
33-34	Miguel Pena Machete & Catarina Pinto Xavier	<i>Autoridade da Concorrência – dividir para reinar?</i>
33-34	Vicente Bagnoli	<i>Business strategies to improve antitrust compliance in Brazil and the approach of CADE to advocacy: the Car Wash investigation</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 diretrizes sobre contratação pública</i>
19	Raquel Carvalho	<i>As novas Diretrizes 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>
32	Nuno Cunha Rodrigues	<i>Contratação Pública e concorrência: de mãos dadas ou de costas voltadas?</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 bissetriz (imperfeita) entre o Direito Penal e o Direito Administrativo – a pretexto de alguma jurisprudência constitucional</i>
14-15	Milene Viegas Martins	<i>A admissibilidade de valoração de imagens captadas por particulares como prova no processo penal</i>
16	Érico Fernando Barin	<i>Alargar a perda alargada: O projeto Fenix</i>
16	José Danilo Tavares Lobato	<i>Um panorama da relação entre abuso e direito, ações neutras e lavagem de dinheiro</i>
16	Mafalda Melim	<i>Standards de prova e grau de convicção do julgador</i>
16	David Silva Ramalho	<i>O uso de malware como meio de obtenção de prova em processo penal</i>
16	Catiuce Ribas Barin	<i>A valoração das gravações de áudio produzidas por particulares como prova no processo penal</i>
16	José Neves da Costa	<i>Do aproveitamento em processo penal das provas ilicitamente obtidas por particulares – O caso BCP</i>
16	Catarina Abegão Alves	<i>Agente infiltrado ou provocador? Um problema de proibição de prova à luz do caso Teixeira de Castro v. Portugal</i>
23-24	Stephen Mason	<i>Towards a global law of electronic evidence? An exploratory essay</i>
23-24	Daniel Diamantaras de Figueiredo	<i>O direito ao confronto e o caso Al-Khawaja e Tahery c. Reino Unido</i>
23-24	Felipe Soares Tavares Morais	<i>O ônus 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>
32	Enrico Sanseverino	<i>O crime de corrupção no sector privado e o seu tratamento em uma perspetiva internacional em face dos interesses tutelados</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>
33-34	Carlos Oliveira Cruz & Joaquim Miranda Sarmento	<i>Concorrência e regulação na privatização dos aeroportos num contexto de finanças públicas sob stress: uma análise das motivações do governo e dos investidores</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>
32	Miguel Moura e Silva e Manuel Cabugueira	<i>The competition impact of extending the activity of waste and water management concessionaires to competitive markets</i>



*Colaboração com a*

## REVISTA DE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO

1. A *Revista de Concorrência e Regulação* (C&R) está aberta à colaboração dos seus Leitores, pelo que aceita para publicação artigos, estudos ou comentários de jurisprudência que se enquadrem na temática geral do Direito e Economia da concorrência e regulação e na temática específica de cada número, de acordo com um duplo critério de interesse informativo e qualidade científica.
2. Todos os textos a publicar na C&R são da responsabilidade exclusiva dos seus Autores. A publicação dos textos não significa a concordância da C&R com as posições neles expressas.
3. Os textos a publicar devem ser inéditos e podem ser apresentados em português, espanhol, francês ou inglês, sendo publicados na língua em que foram redigidos. Em casos excepcionais, poderão ser aceites textos não inéditos, devendo então o Autor indicar onde foram publicados anteriormente.
4. Os textos devem estar formatados em *Word* e não exceder, em regra, 70 mil caracteres (incluindo espaços). Devem também ser acompanhados de um resumo (“*abstract*”), com um máximo de 100 (cem) palavras, em inglês.
5. Aos textos, os Autores devem ainda juntar uma breve nota curricular (que não deverá exceder, para cada versão linguística, 950 carateres, incluindo espaços) em português e inglês, morada e endereço eletrónico.
6. A informação sobre as normas formais aplicáveis aos textos a submeter à *Revista de Concorrência e Regulação* deve ser solicitada, antes do envio do texto, através do endereço eletrónico [revista@concorrencia.pt](mailto:revista@concorrencia.pt).
7. Os trabalhos devem ser remetidos em formato digital para o endereço eletrónico [revista@concorrencia.pt](mailto:revista@concorrencia.pt) ou para a morada: Autoridade da Concorrência – Avenida de Berna, 19, 1050-037 Lisboa, ao cuidado de Ricardo Bayão Horta.
8. As provas tipográficas dos textos aprovados para publicação serão enviadas ao Autor para a morada ou endereço eletrónico por si indicados, para revisão.

*Collaboration with*

**REVISTA DE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO**

1. *Revista de Concorrência e Regulação* (C&R) welcomes submissions for publication from its readers, including papers, studies or case comments, related to Competition and Regulation Law and Economics and the specific theme of each issue, according to the interest and scientific quality of each contribution.
2. Authors are exclusively responsible for their papers. Publication of papers does not mean that C&R endorses the views expressed therein.
3. Papers must not have been published elsewhere and can be submitted in Portuguese, Spanish, French or English. Papers will be published in the original language. In exceptional cases, papers that have already been published may be accepted. In such circumstances the Author will be required to indicate where the paper has been published previously.
4. Texts must be processed in Word, should not exceed 70,000 characters (including spaces) and must also be accompanied by an abstract, with a maximum of 100 words, in English.
5. Authors must provide a short CV in Portuguese and English, (which should not exceed 950 character, including spaces, for each of the languages) as well as mailing and email addresses.
6. Further information on the formal rules for submission of materials to the C&R must be requested in advance, by contacting [revista@concorrencia.pt](mailto:revista@concorrencia.pt).
7. Contributions must be sent in digital format to the email address [revista@concorrencia.pt](mailto:revista@concorrencia.pt) or to the address: Autoridade da Concorrência – Avenida de Berna, 19, 1050-037 Lisboa – Portugal, to the attention of Mr. Ricardo Bayão Horta.
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 Sérvelo 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 DE REDAÇÃO**

**Presidente:** Ricardo Bayão Horta

#### **Comissão Coordenadora:**

Cristina Camacho  
Fernando Pereira Ricardo  
João Cardoso Pereira  
José Renato Gonçalves

Luís Vale Lima  
Nazaré da Costa Cabral  
Ricardo Bayão Horta  
Vítor Miguel Lourenço

#### **Editores:**

*Concorrência – Questões gerais, europeu e comparado*  
Carlos Pinto Correia/João E. Gata

*Concorrência – Práticas restritivas*  
Fernando Xarepe Silveiro/João Pateira Ferreira

*Concorrência – Auxílios de Estado*  
Miguel Mendes Pereira/António Carlos dos Santos/Marco Capitão Ferreira

*Concorrência – Concentrações*  
Margarida Rosado da Fonseca

*Autoridades reguladoras*  
João Miranda

*Direito contraordenacional e processual penal*

Teresa Quintela de Brito/João Matos Viana/Vânia Costa Ramos

*Economia*

António Pedro Santos/Jorge Rodrigues/Paulo Gonçalves

*Água e resíduos*

João Miranda

*Ambiente*

Carla Amado Gomes

*Aviação civil*

António Moura Portugal

*Comércio, consumo e concorrência desleal*

Teresa Moreira

*Contratação pública*

Nuno Cunha Rodrigues

*Energia*

Gonçalo Anastácio

*Financeiro*

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

C&R