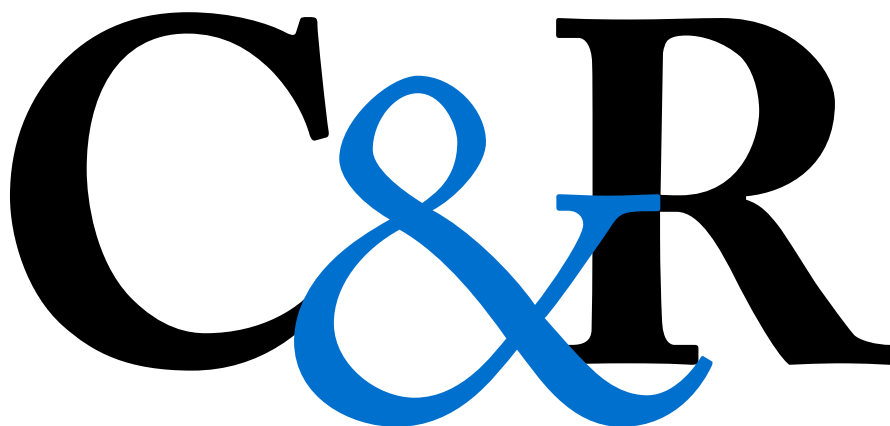


AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA
INSTITUTO DE DIREITO ECONÓMICO
FINANCEIRO E FISCAL DA FACULDADE DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE DE LISBOA

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 X • NÚMERO/No 38
ABRIL/APRIL • JUNHO/JUNE 2019
PERIODICIDADE TRIMESTRAL/QUARTERLY



INSTITUTO
DE DIREITO
ECONÓMICO
FINANCEIRO
E FISCAL FDL



AUTORIDADE DA
CONCORRÊNCIA

REVISTA
DE CONCORRÊNCIA
E REGULAÇÃO

ANO X • NÚMERO 38
ABRIL – JUNHO 2019

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
ECONÓMICO
FINANCEIRO
E FISCAL FDL



AUTORIDADE DA
CONCORRÊNCIA

REVISTA DE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO

Ano X • Número 38

abril – junho 2019

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.^{DA}

JULHO 2019

N.º DE REGISTO NA ERC

126126

ESTATUTO EDITORIAL

http://www.concorrenca.pt/vPT/Estudos_e_Publicacoes/Revista_CR/Paginas/Revista-CR.aspx

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

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

13 DOUTRINA

13 Doutrina geral

15 Marta Campos – *Competência do TCRS em relação à intervenção do Ministério Público na fase organicamente administrativa do processo de contraordenação por práticas restritivas da concorrência*

31 Luís Catarino – *Segredos da Administração: segredos de supervisão e de sanção*

83 Fernando Batista – *Apresentação de propostas, num mesmo procedimento concorrencial, por operadores económicos ligados entre si*

117 BREVES

Os dez anos do Círculo dos Advogados Portugueses de Direito da Concorrência

119 Carlos Pinto Correia – *A propósito dos dez anos do Círculo dos Advogados Portugueses de Direito da Concorrência*

123 Margarida Matos Rosa – *Concorrência e política industrial*

129 Joaquim Caimoto Duarte – *Inovação e controlo de concentrações – breves notas sobre a sua prática em Portugal*

137 Eduardo Maia Cadete – *Artigo 101.º, law in books, law in action e o mundo real*

141 João Pateira Ferreira – *Old classics die hard. A few comments on vertical restraints as object infringements*

149 Ana Ferreira Neves – *Impacto do e-commerce na política de concorrência*

153 Luís do Nascimento Ferreira – *Breve apontamento sobre os desafios das plataformas digitais em processos de abuso de posição dominante*

159 JURISPRUDÊNCIA GERAL

154 Jurisprudência nacional de concorrência – abril a junho de 2019

165 Jurisprudência de concorrência da União Europeia – abril a junho de 2019

173 Notas Curriculares

181 Índice consolidado por temas

205 Colaboração com a Revista de Concorrência e Regulação

207 Órgãos Sociais

EDITORIAL/EDITORIAL NOTE

Maria João Melícias

Miguel Sousa Ferro

No seu número 38, a Revista de Concorrência & Regulação alia-se às celebrações do 10.º aniversário do Círculo dos Advogados Portugueses de Direito da Concorrência.

Aproveitando as excelentes apresentações realizadas por numerosos oradores na conferência organizada pelo CAPDC a 12-13 de abril de 2019 na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, com o apoio do Centro de Investigação de Direito Europeu, Económico, Financeiro e Fiscal, a C&R convidou os oradores presentes a contribuírem com algumas das suas reflexões, em formato breve, para este número especial da Revista. Sabendo-se da extrema escassez de tempo que assola as práticas de concorrência nacionais, só por si sinal do atual vigor da política

In its Issue 38, the Revista de Concorrência & Regulação joins in on the celebrations of the 10th anniversary of the Portuguese Competition Lawyers Circle.

Taking the opportunity of the excellent presentations delivered by numerous speakers at the conference organized by the PCLC on 12-13 April 2019, at the Lisbon University Law School, with the support of the European, Economic, Financial and Tax Law Research Centre, C&R invited the speakers present to contribute with some of their thoughts, in the brief paper format, to this special issue of the Journal. Knowing all too well the extreme scarcity of time which is felt by the Portuguese Competition Bar, which

de concorrência em Portugal, estamos muito gratos que vários autores tenham respondido favoravelmente a este convite.

Carlos Pinto Correia, Presidente do CAPDC, e Margarida Matos Rosa, Presidente do conselho de administração da Autoridade da Concorrência, discutem o direito e política da concorrência no grande plano, o seu passado, presente e futuro.

Joaquim Caimoto Duarte analisa as regras de controlo de concentrações, em especial em mercados onde se destaca o papel da inovação.

Eduardo Maia Cadete e João Pateira Ferreira olham ambos para a fronteiras entre restrições por objeto e restrições por efeito, o primeiro focando-se nas práticas horizontais e o segundo nas práticas verticais.

Ana Ferreira Neves aborda a concorrência digital e as iniciativas europeias que se têm verificado a esse nível.

Luís do Nascimento Ferreira também aborda os mercados digitais, mas concentrando-se nas questões de abuso de posição dominante.

Este número da C&R conta também com três estudos doutrinários aprofundados.

Marta Campos discute o enquadramento teórico e a experiência prática do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão nos pedidos de controlo judicial de atos do Ministério Público, no âmbito de investigações de práticas restritivas

is in itself a sign of the current vigour of competition enforcement in Portugal, we are very grateful to the various authors who responded favourably to our invitation.

Carlos Pinto Correia, President of the APCL, and Margarida Matos Rosa, Presidente of the Board of the Portuguese Competition Authority, discuss Competition Law and policy in the larger picture, its past, present and future.

Joaquim Caimoto Duarte discusses merger control, with special focus on markets where innovation plays a decisive role.

Eduardo Maia Cadete and João Pateira Ferreira both look at the boundaries between object restrictions and effects restrictions, the first on horizontal practices and the second on vertical practices.

Ana Ferreira Neves tackles digital competition and the European initiatives which have been taking place at that level.

Luís do Nascimento Ferreira also tackles digital markets, but focusing specifically on problems of abuse of dominance.

This issue of C&R is also host to three in-depth research papers.

Marta Campos discusses the theoretical framework and the practical experience of the Portuguese Competition, Regulation and Supervision Court in

da concorrência. A autora almeja pôr termo a uma controvérsia que tem gerado litigância significativa perante o Tribunal, sendo decidida consistentemente do mesmo modo, bem como esclarecer outras questões que permanecem abertas.

Luís Guilherme Catarino analisa, numa abordagem constitucionalista, o segredo e a sua proteção ou desproteção no contexto do exercício de poderes de supervisão e sancionatórios por entidades reguladoras. O autor chama a atenção, nomeadamente, para a importância da dimensão temporal na aferição do segredo, em vários sentidos. Mostra-se também atento ao impacto do desenvolvimento das novas tecnologias sobre esta temática e a associada modificação de perceções e expectativas sociais.

Por último, Fernando Batista recorre à sua vasta experiência prática de contratação pública e a um levantamento da jurisprudência nacional para construir uma posição unificada sobre a fronteira da (i)legalidade na apresentação de propostas, num mesmo procedimento concorrencial, por operadores económicos ligados entre si, quer ao abrigo do direito da concorrência (por remissão), quer estritamente ao abrigo do direito da contratação pública.

what concerns requests for judicial review of acts of the Public Prosecutor Office, in the scope of investigations of antitrust practices. The author aims at putting to rest a controversy which has generated significant litigation before the Court and has been consistently decided in the same manner, as well as clarifying other issues which remain open.

Luís Guilherme Catarino examines, in a constitutional approach, secrecy and the protection or unprotection thereof in the exercise of supervisory and sanctioning powers by regulatory authorities. The author stresses, inter alia, the importance of the temporal dimension when assessing secrecy, at several levels. He also expresses concern for the impact of the development of new technologies on this subject matter, and the connected change of social perceptions and expectations.

Lastly, Fernando Batista draws on his extensive practical experience of public procurement and a review of national case-law to build a unified position on the boundaries of (i)legality in the submission of bids, within the same tender procedure by economic agents linked together, either under competition law (by reference made to it) or strictly under public procurement Law.

C&R

DOCTRINA

Doutrina geral

COMPETÊNCIA DO TCRS EM RELAÇÃO À INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA FASE ORGANICAMENTE ADMINISTRATIVA DO PROCESSO DE CONTRAORDENAÇÃO POR PRÁTICAS RESTRITIVAS DA CONCORRÊNCIA*

Marta Campos

ABSTRACT *This paper focuses on the exercise of judicial control by the Competition Court in relation to the acts resulting from the intervention of the Public Prosecutor's Office during the organically administrative phase of the procedure for the enforcement of sanctions for anticompetitive practices. It tackles the case-law relating to the acts of the Public Prosecutor, and the disparities therein, and goes into the space for discussion and reflection regarding the acts of the Competition Authority in execution of decisions of Public Prosecutors*

SUMÁRIO 1. Introdução. 2. Atos próprios do Ministério Público. 3. Atos próprios da Autoridade da Concorrência. 3. Síntese da jurisprudência do TRCS e do TRL. 4. Conclusões.

1. INTRODUÇÃO

O presente texto versa sobre uma questão que tem sido bastante debatida no Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (doravante “TCRS”) nos processos de contraordenação por práticas restritivas da concorrência e que consiste, em termos genéricos, na competência do TCRS para apreciar atos¹ gerados pelo âmbito de intervenção do Ministério Público (doravante “MP”)

* Este texto corresponde, no essencial, à apresentação oral que efetuei na Conferência dos 10 anos do Círculo dos Advogados Portugueses de Direito da Concorrência, realizada no dia 12 de abril de 2019.

1 Utiliza-se, no texto, o termo “atos” para designar o objeto do controlo judicial em sentido amplo e apenas por facilidade de expressão, sem que com isso se esteja a assumir qualquer posição no sentido de que o TCRS possa atuar ou não, designadamente no âmbito de recursos de decisões interlocutórias, sobre atos que não sejam decisões. Aliás, a opção pelo termo “atos” está também relacionada com a necessidade de se evitar que, por via de uma opção conceitual não refletida, se retirasse do texto um entendimento implícito sobre uma questão, complexa, que ultrapassa o tema em discussão.

durante a fase organicamente administrativa do processo de contraordenação por práticas restritivas da concorrência.

A questão está especificamente relacionada com o artigo 21.º, do Novo Regime Jurídico da Concorrência (doravante “NRJC”), que atribui ao Ministério Público competência para autorizar a realização de determinadas diligências de prova durante a fase organicamente administrativa do processo de contraordenação por práticas restritivas da concorrência. Essas diligências probatórias são aquelas que estão previstas no artigo 18.º, n.º 1, alíneas c) e d), do NRJC, e no artigo 20.º, n.º 1, do NRJC, sendo o exemplo mais típico e recorrente a autorização para a realização de buscas e exames em instalações das empresas.

É bastante seguro que a decisão do Ministério Público – desde logo, face ao seu potencial de afetação da esfera jurídica dos visados – tem de ser passível de controlo judicial. Contudo, o NRJC é omissivo sobre este ponto, nada estipulando sobre os termos do controlo judicial ou sobre os meios de reação judicial respetivos, pelo que, tratando-se de uma matéria que carece necessariamente de uma expressão legal positiva, tal omissão corresponde a uma lacuna.

Nos capítulos seguintes irei explicitar o entendimento que tenho adotado sobre os termos de preenchimento desta lacuna, o que implicará a distinção entre os atos próprios do Ministério Público e os atos próprios da Autoridade da Concorrência (AdC) em execução daqueles. Adicionalmente, como não há entendimentos coincidentes no TCRS e no TRL sobre esta questão, apresentarei uma síntese da jurisprudência sobre a matéria, antes das conclusões finais.

2. ATOS PRÓPRIOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Os atos próprios do Ministério Público reportam-se tão simplesmente aos atos praticados pelo Ministério Público, sendo o exemplo mais paradigmático o despacho de autorização.

Em tese são equacionáveis três hipóteses de solução para o problema identificado, que podemos enunciar nos seguintes termos: (i) a primeira hipótese consiste na impugnação da decisão do MP perante a AdC e recurso desta decisão para o TCRS; (ii) a segunda hipótese traduz-se na impugnação da decisão do MP diretamente perante o TCRS; (iii) e a terceira hipótese reconduz-se ao controlo judicial subsequente pelo TCRS durante a fase de impugnação judicial da decisão final proferida pela AdC.

A primeira hipótese é a mais intuitiva e linear, face às competências do TCRS (cf. artigo 112.º, da Lei de Organização do Sistema Judiciário – doravante “LOSJ”) e ao regime dos recursos previsto nos artigos 83.º e ss, do NRJC. Contudo, depara-se com obstáculos de natureza estrutural e teleológica inultrapassáveis.

Assim, do ponto de vista estrutural, importa ter presente que o Ministério Público, no seu recorte jurídico-constitucional, consagrado nos artigos 219.º e ss., da Constituição, pese embora não exerça “a função judicial em sentido estrito que é da reserva dos tribunais judiciais”², é um órgão do poder judicial, ou seja, “é uma entidade que constitui, ao lado do tribunal, um órgão autónomo de administração da justiça”³. Isto é assim não só quando o Ministério Público intervém como titular da ação penal, mas também, pelo menos, em todas as funções e intervenções de natureza judiciária. Desta premissa essencial parte-se para uma segunda, que se traduz no seguinte: enquanto órgão do poder judicial, as “iniciativas e decisões de natureza judiciária do Ministério Público ... estão sujeitas ao controlo interorgânico dos tribunais”⁴. Estas duas premissas conduzem lógica e necessariamente à conclusão de que é inaceitável, desde logo, na perspetiva constitucional, que a AdC possa exercer qualquer tipo de controlo sobre as iniciativas e decisões de natureza judiciária do Ministério Público. Simplesmente, não pode. Só os tribunais o podem fazer.

Para além de estar vedada a referida possibilidade, numa ótica de opções constitucionais fundamentais, também seria fatalmente incongruente de um ponto de vista teleológico, pelo seguinte: conforme se exarou, na sentença proferida no processo n.º 83/18.7YUSTR, a atribuição de competência ao Ministério Público prevista nos artigos 18.º, n.º 2, e 21.º, ambos do NRJC “*garante um nível de protecção dos direitos e interesses das visadas acrescido pela via da equiparação das diligências de busca, exame, recolha e apreensão, previstas nas alíneas c) e d) do n.º 1 dos arts.º 18.º, 19.º e 20.º do NRJC, às diligências de busca e apreensão do processo penal*”. Ou seja, tratou-se de uma opção legislativa que visou mais garantia no que respeita ao decisor e não menos, face a meios de obtenção de prova que se caracterizam por uma “maior agressividade”⁵. Seria uma aporia insustentável admitir que a competência, em primeira linha, cabe ao Ministério Público em nome de uma opção que oferece mais garantias do

2 Mesquita, 2003: 50.

3 *Idem*, p. 50.

4 *Idem*, p. 49.

5 Moutinho & Duro, 2013: 209.

que a AdC, para, no momento seguinte, se aceitar que a AdC pode rever e substituir – ou seja, controlar – as decisões do Ministério Público.

Por estas razões, rejeita-se esta primeira hipótese de solução não só no plano do direito constituído, mas também no plano do direito a constituir.

Passemos para a análise da segunda hipótese – impugnação da decisão do MP diretamente perante o TCRS.

O primeiro argumento em sentido contrário consiste no facto da competência do TCRS estar dependente da existência de uma *decisão, despacho ou medida* da AdC – cf. artigo 112.º, n.º 1, alínea a), da LOSJ. Contudo, este argumento não é decisivo, pois, face ao disposto no artigo 112.º, n.º 5, da LOSJ, não se pode ter por totalmente excluída – pelo menos, para efeitos de melhor ponderação – a possibilidade do Tribunal ser chamado a intervir diretamente. Por conseguinte, considera-se que a resposta definitiva não está neste horizonte de análise.

Avançando noutra direção, importa realçar que os artigos 18.º, n.º 2, e 21.º, ambos do NRJC, ao atribuírem competência ao Ministério Público, saíram fora da arquitetura-padrão de competências e controlo prevista no NRJC, corporizada pela AdC e pelo TCRS. Concomitantemente, tais normas ao fazerem intervir o Ministério Público, na qualidade de “*autoridade judiciária competente*”, estão a pressupor, por via da utilização do designativo e função exercida pelo Ministério Público na fase de inquérito do processo penal (cf. artigos 1.º, alínea b), e 263.º, n.º 1, ambos do Código de Processo Penal – doravante “CPP”), uma atuação organicamente enquadrada dentro do regime definido pelo complexo de normas de origem dessa atuação enquanto “*autoridade judiciária competente*”, ou seja, o CPP. Esta asserção sai reforçada pela circunstância do legislador não ter incluído no NRJC normas específicas sobre o controlo dos atos e decisões do Ministério Público.

A conclusão a que estas premissas nos conduzem é que as decisões e os atos praticados pelo Ministério Público, no processo de contraordenação por práticas restritivas da concorrência, devem estar sujeitos aos mesmos mecanismos de controlo endoprocessual previstos no CPP para as decisões e atos praticados pelo Ministério Público, enquanto *autoridade judiciária competente*, que se adaptem, evidentemente, ao processo contraordenacional. Vejamos quais são esses mecanismos de controlo.

No processo penal, a atuação do Ministério Público enquanto autoridade judiciária competente – isto é, na fase do inquérito – está sujeita a mecanismos de controlo intraorgânicos, através da intervenção hierárquica, e a um *controlo interorgânico*, ou seja, a um controlo exercido por um órgão do poder

judicial diferente do próprio Ministério Público. Este controlo interorgânico, em regra, é o controlo judicial exercido sobre a decisão final do inquérito, pelo juiz de instrução na fase de instrução e/ou pelo juiz de julgamento nesta fase final.

Há também a intervenção do juiz de instrução durante a fase de inquérito. Contudo, o juiz de instrução não intervém especificamente como instância de controlo interorgânico dos atos praticados pelo Ministério Público, mas como expressão da “reserva judicial relativamente à aplicação de medidas que afectem os ... direitos, liberdades e garantias”⁶, sendo uma intervenção ocasional, provocada e tipificada⁷, ou seja, intervém em matérias que estão excluídas do poder de decisão do Ministério Público, tematicamente vinculadas à protecção dos referidos valores constitucionais, podendo-se afirmar com Paulo Dá Mesquita, que entre o juiz de instrução e o Ministério Público existe uma “*relação de equiordenação*”⁸.

Face à tipificação prevista nos artigos 268.º e 269.º, ambos do CPP, relativamente aos atos que o juiz de instrução pode praticar, ordenar ou autorizar na fase de inquérito, conclui-se que, no processo penal, o mérito das decisões proferidas pelo Ministério Público não pode ser invocado autonomamente perante o juiz de instrução, na fase referida. Tem-se noção de que este entendimento não é unânime (pelo menos, quanto a vícios formais), conforme se pode constatar por via da fundamentação do acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 24.09.2015, processo n.º 208/13.9TELSB-B.L1-9º, que indica abundante doutrina e jurisprudência num sentido e no outro. Contudo, é aquele que, face aos parâmetros enunciados, se considera, com muito respeito pela posição contrária, o mais consentâneo com as opções legais adotadas.

Contudo, tal não significa que ao juiz de instrução esteja sempre vedada a competência para rever o mérito das decisões proferidas pelo Ministério Público na fase de inquérito. Poderá fazê-lo, mas por via incidental apenas quando relevem para as decisões que terá de proferir, tipificadas na lei e tematicamente vinculadas. Só nestas hipóteses muito limitadas se poderá admitir um controlo interorgânico, residual, por parte do juiz de instrução.

Destes mecanismos, retira-se a solução para a questão da competência para a revisão ou controlo do mérito das decisões do Ministério Público durante o

6 Mesquita, 2003: 327.

7 *Idem*, p. 182.

8 *Idem*, p. 171.

9 In www.dgsi.pt.

inquérito, traduzindo-se no seguinte: sem prejuízo de um eventual controlo intraorgânico¹⁰, qualquer decisão do Ministério Público, nessa fase, ainda que seja “definitiva na sequência procedimental do inquérito, não vincula o órgão judicial que vier a intervir em fases subsequentes do processo”¹¹. Por conseguinte e em síntese do que se referiu, qualquer decisão do Ministério Público está sujeita a um controlo endoprocessual interorgânico que é garantido pelo controlo judicial (i) “em sede de incidentes judiciais que relevem os actos inválidos”¹² pelo juiz de instrução, na fase de inquérito (*controlo residual*, conforme referido) e (ii) pelo controlo judicial subsequente “no decurso de fases dirigidas judicialmente”¹³, instrução e/ou julgamento (*controlo regra*).

A aplicação destes parâmetros ao processo contraordenacional por práticas restritivas da concorrência leva-nos a concluir pela inviabilidade da segunda hipótese referida e em análise, no sentido do mérito da decisão do Ministério Público ser contestado diretamente perante o TCRS na fase organicamente administrativa, pois, na fase de inquérito do processo penal, não existe este tipo de controlo interorgânico, mas apenas aquele controlo judicial residual por parte do juiz de instrução.

Resta, por fim, a terceira hipótese - controlo judicial subsequente pelo TCRS durante a fase de impugnação judicial da decisão final proferida pela AdC.

As asserções precedentes, a propósito da análise da segunda hipótese, já permitem antever que esta terceira possibilidade é a correta, não se impondo apenas por exclusão de partes. Assim, há um ponto de identidade entre a arquitetura de controlo traçada no CPP e no NRJC e subsidiariamente no Regime Geral das Contraordenações (doravante “RGCO”) que dá apoio a esta solução.

Este ponto de identidade consiste no facto do controlo judicial exercido pelo TCRS, no recurso de impugnação judicial da decisão final da AdC, ser um controlo de plena jurisdição, cujo âmbito pode ser extensivo a todo o objeto do processo, passando a decisão impugnada a ter um valor meramente enunciativo e estar sujeita a um verdadeiro controlo judicial total subsequente. Este ponto permite estabelecer a identidade substantiva necessária à aplicação – devidamente adaptada – do referido controlo judicial regra.

10 Mesquita, 2003: 96, nota de rodapé 141.

11 *Idem*.

12 *Idem*.

13 *Idem*.

É certo que também há um fator de diferença, que consiste no seguinte: o Ministério Público não é a entidade decisora da fase organicamente administrativa, sendo a sua intervenção no processo de contraordenação pontual, provocada e tipificada. Contudo, este elemento de diferenciação não é suficientemente forte para comprometer a referida identidade substantiva, pois a decisão final da fase organicamente administrativa, ao pressupor e aceitar como válidos os atos e decisões do Ministério Público, está a incorporá-los ou, utilizando as palavras proferidas no processo n.º 83/18.7YUSTR, dá-se *“uma utilização processual própria, autónoma e funcionalizada ao exercício das competências sancionatórias da AdC no âmbito de processo contra-ordenacional e de acordo com a tramitação prevista no NRJC”*.

O acolhimento desta terceira hipótese significa o seguinte: durante a fase organicamente administrativa, o visado deve (quanto a vícios sanáveis) ou pode (quanto a vícios insanáveis) suscitar as invalidades relativas aos atos praticados pelo Ministério Público perante o próprio Ministério Público (com eventual intervenção hierárquica se se entender que é legalmente admissível); esta decisão do Ministério Público e os vícios insanáveis podem ser sujeitos a controlo judicial no recurso de impugnação judicial da decisão final da AdC, assim como o TCRS pode conhecer oficiosamente os vícios insanáveis neste recurso e nos termos gerais.

Foi este o entendimento adotado nos processos n.ºs 249/18.0YUSTR e 249/18.0YUSTR-A.

3. ATOS PRÓPRIOS DA AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA:

Os atos próprios da AdC incluem todos os atos praticados por esta Autoridade durante a execução dos atos praticados pelo MP.

Neste plano, é necessário distinguir entre: (i) os atos da AdC cuja decisão está logicamente dependente da apreciação dos atos do MP; (ii) e os atos da AdC cuja decisão não está logicamente dependente da apreciação da validade dos atos do MP.

Os primeiros – atos da AdC cuja decisão está logicamente dependente da apreciação dos atos do MP – incluem todos os atos praticados pela AdC, cuja apreciação implicaria, como pressuposto prévio e necessário, a apreciação dos atos do MP. O exemplo mais paradigmático consiste na invocação simultânea da nulidade ou irregularidade do mandado do MP por indeterminação do objeto e da nulidade por apreensão de documentos pela AdC não compreendidos no objeto do processo. Esta segunda questão está dependente e

pressupõe a primeira, pois a decisão relativamente aos documentos cobertos ou não pelo despacho que determinou a busca implica, como premissa lógica e necessária, que tal despacho e bem assim o mandado cumprem os requisitos legais quanto à definição do objeto do ato. Efetivamente, o Tribunal não pode decidir que a AdC não foi ou foi para além dos atos que a habilitavam a proceder à busca, sem assumir, como pressuposto da sua decisão, que esses atos definiram ou não de forma suficiente as finalidades da diligência, que servem de referência para a decisão de saber se os documentos apreendidos estão ou não compreendidos no seu âmbito.

A questão problemática quanto a estes atos consiste em saber se o Tribunal pode, nestes casos, apreciar e decidir, antes do recurso de impugnação judicial da decisão final, a regularidade formal e/ou a validade dos atos próprios do MP.

Das asserções tecidas no capítulo precedente retira-se que o único enquadramento jurídico possível para sustentar esta hipótese seria admitir que o TCRS pode exercer, na fase organicamente administrativa do processo de contraordenação por práticas restritivas da concorrência, o referido *controlo interorgânico residual*, que permitiria a revisão da decisão do Ministério Público a título incidental. Contudo, considera-se que esta hipótese não é legalmente possível.

Assim, a aplicação do referido *controlo interorgânico residual* pressupõe a equiparação do juiz do TCRS ao juiz de instrução, no âmbito dos recursos de decisões interlocutórias. Sucede que o próprio juiz de instrução é chamado a intervir na fase organicamente administrativa do processo contraordenacional (cf. artigo 21.º, do NRJC). O que significa que o TCRS não pode assumir, nessa fase, tal função, pois aquilo que a mesma implica e visa proteger já está salvaguardado.

Dir-se-á: mas, por uma questão de oportunidade e economia processual, poder-se-ia aproveitar o controlo exercido pelo Tribunal nos recursos de decisões interlocutórias para rever, a título incidental, do mérito das decisões do Ministério Público, tanto mais que o regime-regra de recurso das decisões interlocutórias – cf. artigos 84.º, n.ºs 1 e 2, e 85.º, n.º 1, ambos do NRJC – é indiciador de que se pretendeu evitar que as ilegalidades ocorridas ao longo do processo sejam suscitadas no recurso de impugnação judicial da decisão final.

Estes argumentos não são válidos, porque o regime-regra de recurso das decisões interlocutórias foi pensado e previsto apenas para o controlo das decisões da AdC. E não é indiferente que esteja em causa uma decisão da AdC ou uma decisão do Ministério Público, pois a atribuição de competência

ao Ministério Público tem subjacente, conforme já referido, mais garantia, o que é correlativo de mais confiança.

Acresce ainda que, por meras razões de oportunidade, estar-se-ia a enveredar por uma solução de controlo interorgânico injustificadamente exasperada face ao regime seguido no processo penal, pois, conforme se nota na decisão proferida por este Tribunal, no processo n.º 83/18.7YUSTR, *“se no processo criminal o exercício de competências probatórias restritivas de direitos, liberdade e garantias pelo Ministério Público se encontra salvaguardado por aquele regime de sindicância respectivo da sua autonomia e domínio do inquérito, tornar-se-ia flagrantemente inadmissível que o Juiz da Concorrência, Regulação e Supervisão pudesse intervir no controlo dessa actividade além daquilo que o Juiz de Instrução pode nos termos da lei processual penal”*.

Quanto às razões de economia processual, o argumento não é igualmente válido, pois há razões desta natureza que ditam solução contrária, conforme, aliás, o TCRS salientou, na referida decisão proferida no processo n.º 83/18.7YUSTR, ao chamar a atenção para o facto de estar em causa uma discussão que, em última instância, ganha a sua relevância se os meios de prova afetados forem utilizados pela AdC para sustentar uma decisão condenatória, pois, neste momento, *“a relevância da prova apreendida no que tange ao sancionamento da visada/recorrente é necessariamente prematura e precária, pois que a AdC não procedeu a qualquer acto processual tendente à utilização dessa prova para demonstração da infracção, mormente quanto à sua utilização na nota de ilicitude. Aliás, tão mais prematura é essa relevância que, como temos vindo a dizer, essa apreensão não isenta a AdC de um juízo de utilidade e aferição do valor probatório nos actos de prosseguimento processual do respectivo processo sancionatório e que pode, em abstracto, conduzir a uma decisão de irrelevância e desentranhamento da prova, esvaziando a ilegalidade da restrição que a visada/recorrente quer ver sindicada”*.

É claro que a solução alcançada, sendo plenamente satisfatória do ponto de vista do controlo judicial dos atos próprios do MP, não garante o mesmo grau de satisfação relativamente ao controlo judicial dos atos da AdC, pois estes ficarão por apreciar e decidir durante a fase organicamente administrativa do processo, sem que sejam válidos, quanto aos mesmos, pelo menos parte dos argumentos precedentes. Inclusive se pode alegar que, por esta via, fica comprometida a finalidade subjacente ao regime-regra dos recursos interlocutórios.

Estas asserções são válidas. Contudo, não é possível dar uma resposta para o problema que seja plenamente satisfatória para todos os interesses envolvidos

ou que, numa perspectiva menos ambiciosa, garanta em certa medida, inferior à satisfação plena, uns e outros, pois os termos do conflito não permitem uma solução de compromisso. Assim, a opção pelo controlo judicial imediato dos atos próprios da AdC levará a uma antecipação do controlo judicial dos atos próprios do MP. Por sua vez, o diferimento do controlo judicial do MP conduzirá ao protelamento do controlo judicial dos atos próprios da AdC.

Sem prejuízo de admitir que o entendimento que tenho adotado sobre esta questão (designadamente nos processos n.ºs 249/18.0YUSTR e 249/18.0YUSTR-A) poderá, face à sua complexidade, ser reponderado no futuro, em função de novas reflexões e argumentos, provenientes nomeadamente da dialética processual, por ora considero que há razões mais fortes para optar pela segunda hipótese enunciada no final do parágrafo precedente. Tais razões estribam-se, no essencial, no argumento relativo à economia processual já referido, traduzido na circunstância de, em regra, estar em causa uma discussão relacionada com meios de prova e que, em última instância, ganha a sua relevância se os elementos probatórios afetados forem utilizados pela AdC para sustentar uma decisão condenatória. Uma discussão que apenas terá efetiva utilidade no recurso de impugnação judicial da decisão final condenatória.

Assim, quanto aos atos da AdC cuja decisão não está logicamente dependente da apreciação da validade dos atos do MP, apenas podem ser objeto de controlo judicial no recurso de impugnação judicial da decisão final condenatória.

Por fim, no que respeita aos atos da AdC cuja decisão não está logicamente dependente da apreciação dos atos do MP, como é o caso, por exemplo, da apreensão pela AdC, durante as buscas autorizadas pelo MP, de documentos sujeitos a segredo profissional, a solução é diferente. Efetivamente, quanto a estes atos considero não existirem razões para não se fazer aplicação do regime-regra do recurso das decisões interlocutórias da AdC previsto no NRJC, pelo que os mesmos poderão ser apreciados e sujeitos a controlo judicial pelo TCRS durante a fase organicamente administrativa do processo de contraordenação.

4. SÍNTESE DA JURISPRUDÊNCIA DO TCRS E DO TRL SOBRE A QUESTÃO:

A jurisprudência do TCRS e do TRL é convergente no que respeita ao controlo judicial dos atos próprios do MP. Assim, ainda que com fundamentos diversos, considerou-se que o Tribunal não podia apreciar e decidir da validade de tais atos durante a fase organicamente administrativa do processo

de contraordenação também nos seguintes processos: 83/18.7YUSTR; 71/18.3YUSTR; 71/18.3YUSTR-E; e 229/18.5YUSTR.

Já no que respeita aos atos próprios da AdC não há unanimidade. Efetivamente, sem efetuar a distinção entre atos dependentes logicamente ou não de atos do MP, o TCRS entendeu, nos processos indicados no parágrafo precedente e em decisões proferidas pelos Senhores Juízes Dr. Alexandre Baptista e Dr. Sérgio Sousa, que todos os atos da AdC em execução do mandado do MP também não são passíveis de controlo judicial pelo Tribunal durante a fase organicamente administrativa. Já o TRL, também sem empreender a distinção adotada no capítulo 3., mas igualmente sem a problematizar, decidiu, no processo n.º 229/18.5YUSTR, em sentido contrário, designadamente que os atos próprios da AdC estão sujeitos a controlo judicial pelo TCRS durante a fase referida.

Pela sua importância e pertinência para a discussão das questões em relação às quais não há convergência deixo aqui uma síntese dos argumentos subjacentes ao entendimento adotado pelos Senhores Juízes Dr. Alexandre Baptista e Dr. Sérgio Sousa, nos processos *supra* indicados, que gentilmente me foi cedida pelo Dr. Alexandre Baptista e que mereceu a adesão do Dr.º Sérgio Sousa, no sentido de que os atos próprios da AdC em execução do mandado do MP e quaisquer que eles sejam não são passíveis de controlo judicial pelo TCRS durante a fase organicamente administrativa. Assim:

- “O que está em causa neste tipo de recurso de medidas interlocutórias é a validade de decisões da AdC e não qualquer questão de competência jurisdicional para julgar da legalidade, conformidade e cumprimento do mandado de busca e apreensão, ainda que, em última análise, esta questão possa ser prejudicial;
- o critério enunciado pela RL de autonomizar *validade do mandado e validade da execução do mandado* para efeitos da competência material do Tribunal pode revelar-se inoperante ou obstaculizante das sentenças proferidas pelo TCRS;
- é à autoridade judiciária competente para a emissão do mandado quem cabe controlar a respectiva execução, seja por acto próprio seja por sindicância da visada;
- outra conclusão interpretativa não se pode retirar da obrigatoriedade de sujeitar as apreensões efetuadas pela Autoridade da Concorrência, não previamente autorizadas ou ordenadas, à validação pela autoridade

judiciária, no prazo máximo de 72 horas conforme se dispõe expressamente no art.º 20.º, n.º 3 do NRJC.

- A inexistir validação e a ocorrer preterição do art.º 20.º, n.º 3 do NRJC, tal omissão deve seguir o mesmo regime de arguição da ilegalidade, invalidade ou irregularidade das diligências de busca, exame, recolha e apreensão realizada pela AdC em cumprimento do mandado emitido pelo Ministério Público.
- Se existiu validação da apreensão, admitir a competência do TCRS para conhecer da legalidade, validade ou irregularidade da apreensão mais não será que um acto a *non domino* por invasão da competência das autoridades judiciais competentes em matéria criminal.
- Por via da tutela e da dignidade constitucional conferida aos direitos, liberdades e garantias conexas com a protecção da vida privada, do domicílio, da correspondência ou das telecomunicações, o legislador foi clarividente ao atribuir competência jurisdicional própria, exclusiva e autónoma às autoridades judiciais com competência em matéria criminal para as diligências de busca e apreensão de documentos de visadas em processo contra-ordenacional e no âmbito do NRJC.
- Esta definição do foro de competência, por um lado, delimita o exercício dos poderes de investigação e aquisição probatória atribuídos à AdC, e, por outro, garante um nível de protecção dos direitos e interesses das visadas acrescido pela via da equiparação das diligências de busca, exame, recolha e apreensão, previstas nas alíneas c) e d) do n.º 1 dos arts.º 18.º, 19.º e 20.º do NRJC, às diligências de busca e apreensão do processo penal.
- Fora deste âmbito, à luz dos artigos 18.º, n.º 2; 19.º, 20.º e 21.º do NRJC, este Tribunal não dispõe de qualquer competência material ou hierárquica própria, exclusiva e autónoma para sindicar as decisões das autoridades judiciais competentes para as diligências previstas no art.º 18.º, n.º 1 al. c) e d) do NRJC;
- a relevância da prova apreendida no que tange ao sancionamento da visada/recorrente é necessariamente prematura e precária, pois que a AdC, no momento processual em que a decisão interlocutória impugnada foi proferida, não havia procedido a qualquer acto processual tendente à utilização dessa prova para demonstração da infracção, mormente quanto à sua utilização na nota de ilicitude;
- este Tribunal tem competência para conhecer das medidas interlocutórias de mas não dispõe de qualquer competência para conhecer da

legalidade (*lawfulness*), existência de indícios suficientes ou razoáveis (*reasonable suspicion*), necessidade e justificação material (*substantive justification*) da diligência ordenada e determinada pelo Ministério Público;

- no Direito da Concorrência, que participa do acervo jurídico do direito da União Europeia, o *enforcement* público depende, precisamente, da utilidade dessas diligências invasivas e intrusivas para a obtenção de prova, dificilmente coligida ou acessível com recurso a outros meios de prova;
- o regime de controlo e validação de autoridade judiciária criminal vale por dizer que a protecção do sigilo de correspondência da visada e dos seus colaboradores, do sigilo profissional de advogado e do direito à intimidade da vida privada já se encontra abrangida pela atribuição da competência jurisdicional própria, exclusiva e autónoma àquelas autoridades judiciais com competência em matéria criminal para as diligências de busca e apreensão de documentos de visadas em processo contra-ordenacional e no âmbito do NRJC, devendo ser necessariamente sindicado aquando da emissão do mandado e da respectiva autorização/validação judicial, sem prejuízo da sindicância da sua validade, legalidade e regularidade;
- a eventual procedência das diferentes vias recursivas/graciosas do CPP esgota a necessidade de qualquer tutela jurisdicional de potencial lesão, afectação ou compressão dos direitos fundamentais invocados pelas visadas”.

5. CONCLUSÕES

Tudo o que se deixou escrito resume-se, no essencial, a dois enunciados:

- em primeiro lugar, pode-se considerar como estabilizada e solidamente resolvida a questão do controlo judicial dos atos próprios do MP durante a fase organicamente administrativa do processo de contraordenação por práticas restritivas da concorrência, no sentido do mesmo ser da competência do TCRS, mas apenas no âmbito do recurso de impugnação judicial da decisão final condenatória, pois há razões de natureza estrutural e teleológica que não permitem a sindicância destes atos pela AdC, passível de suscitar a intervenção do TCRS ao abrigo do regime-regra do recurso das decisões interlocutórias da AdC, e não há fundamento legal para se admitir um controlo judicial direto pelo TCRS, sendo a jurisprudência deste Tribunal e do TRL convergente neste sentido;

- em segundo lugar, o controlo judicial dos atos próprios da AdC durante a execução do mandado tem merecido respostas diferentes, podendo-se identificar três pronunciamentos: (i) um entendimento que passa pela distinção entre os atos da AdC cuja decisão depende logicamente da decisão dos atos do MP, aos quais é aplicável a mesma solução dada a estes, e os atos da AdC cuja decisão não depende logicamente da decisão dos atos do MP, que podem ser objeto de controlo judicial por parte do TCRS durante a fase organicamente administrativa ao abrigo do regime-regra do recurso das decisões interlocutórias; (ii) um entendimento no sentido de que os atos próprios da AdC em execução do mandado do MP e quaisquer que eles sejam não são passíveis de controlo judicial pelo TCRS durante a fase organicamente administrativa; (iii) e um entendimento, que não problematiza a distinção referida em (i) e que considera que os atos próprios da AdC, em execução do mandado, podem ser objeto de controlo judicial por parte do TCRS durante a fase organicamente administrativa.

BIBLIOGRAFIA

MESQUITA, Paulo Dá

2003 *Direcção do Inquérito Penal e Garantia Judiciária*, Coimbra: Coimbra Editora.

MOUTINHO, José Lobo & DURO, Pedro

2013 “Anotação ao artigo 18.º”, *Lei da Concorrência – Comentário Conimbricense*, in Lopes Porto, Manuel; Cruz Vilaça, José Luís da; Cunha, Carolina; Gorjão-Henriques, Miguel (Dir.); Anastácio, Gonçalo (Coord.), 1.ª Ed. Coimbra, Almedina, pp. 205-216

JURISPRUDÊNCIA

Acórdão do Tribunal da relação de Lisboa, 24 de setembro de 2015, processo n.º 208/13.9TELSB-B.L1-9

Sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, de 3 de maio de 2018, processo n.º 83/18.7YUSTR

Sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, de 17 de maio de 2018, processo n.º 71/18.3YUSTR

Sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, de 30 de outubro de 2018, processo n.º 229/18.5YUSTR

Sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, de 14 de novembro de 2018, processo n.º 249/18.0YUSTR

Sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, de 19 de novembro de 2018, processo n.º 71/18.3YUSTR-E

Sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, de 23 de novembro de 2018, processo n.º 249/18.0YUSTR-A

SEGREDOS DA ADMINISTRAÇÃO: SEGREDOS DE SUPERVISÃO E DE SANÇÃO

*Luís Guilherme Catarino**

ABSTRACT *Transparency is a fundamental legal principle of the administrative procedure and administrative law but may be restrained by other constitutional principles and values, namely the right to privacy of individuals. The reconciliation of constitutional principles may impose a restraint on public participation of individuals in favor of administrative secrecyes via a political compromise by the legislator, but blurred boundaries of law make Constitution interact with administrative activities such as supervision and sanction. Interaction shape rights and duties of secrecy for professional administrators and it's up to new regulators – independent regulatory agencies –, and co-regulators – Parliament and Courts –, to calibrate the conflict between secrecy and transparency. When secrecy of supervisory and sanction activities interfere with fundamental rights, the latter must be designed in the least restrictive way.*

SUMÁRIO 1. Introdução: importância e modernidade do tema. 2. Origens do segredo – do dever deontológico de sigilo profissional a um dever legal de segredo. 3. Atividade de supervisão, acesso à informação e confidencialidade profissional. 4. Segredo de supervisão: natureza e fundamento (no equilíbrio entre transparência e ocultação). 4.1. Um possível equilíbrio entre acesso à informação e segredo. 5. Segredo de supervisão: as derrogações legais de informação. 6. Segredo e revelação política – os Inquéritos Parlamentares. 7. Segredo administrativo e informação no processo de contraordenação. 8. Conclusão.

* O presente texto corresponde à preparação do tema a apresentar no âmbito do Colóquio havido na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa do dia 19 de fevereiro de 2018 sobre *Segredos da Administração* e em vias de publicação. As opiniões aqui expendidas são naturalmente pessoais e só vinculam o Autor.

1. INTRODUÇÃO: IMPORTÂNCIA E MODERNIDADE DO TEMA

A modernidade do (velho) tema dos segredos da Administração decorre da (recente) tomada de consciência da sua colisão com os modernos princípios fundamentais de transparência e publicidade da atividade administrativa¹. No presente texto a questão reduzir-se-á aos deveres de segredo das novas autoridades administrativas independentes (AAI), com funções de regulação de setores económicos (ERI), com alguma incidência no setor financeiro dada *i)* a sua génese no sigilo profissional, *ii)* a recente discussão pública do segredo bancário, e *iii)* a estatuição da Lei-quadro das entidades administrativas independentes com funções de regulação da atividade económica dos setores privado, público e cooperativo, aprovada pela Lei n.º 67/2013, de 28 de agosto (LQER, artigo 14.º).

Cumprir referir que apesar do *nomem juris* não estamos perante uma Lei-quadro ou lei de enquadramento com força jurídico-constitucional superior aos diplomas que aprovaram os Estatutos das diversas autoridades reguladoras do setor económico aí enunciadas (ERIs). Não sendo uma lei de valor reforçado como as leis orgânicas e leis que exijam uma maioria qualificada ou que sejam um pressuposto normativo de outras (artigo 112.º da Constituição da República – CRP), pretendeu-se criar uma orientação política futura harmonizadora para o legislador ordinário que no âmbito dos respetivos poderes legislativos tem oportunidade de consagrar as melhores soluções legais *in casu* (neste sentido, cfr o artigo 44.º, n.º 4 dos estatutos da ASF²).

O regresso ao tema decorre também da (atual) opção política de adoção de um modelo de Estado regulador, caracterizado pela devolução de poderes a uma Administração pública (independente) setorial (em termos de regulação económica ou social) que no âmbito da globalização territorial e económica detém fortes poderes *de imperii*, *vg* na obtenção, no tratamento e na guarda de vasta informação (nacional e transnacional) sobre o setor e os agentes económicos que lhe cabe regular. Relembremos que os objetivos que presidiram à sua criação e natureza se prendiam com o objetivo de criação de uma Administração não burocrática e tecnocrática (a excelência e *expertise* dos

1 Acerca do verdadeiro interesse público que se consubstancia na transparência, GOMES CANOTILHO, 1992: 252.

2 Os Estatutos da Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões (ASF) foram aprovados pelo Decreto-Lei n.º 1/2015, de 6 de janeiro.

seus funcionários afastaria assimetrias da informação), garante da segurança e da confiança na regulação de setores sociais e económicos essenciais (com perenidade, estabilidade e previsibilidade, *vg* quanto às “regras do jogo”). A sua *neutralidade* e *independência* funcional face ao Poder Político e a *terceiridade* face aos regulados tornaram-nas “confidentes necessários”, com uma vasta e essencial informação administrativa muito cobiçada por outros co-reguladores com quem é partilhado o poder de *decision making* – como os Tribunais.

A atribuição legal de deveres de segredo (profissionais) como o de supervisão, e de segredos como o de sanção (segredo “de justiça”), têm levado à discussão sobre a moderna conceção de liberdade e participação individual numa administração democrática³ ante uma *relativa imunidade* às modernas teorias da Administração aberta, não burocrática e não sigilosa. À recente discussão sobre segredos da Administração também não é estranha uma pretensa finalidade de as responsabilizar ou controlar *ex-post*, através de meios políticos sucedâneos de mecanismos de controlo *ex-ante* ou *ongoing* que o legislador não criou⁴. Estamos, em parte, no âmbito do conflito entre ser independente e *accountable*: *having a cake and eating it too*⁵.

Também os cidadãos são chamados ao tema, ante a dificuldade em aceitar a diminuição de transparência de um *Estado-árbitro e imparcial* (“regulador”), que os faz participar de externalidades negativas decorrentes de crises financeiras e económicas em vez de promover o seu desenvolvimento económico e social⁶. Os reflexos da crise bancária iniciada em 2007 implicaram revisitar o tema no âmbito dos segredos da administração e do *dilema necessário* entre transparência e confidencialidade para salvaguarda de bens públicos fundamentais.

O princípio fundamental da Administração transparente (que deve ser interpretado de forma una com os subprincípios de acesso à informação e ao arquivo aberto⁷) traduz-se no direito de acesso pelos cidadãos à informação sobre os procedimentos administrativos em que sejam “diretamente

3 FIGUEIREDO DIAS, 2001: 620 ss.

4 Para uma visão da *accountability* e meios institucionais de controlo da administração independente, v. CATARINO, 2014.

5 MAGGETTI *et al*, 2013: 7.

6 DRAÏ, 1983: 104.

7 Acerca da sua interpretação integrada, MIRANDA & MEDEIROS, 2007: 599.

interessados”, bem como o acesso à informação contida em registos e arquivos administrativos (princípio da administração ou do arquivo “aberto” que tem as exceções *qualificadas* previstas no artigo 268.º, n.ºs 1 e 2 da CRP). Sendo pacificamente aceite que o direito fundamental à informação tem a natureza de *direito fundamental de natureza análoga* aos direitos, liberdades e garantias do Título II da Constituição (artigo 17.º), ele é dotado de um especial estatuto de hierarquia e de preceptividade normativa, para além da sua aplicabilidade imediata (na falta ou insuficiência de lei, artigos 17.º e 18.º da CRP).

Enquanto direito fundamental tem como corresponsável o dever de o Estado criar os mecanismos legislativos que permitam aos cidadãos a sua participação pública, *vg* no procedimento (artigo 48.º da CRP e 12.º do Código do Procedimento Administrativo – CPA⁸), o controlo da administração e o exercício do direito de se informarem e ser informados “sem impedimentos nem discriminações” (direito inserido nos direitos, liberdades e garantias de natureza *pessoal*, artigo 37.º, n.º 1 da CRP)⁹.

Não sendo absolutos, estes direitos podem ter de ceder perante a prossecução de outros direitos ou bens fundamentais igualmente carecidos de proteção, como é o caso do direito fundamental à reserva de intimidade da vida privada¹⁰ ou da proteção de dados pessoais que podem impor o segredo da Administração face a pedidos de informação ou de divulgação (*disclosure*) no âmbito de processos de supervisão ou de sanção administrativa (*eg* artigo 41.º, n.º 1 do regime geral do ilícito de mera ordenação social – RGCO¹¹), em processos civis (*eg* artigo 417.º, n.º 3 do Código de Processo Civil – CPC), ou criminais (*eg* artigo 182.º, n.º 2 do Código de Processo Penal – CPP) e até em inquéritos para controlo ou *accountability* política das AAI (*eg* artigo 17.º, n.º 1 do Regime Jurídico dos Inquéritos Parlamentares – RJIP¹²).

8 Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de janeiro.

9 GOMES CANOTILHO & VITAL MOREIRA, 2010: 820.

10 Acerca da matéria de reserva da intimidade ou da privacidade, MOTA PINTO, 1993: 503.

11 O Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de novembro instituiu o ilícito de mera ordenação social e respetivo processo, com aplicação subsidiária da lei penal e processual penal (artigos 32.º e 41.º).

12 Aprovado pela Lei n.º 3/93, de 1 de março e republicado pela Lei n.º 29/2019, de 23 de abril.

2. ORIGENS DO SEGREDO – DO DEVER DEONTOLÓGICO DE SIGILO PROFISSIONAL A UM DEVER LEGAL DE SEGREDO

O dever de segredo profissional traduz-se numa proibição de revelar factos ou acontecimentos de que se teve conhecimento ou que foram confiados *em razão e no exercício* de uma atividade profissional, e que *são confidenciais* – no sentido de que não são públicos – e que o seu titular *pretende e confia na sua não divulgação*. Correspondendo a uma atividade intrusiva de conhecimento de factos de terceiro, o segredo de supervisão pretende garantir a manutenção do *grau de confidencialidade* que tutela a informação sigilosa obtida pela Administração.

A sua raiz próxima pode ser encontrada no âmbito do sistema financeiro e no seu *dever de descrição e de confidencialidade* acerca da esfera privada económica dos cidadãos/cliente¹³, que constituía um dever contratual principal do depositário de numerário ou fundos reembolsáveis do público em geral que concedia crédito a título profissional (instituições de crédito)¹⁴. Neste âmbito o sistema jurídico nacional consagraria um dever legal de segredo profissional *forte* configurado pelos artigos 1.º e 2.º do Decreto-Lei n.º 2/78, de 9 de janeiro:

“Os membros dos conselhos de administração ou de gestão ou de direção ou de quaisquer órgãos, e bem assim todos os trabalhadores de instituições de crédito, não podem revelar ou aproveitar-se de segredo cujo conhecimento lhes advenha exclusivamente por virtude do exercício das suas funções, exceto por meio de autorização do cliente transmitida à instituição, ou, no que respeita à vida da instituição, por meio de autorização do órgão de direção da respetiva instituição de crédito, sem prejuízo dos deveres de informação nos termos da legislação atual.”

O regime de segredo estatuído pelo legislador inspirara-se num regime *forte* como o segredo médico e farmacêutico¹⁵ e a sua génese de confiança sobre a vida privada e de confiança na sua confidencialidade. Pretendia-se um dever de

13 MENEZES CORDEIRO, 2008: 264.

14 Cfr. os artigos 1.º e 2.º do Decreto-Lei n.º 41403, de 27 de novembro de 1957 que reorganizou o sistema de crédito e a estrutura bancária e o Decreto-Lei n.º 42641 de 12 de novembro de 1959, que o regulamentava (pelo seu interesses, *vg* no que respeita à estatuição de incompatibilidades e conflitos de interesses quanto a titulares de órgãos, prestadores de serviços e trabalhadores e familiares, deviam ainda hoje ser objeto de estudo), ou o artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 46302, de 27 de abril de 1965, e ainda os artigos 7.º e 8.º do Decreto-Lei n.º 729-F/75, de 22 de dezembro e os artigos 1.º, n.º 1 e 2.º do Decreto-Lei n.º 2/78, de 9 de janeiro.

15 Cfr. os Decretos-Lei n.ºs 40651, de 21 de junho de 1956, n.º 47749, de 6 de junho de 1967, e n.º 48587, de 27 de agosto de 1968.

segredo que salvaguardasse também relevantes interesses públicos: *i)* proteger as instituições de crédito e o sistema bancário do clima de suspeição e de desconfiança que existia no país desde a revolução de 1974¹⁶; *ii)* enfrentar os crescentes fluxos monetários internacionais decorrentes do fim dos acordos de Bretton Woods e a necessidade de captação de divisas com retorno ao país de capitais expatriados; *iii)* combater as políticas *beggar-thy-neighbour* e a concorrência dos regimes de contas bancárias anónimas ou numeradas; *iv)* garantir direitos fundamentais como a reserva da intimidade da vida dos cidadãos e a iniciativa privada; *v)* investir o prestador de serviços/banqueiro em *gatekeeper* transformando em bem público as relações de confiança e os respetivos deveres contratuais¹⁷; *vi)* estender o dever de segredo e de confidencialidade a todas as instituições de crédito após a nacionalização da banca nacional em 1975 e a proibição da atividade bancária e seguradora às empresas privadas “e outras entidades da mesma natureza” entre 1977¹⁸ e 1997¹⁹.

Como é típico das *medidas regulatórias reativas* na defesa de bens públicos e interesses coletivos, como o sistema financeiro, a estatuição legal do segredo foi acompanhada de outras medidas *fortes* como a criminalização da revelação e aproveitamento de informação sigilosa sem consentimento do seu titular²⁰ associada à autolimitação dos poderes do Estado *vg* na colaboração

16 A necessidade de proteger as instituições de crédito e o sistema bancário face ao clima de suspeição e de desconfiança que existia no país desde 1974 está bem expresso no seu preâmbulo que afirma a necessidade de restabelecer “um clima de confiança na banca que permita a captação e recuperação do dinheiro entesourado”, LUÍS, 1985: 92.

17 Embora com diferente ratio legis a estatuição legal do dever de segredo iniciou-se com o movimento de nacionalização da banca portuguesa em 1975, proibindo-se aos sujeitos passivos *depor ou prestar declarações em juízo ou fora dele sobre factos de que devem guardar segredo profissional* (cfr. os artigos 7.º e 8.º do Decreto-Lei n.º 729-F/75, de 22 de dezembro, aplicável às instituições de crédito nacionalizadas em 1974).

18 Cfr. o Decreto-Lei n.º 132-A/75, de 14 de março, que procedeu à nacionalização das instituições de crédito nacionais e os artigos 2.º e 3.º da Lei n.º 46/77, de 8 de julho. A propósito do *duplo* vício decorrente da irreversibilidade das nacionalizações e da proibição de iniciativa privada em determinados setores como o bancário e o segurador, cfr. o texto originário prescritivo dos artigos 83.º e 85.º, n.º 2 da CRP.

19 A abertura dos setores iniciou-se com as alterações decorrentes da Leis Constitucionais n.ºs 1/82 de 30 de setembro e 1/89, de 8 de julho e consumou-se com a Lei n.º 1/97, de 20 de setembro, revogando o princípio da irreversibilidade e da obrigatoriedade de existência de setores vedados à iniciativa privada.

20 Cfr. a alteração ao artigo 290.º do Código Penal de 1886 operada pelo Decreto-Lei n.º 475/76, de 16 de junho, que passou a punir a revelação de informação sujeita a segredo que abrangeria o seu aproveitamento com os artigos 184.º e 433.º do Código Penal aprovado pela Lei n.º 400/82, de 23 de setembro (acerca das diferenças entre a criminalização das condutas para os bancos públicos e para os privados, CATARINO, 1998: 77 ss).

com a Justiça no âmbito processual civil²¹ e criminal²² ou com a administração tributária (o que perdurou até final da década de 90²³).

Inicialmente o dever legal de segredo apenas se aplicava a “instituições de crédito”, i.e., bancos emissores, comerciais, institutos de crédito do Estado e estabelecimentos especiais de crédito. Afastavam-se as *instituições parabancárias* e a partir de 1965 as instituições parabancárias e as *instituições que exerciam funções auxiliares de crédito*²⁴. A partir de 1992 a tipologia inerente ao sistema de crédito e estrutura bancária de meados do século XX alterar-se-ia²⁵: a par das instituições de crédito passamos a ter as sociedades financeiras, as empresas de investimento, os intermediários financeiros... todos sujeitos ao mesmo dever de segredo²⁶. Por isso se manteve a denominação de “segredo bancário” enquanto dever deontológico aplicado ao sistema financeiro e às entidades que aí operam²⁷.

Assistimos à transformação de um *código deontológico da banca* num *código deontológico de toda a atividade económica*, inicialmente do sistema financeiro (das instituições financeiras *lato sensu*, apesar da denominação corrente de

21 As alterações operadas pelo Decreto-Lei n.º 329-A/95, de 12 de dezembro, e Decreto-Lei n.º 180/96, de 25 de setembro afastaram o regime rígido que afastava a colaboração e prestação de depoimentos a quem se encontrava sujeito a sigilo profissional (artigos 519.º-520.º, 532.º e 533.º do Código do Processo Civil), transplantando para o processo civil o mecanismo previsto na lei processual penal aprovada em 1987.

22 O artigo 217.º do Código de Processo Penal aprovado pelo Decreto n.º 16.489, de 15 de fevereiro de 1929 afastava o dever de depor ou prestar declarações.

23 Na versão original o artigo 63.º, n.º 2, da Lei Geral Tributária aprovada pelo Decreto-Lei n.º 398/98, de 17 de dezembro, estatuiu que “o acesso à informação protegida pelo sigilo profissional, bancário ou qualquer outro dever de sigilo legalmente regulado depende de autorização judicial, nos termos da legislação aplicável”, hoje objeto de um procedimento especial de acesso direto previsto nos artigos 63.º-A a 63.º-C da Lei. Acerca do sigilo fiscal e da tutela da confiança, TOMÉ D’ALTE, 2002: 505.

24 Para uma visão completa da tipologia do início do século XX, ATHAYDE, 1989: 44; CATARINO, 2015:22 ss.

25 CONCEIÇÃO NUNES, 1993: 360.

26 Cfr. os artigos 78.º e 195.º do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras aprovado pelo Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de dezembro – RGIC – na sua redação originária, os seus artigos 4.º-A, 199.º-C, artigos 289.º e 293.º e 304.º, n.º 4 do Código dos Valores Mobiliários aprovado pelo Decreto-Lei n.º 486/99, de 13 de novembro – CodVM –, e artigo 44.º dos estatutos da ASF.

27 Acerca da transformação de um código deontológico da banca para um código deontológico de toda a atividade económica que se insere no denominado sistema financeiro, CONCEIÇÃO NUNES, 1992: 32; *idem*, 1994: 39.

“segredo bancário”²⁸), e posteriormente de outras atividades económicas e dos seus agentes.

Os cidadãos (clientes/investidores) e os prestadores de serviços, enquanto *sujeitos ativos* na relação jurídica de segredo, confiam na manutenção da confidencialidade pela empresa com quem contratam, relativamente a factos e elementos respeitantes às suas relações mútuas, “cujo conhecimento lhe advenha *exclusivamente* do exercício das suas funções ou da prestação dos seus serviços”, e que não são públicos (mesmo que disponibilizados para um público limitado através da consulta de canais ou terminais de informação restritos)²⁹. Acresce que os deveres contratuais secundários inerentes à celebração de um contrato de um setor regulado com um cliente/investidor tendem a *publicizar-se* e a ter um cariz duradouro dado a lei exigir vasta informação na relação entre o prestador e o cliente/consumidor. Tal é particularmente visível no sistema financeiro onde a contratação de um depósito ou a aquisição de produtos ou instrumentos financeiros e seguradores acarreta obrigações de *informar o cliente* mas também de *se informar sobre o cliente*.

No âmbito financeiro o *objeto do segredo* é um universo em expansão contínua decorrente da regulação que tem sido aprovada após as sucessivas crises financeiras³⁰. Tendo em vista a proteção de clientes/investidores e da sua confiança, estes são obrigados a revelar às instituições financeiras factos íntimos da sua vida privada pessoal e patrimonial dado que os agentes profissionais autorizados a atuar no sistema económico-financeiro são obrigados a conhecer (previamente) os seus clientes e a sua formação e experiência, o nível de conhecimentos e a situação financeira, verificar se um contrato é apropriado ou adequado à sua situação pessoal, familiar e patrimonial ou aos seus conhecimentos, conhecer o histórico de investimentos, obter informação sobre os seus objetivos, tolerância

28 CONCEIÇÃO NUNES, 1992, 32; *idem*, 1994: 34. Acerca do segredo bancário, seu âmbito, objeto e bens jurídicos tutelados, por todos, AMARAL RODRIGUES, 2014.

29 CATARINO, 1998: 67 ss.

30 O *objeto* do dever de segredo inclui, *inter alia*, os nomes e outros elementos de identificação de clientes, contas de registo e de depósito e seus movimentos, operações bancárias, cambiais e financeiras, informação recolhida no âmbito da *due diligence* prévia a uma operação de crédito, de aconselhamento ou de execução de operações sobre instrumentos financeiros (desde que a fonte não seja pública), mesmo que a relação ou operação se não venha a concretizar (o que inclui as negociações preliminares), e todas as vicissitudes posteriores e inerentes à relação jurídica constituída) – COSTA FREITAS, 1983: 8, relativamente à enumeração constante do n.º 2 do artigo.º 1.º da Lei n.º 2/78, de 9 de janeiro, revogada pelo artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de dezembro. Cfr. o artigo 78.º, n.ºs 1 e 2 do RGIC.

ao risco e resiliência (capacidade para suportar perdas)³¹, saber a origem e o destino de fluxos monetários e financeiros³².

Agiganta-se o acervo de dados pessoais e patrimoniais (que a utilização massiva da informática transforma em *dados informáticos* sujeitos a um especial regime preceptivo constitucional, artigo 35.º CRP), obtidos e conservados pelas empresas reguladas e comunicada aos seus supervisores (também por via informática). A necessidade do seu conhecimento e uso por terceiros, reguladores e co-reguladores, para prossecução de interesses públicos legítimos determinou a estatuição de derrogações aos deveres de segredo profissional inerente a relações jurídicas privadas de cariz pessoal e económico³³.

Tal como no âmbito financeiro o legislador identifica como *sujeitos passivos* do segredo os órgãos e titulares das empresas, trabalhadores, e todas as pessoas que prestem ou tenham prestado serviços, a título permanente ou ocasional, ou que tenham recebido informação coberta pelo sigilo, bem como aqueles com quem seja prestada ou partilhada informação sujeita a sigilo por via de autorização pessoal expressa (do titular relativamente à *relação de clientela* ou *da instituição quanto à sua atividade própria*) ou legal (por via dos deveres de legais *de informação e de cooperação* – *infra*).

A consideração do dever de segredo de empresas (como as instituições financeiras) como contraface do direito fundamental à reserva da intimidade da vida privada decorre da assunção de que vivemos num tempo em que a inclusão social, financeira (de serviços bancários, financeiros ou os seguradores) e futuramente a digital e ambiental, é *condição necessária de cidadania*³⁴. Mas muitos outros

31 No mercado de capitais corresponde a deveres de *Know Your Client* ou *Customer*, e de *appropriateness* ou *suitability* de adequação, 312.º, 314.º-314.º-A CodVM; artigo 4.º-A, n.º 3 RGIC; 31.º e 35.º da Lei n.º 7/2019, de 16 de janeiro que aprovou o regime jurídico de distribuição de seguros.

32 Lei n.º 83/2017, de 18 Agosto, que “*Estabelece medidas de combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo, transpõe parcialmente as Diretivas 2015/849/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2015, e 2016/2258/UE, do Conselho, de 6 de dezembro de 2016, altera o Código Penal e o Código da Propriedade Industrial e revoga a Lei n.º 25/2008, de 5 de junho, e o Decreto-Lei n.º 125/2008, de 21 de julho*”.

33 Para uma visão relativa às derrogações ao dever de segredo bancário, com vasta e atualizada bibliografia e jurisprudência, AMARAL RODRIGUES, 2014: 7.

34 Mesmo em países de economia rural as empresas de comunicação móveis (“telcos”) e o *mobile money* demonstram, enquanto sucedâneos, enorme potencial para o desenvolvimento económico e social, assumindo um interesse público superior – tornando-se indispensáveis, conforme referido no Relatório da *Alliance for Financial Inclusion* (AFI), de 2018.

serviços ou atividades reguladas constituem *condição de cidadania* porque a sua prestação é essencial a toda a coletividade, tornando-os bens com forte interesse público ou coletivo porque indispensáveis para o público em geral e seu desenvolvimento³⁵.

Embora inexista norma constitucional que consagre um dever de segredo ou de confidencialidade económica, *eg* para um banco³⁶, quando esses serviços ou profissões são de fundamental importância coletiva – *i*) porque existe um princípio de *autorização* administrativa e de *exclusividade* para exercício da atividade económica; *ii*) porque esta se desenvolve num espaço fortemente regulado e de concorrência limitada; *iii*) porque “virtualmente todos os cidadãos carecem de os utilizar –, a inviolabilidade da informação conhecida no exercício de uma atividade é uma condição indispensável para a *confiança do público* correspondendo a sua tutela a um *alto interesse público*”³⁷.

Em rigor, estando perante matéria de direitos, liberdades e garantias com particular incidência na vertente da proteção do direito de reserva da intimidade da vida privada e familiar e dos dados pessoais, e mais latamente da proteção dos direitos de personalidade (artigos 26.º, n.º 1, 165.º, n.º 1, al. *b*) e 18.º da CRP), deverá o legislador densificar conceitos e factos ou atos abrangidos pelo segredo, mas também os casos da sua derrogação. A lei tem vindo a excecionar o dever de segredo através da estatuição de derrogações, nomeadamente a favor de autoridades administrativas reguladoras no exercício de poderes de supervisão³⁸.

A consideração legal do segredo como garantia necessária de interesses públicos com relevância constitucional é mais premente quando estejamos perante uma atividade administrativa que por natureza se encontra sujeita a um princípio fundamental de transparência (artigo 268.º, n.º 2 da CRP). Tal implica que as restrições à transparência se rejam pelo disposto nos artigos 18.º e 165.º, n.º 1, al. *b*) da CRP, em termos *formais* (reserva de lei formal) e *materiais* (existência de outros direitos ou interesses colidentes que sejam

35 Acerca da mutabilidade das circunstâncias que determinam o que é a boa administração do interesse público, VIEIRA de ANDRADE, 2013:60.

36 Neste sentido, *vd* o voto do Juiz Conselheiro Gil Galvão no Acórdão do Tribunal Constitucional, n.º 461/2011, de 11 de outubro de 2011, processo 366/2011.

37 Procuradoria-Geral da República, Parecer n.ºs 16/94 e 16/094 – Complementar, de 2 de maio de 1996.

38 AMARAL RODRIGUES, 2014: 13.

constitucionalmente protegidos e cuja prossecução implique uma restrição adequada, necessária e proporcional face aos direitos e interesses em causa).

3. ATIVIDADE DE SUPERVISÃO, ACESSO À INFORMAÇÃO E CONFIDENCIALIDADE PROFISSIONAL.

A função de supervisão traduz-se numa atividade de *custódia* ou de *garantia* que se exerce através de fortes poderes públicos de *controlo* e de *vigilância* sobre entidades públicas e privadas que são autorizadas a operar num setor económico regulado (“supervisionados”). Tem uma dupla finalidade: *i)* habilitar as autoridades competentes (“supervisores”) a prevenir perigos ou riscos para esse mercado e adotar as medidas preventivas ou corretivas necessárias; *ii)* verificar e assegurar que os supervisionados cumprem as normas, regras e princípios que os regem e ao mercado onde operam (artigos 7.º, n.º 3, al. *c)*, e 40.º da LQER). A supervisão é uma atividade de *imperium* que compatibiliza interesses privados e interesses públicos operando através do cruzamento de posições jurídicas subjetivas privadas (esfera da liberdade dos particulares sobre os quais atua) e públicas (esfera da autoridade ou *potestas*), mediante exercício de poderes fortes de intervenção *verificativa* e/ou *corretiva*³⁹.

A observação permanente, atenta e próxima da conduta dos supervisionados (no caso da supervisão prudencial, da sua solvabilidade) opera-se em todos os momentos da relação jurídica regulatória estabelecida com aqueles que operam num setor ou mercado (as relações jurídicas regulatórias são *duradouras*), através do exercício de um poder público executivo de conhecimento, de comprovação e de fiscalização ou controlo (para ter informação e boa informação), que tem como finalidade adquirir conhecimento e elementos de uma determinada realidade (seja à distância através de reportes de informação periódica ou *ad-hoc*, de pedidos de informação ou de acesso informático ou, de forma menos estática, através do acesso, busca e apreensão de informação e documentos, da inspeção, da prestação esclarecimentos *in situ* ou da convocatória de funcionários – artigos 40.º, n.º 3 e 42.º LQER).

Os supervisionados têm um *dever de colaboração* com os supervisores no âmbito das respetivas atribuições e competências legais (artigo 40.º LQER). Não podem opor-se aos pedidos que lhe sejam legitimamente formulados no

39 Acerca da função verificativa particularmente *in situ* ou inspeção *stricto sensu*, sua natureza, finalidade, e regime jurídico, e a particular função de precaução e de cobertura do risco (prevenção de danos para o mercado e para os cidadãos), mas também de orientação, instrução e assistência técnica aos supervisionados (mediante “advertências”, “recomendações” ou “orientações”), CATARINO, 2018: 213.

exercício de poderes públicos de supervisão ou aos atos de *imperii* praticados para obter documentos ou conhecimento, nomeadamente alegando o seu dever de segredo profissional ⁴⁰. Tal não significa, no entanto, que a atribuição legal de poderes com características intrusivas e potencialmente limitadoras da liberdade individual *converta* estas relações jurídicas regulatórias *em relações de sujeição especial*, pois existem limites e garantias constitucionais e legais no seu exercício⁴¹.

No exercício da sua atividade de supervisão a autoridade reguladora toma conhecimento de factos e de atos dos supervisionados e de terceiros que em grande medida se encontram sujeitos a um dever de *sigilo* profissional *eg* porque relativos à vida privada pessoal ou familiar dos seus clientes, a segredos comerciais e empresarias das pessoas ou empresas. Tais informações não perdem o *grau de tutela jurídica* que detinham (e que na cooperação ou troca internacional é atribuída pelo país de origem) e a sua mera posse não permite a *livre disponibilidade*. Não existe alteração da titularidade da informação recolhida, que se mantém na esfera do sujeito ativo (supervisionado). A necessidade de *manutenção da confidencialidade legal* e da proteção dos interesses de terceiros e a *confiança* no seu efetivo cumprimento implicam a estatuição de um dever de segredo profissional sobre as entidades públicas recetoras desta informação. A LQER estatuiu por isso um dever de segredo sobre as entidades reguladoras do setor económico legalmente enumeradas e todas aquelas que como tal venham a ser classificadas (artigo 14.º da LQER, e o artigo 3.º da Lei que a aprovou).

Nos casos em que é legalmente permitido ao supervisor *partilhar* ou *revelar* informação sujeita a segredo, e nos casos de *troca de informação* com outros supervisores, nacionais ou estrangeiros, a mesma deve depender da prévia verificação de que o recetor se encontra também obrigado a segredo profissional. A par do cumprimento de princípios de *necessidade*, de *proporcionalidade* e de *reciprocidade* a utilização de informação para outros efeitos implica a *autorização prévia da autoridade supervisora de origem* da informação recebida (*infra*).

40 Os supervisionados não podem opor o segredo a pedidos de informação formuladas das AAI, podendo mesmo incorrer em crime de desobediência no caso de incumprimento de pedidos legítimos de documentos ou de informação (a título de exemplo, *vd* artigos 79.º, n.º 2 do RGIC, 359.º, n.º 3 e 304.º, n.º 4 e 361.º, n.º 2, al. a) do CodVM; 48.º-49.º ASF).

41 Acerca da tool box típica da nova atividade de fiscalização e dos seus limites, CATARINO, 2010: 266 e 287-98; 486 ss.

Estamos perante um segredo profissional, que pode ser definido em geral, como “a reserva que todo o indivíduo deve guardar dos factos conhecidos no desempenho das suas funções ou como consequência do seu exercício, que lhe incumbe ocultar, seja porque lhe é pedido segredo ou porque este é inerente à natureza do respetivo serviço ou profissão”⁴².

Também neste particular é importante a história do segredo bancário e do transvase da informação a favor dos reguladores/supervisores. O Decreto-Lei n.º 644/75 de 15 de novembro que aprovou a Lei Orgânica do Banco de Portugal (BdP) após a sua nacionalização pelo Decreto-Lei n.º 452/74, de 13 de setembro, estatuiu nos artigos 63.º e 64.º, que “Os membros do conselho de administração, bem como os restantes trabalhadores do Banco e ainda os membros do conselho de auditoria e do conselho consultivo, não podem, sem autorização superior” (do conselho de administração, segundo o n.º 2 do artigo 63.º), “revelar factos ou elementos cujo conhecimento lhes advenha do exercício das funções e exclusivamente por virtude desse exercício”, nem “depor ou prestar declarações em juízo ou fora dele sobre factos de que devem guardar segredo profissional”.

A fidúcia inerente a esta relação contratual impunha que as informações recolhidas pela instituição de crédito e transmitidas por via da lei, de contrato ou de acordo de troca de informações, a entidades públicas ou privadas de controlo como o Banco de Portugal, o Serviço de Centralização de Riscos do Crédito, ou associações profissionais⁴³, fossem acompanhadas do dever de manter segredo. Estávamos agora perante um vasto repositório de informação confidencial: de todos os seus associados, dos regulados, dos respetivos clientes, de terceiros que dela tomavam conhecimento pelo exercício temporário de funções ou prestação de serviços. Por isso se fala hoje em “segredo partilhado” dado que este acompanha a informação que legalmente possa ser partilhada, sendo certo que o dever de segredo perde um pouco da sua natureza ou génese profissional (que tinha, como vimos, cariz médico).

Em termos de *objeto*, os círculos do segredo profissional dos particulares e do segredo de supervisão são *concêntricos* mas não são coincidentes. O segredo profissional de supervisão é um dever *funcionalizado* à proteção de um agregado de interesses individuais e subjetivos (dos clientes das instituições

42 Procuradoria-Geral da República, parecer n.º 16/94 – Complementar, de 2 de Maio de 1996.

43 Cfr. os artigos 3.º e 6.º do Decreto-Lei n.º 47909, de 7 de setembro, que criou o Serviço de Centralização de Riscos do Crédito.

supervisionadas, das suas relações com tais instituições e da respetiva atividade), e nessa medida pode dizer-se que é *instrumental* (porque garantia) do segredo profissional das empresas, e condição de uma boa e eficaz supervisão (é necessário à prossecução de atribuições legais do supervisor)⁴⁴. Tendo o mesmo eixo, os bens protegidos transmutam-se num interesse supra-individual e constituem-se bens coletivos ou públicos dignos de tutela jurídica.

O *objeto* do segredo de supervisão é mais vasto que o segredo que impende sobre as entidades supervisionadas pois existe também uma componente de discrição ou de confidencialidade no que toca aos processos de supervisão e decisão que devem ser mantidos fora do conhecimento e apropriação do público ou da publicidade. Visa-se com a supervisão a proteção de interesses coletivos como a sã concorrência, a estabilidade de um mercado, setor ou sistema, e a confiança na instituição e na sua organização e funcionamento⁴⁵ – bens de que falaremos a propósito do seu *fundamento e limites*⁴⁶.

O segredo de supervisão traduz-se assim na proibição de revelar, utilizar ou difundir, diretamente ou por interposta pessoa, em proveito próprio ou de terceiro, independentemente da forma (verbal ou escrita) e do autor do pedido (para depor ou prestar declarações ou informações, em juízo ou fora dele), dados não públicos (ou que sejam públicos mas ainda não tenham sido publicitados), relativos às empresas supervisionadas (incluindo dados de todos aqueles que com ela se relacionam e que são igualmente sigilosos), obtidos no exercício e por causa do exercício das suas funções de supervisão, fora dos casos legalmente previstos. A relação jurídica de segredo encontra-se garantida por sanções criminais, civis e disciplinares⁴⁷.

44 Nas palavras de LÚCIA ANTUNES (2018: 75), faz parte da relação de confiança e permite obter a informação confidencial necessária para efeitos de supervisão. “O dever de confidencialidade que as autoridades de supervisão garantem aos supervisionados contribui desta forma para a eficácia da supervisão, uma vez que, em princípio, garante que será disponibilizada à autoridade de supervisão toda a informação que por esta for pedida”.

45 Procuradoria-Geral da República, parecer n.º 25/2009, de 17 de novembro de 2009.

46 Como bem refere AMARAL RODRIGUES a propósito do segredo de supervisão bancária (2014: 13), a lei não especifica o objeto do dever de segredo de supervisão sendo certo que engloba desde logo a informação comunicada ou recolhida e respeitante aos supervisionados. No entanto, e conforme já escrevêramos antes, também o objeto do dever de segredo bancário é indeterminado, e apesar de uma enumeração enunciativa obriga a um esforço de interpretação muito pouco consentâneo com matéria de proteção de direitos fundamentais (CATARINO, 1998: 9).

47 A par da responsabilidade civil (artigos 483.º Código Civil e 7.º da Lei n.º 7/2007, de 31 de Dezembro, que aprovou o regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado), criminal (artigos 195.º e 196.º do

Quem são os *sujeitos passivos* do segredo de supervisão? Os órgãos das autoridades de supervisão e seus titulares, trabalhadores, e todas as pessoas que lhes prestem ou tenham prestado serviços, a título permanente ou ocasional, sobre todos os assuntos que lhes sejam confiados ou de que tenham conhecimento no exercício e por causa do exercício das suas funções, bem como as entidades com quem as autoridades de supervisão partilhem informação por via legal (caso das derrogações legais nominadas) ou contratual (por via de acordos administrativas de cooperação legalmente permitidos – *infra*).

Cumpra referir que a relação de confiança necessária que se constitui com os supervisionados nas relações regulatórias é ainda reforçada por um *dever de reserva* que impende sobre quem tem responsabilidades de administração e gestão do supervisor, *vg* perante o público e os *media*. A violação grave ou reiterada desde verdadeiro dever de discrição pode constituir falta grave e fundamento para destituição (*infra*)⁴⁸.

Uma outra refração da proteção da inviolabilidade e privacidade da informação própria e de terceiro são as *incompatibilidades supervenientes* ou *impedimentos* com que se pretende obviar ao fenómeno da *revolving door*. Porque o dever de segredo se mantém após cessação de funções de supervisão e a informação recolhida e conhecida pelos supervisores respeita a *todos os supervisionados* que operam num sector, os membros dos órgãos de administração e os colaboradores “titulares de cargos de direcção ou equiparados” não podem “estabelecer qualquer vínculo ou relação contratual” com empresas ou grupos que aí operem, durante um espaço de tempo usualmente denominado de “período de nojo” (artigos 19.º, n.º 2 e 32.º, n.º 6 LQER).

A solução normativa visa também obviar ou mitigar conflitos de interesses, mas é *incompleta* porque apenas regula a “porta de saída” e não a “porta de entrada” nos supervisores, *eg* de dirigentes de entidades supervisionadas (ou políticos no ativo). Sabendo-se que esta “rotação” de interesses opera em ambos os sentidos, é deixado aos próprios a possibilidade de, ao aceder ao exercício de cargos superiores e de supervisão, se declararem impedidos ou pedirem escusa em decisões ou procedimentos que respeitem à empresa ou grupo ou setor com quem

Código Penal para violação do segredo profissional e 371.º para o segredo de justiça), e disciplinar (artigos 128.º, n.º 1, al. f) e 328.º do Código do Trabalho), existem ainda normas de sanção contraordenacional.

48 No âmbito das ERIs previstas na LQER, cfr. os artigos 43.º e 18.º da AdC; 43.º e 9.º da ERSAR; 28.º e 18.º da ANAC; 55.º-A e 30.º da ERSE; 45.º e 22.º da ANACOM; 54.º da ERC; 53.º e 38.º da ERS; 48.º e 13.º do IMT; 354.º do CodVM; 60.º dos Estatutos do BdP e 89.º do RGIC; 44.º da ASF; 2.º, n.º 7 e 10.º do CNSF.

tenham qualquer tipo de vínculo, laboral ou outro (referimo-nos aos mecanismos de prevenção e mitigação de conflitos de interesses e de garantia de neutralidade previstos nos artigos 69.º-76.º CPA e nalguns Estatutos de ERIs). A solução normativa de *revolving door* ou o “período de nojo” prevista na LQER tem fragilidades constitucionais claras em termos de princípios de proporcionalidade, de igualdade, ou de proteção da confiança legítima, que não trataremos aqui⁴⁹.

4. SEGREDO DE SUPERVISÃO: NATUREZA E FUNDAMENTO (NO EQUILÍBRIO ENTRE TRANSPARÊNCIA E OCULTAÇÃO).

O segredo da atividade de supervisão das ERIs não é um valor absoluto ou que valha por si, cumprindo aferir da sua *natureza* estrutural ou funcional e da relação com os princípios fundamentais de transparência que caracterizam o direito fundamental de acesso à informação administrativa.

A consagração de um segredo profissional sobre a administração pública impõe um difícil equilíbrio com o princípio fundamental da transparência da atividade administrativa. A “razão de Estado” e o regime-regra de segredo de toda a atividade da Administração foram durante muitos anos uma fórmula “natural” de gestão pública nos Estados modernos, garantida por sanções penais. O Estatuto Disciplinar dos Funcionários e Agentes da Administração estatuiu um dever de *segredo de função* que não se destinava a proteger interesses de terceiros mas o interesse do próprio serviço: o funcionário deveria “guardar segredo profissional relativamente aos factos de que tenha conhecimento em virtude do exercício das suas funções e que não se destinem a ser do domínio público” (artigo 3.º, n.º 9). Pretendia-se ocultar a administração pública e proteger o seu interesse e a sua atividade⁵⁰.

49 O legislador estatuiu a *aplicação imediata* das incompatibilidades *a posteriori* a todos os dirigentes e “equiparados”, mas não aos membros dos órgãos de administração em funções; ademais, e ao contrário dos dirigentes, aqueles mantêm parte do seu vencimento durante o período de impedimento superveniente que os afetará – cfr. artigos 19.º, n.º 2, 32.º, n.º 6 da LQER, e artigo 5.º, n.ºs 3 e 4 da Lei que a aprovou. Também a legitimidade e o procedimento para monitorizar e arguir tais atos e declarar e executar as sanções previstas em caso de incumprimento, levantarão particulares dificuldades...

50 O Decreto-Lei n.º 24/84, de 15 de junho, que aprovou o Estatuto Disciplinar dos Funcionários e Agentes da Administração Central, Regional e Local (hoje revogado), estatuiu no seu artigo 3.º, n.º 4, *al. e*), um dever de sigilo, que consistia em “guardar segredo profissional relativamente aos factos de que tenha conhecimento em virtude do exercício das suas funções e que não se destinem a ser do domínio público” (artigo 3.º, n.º 9). Era protegido o *interesse* do serviço, de informação relativa a factos, atividades e documentos de que a Administração toma conhecimento ou lhe são remetidas no exercício e por causa do exercício das

O Estatuto seria revisto no sentido de permitir ao cidadão aceder à informação e aos documentos administrativos, direito fundamentalizado que tem como corresponsável o dever de o Estado criar os mecanismos legislativos que permitam ao cidadão a sua participação pública, *vg* no procedimento (artigos 48.º CRP e 12.º CPA), e o exercício do direito de se informar e ser informado “sem impedimentos nem discriminações” (artigo 37.º, n.º 1 CRP).

A atual Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas, aprovada pela Lei n.º 35/2014, de 20 de Junho, afasta o dever genérico de segredo e estatui que os trabalhadores têm o “dever de informação”, devendo “prestar ao cidadão, nos termos legais, a informação que seja solicitada, com ressalva daquela que, naqueles termos, não deva ser divulgada” sob cominação de sanções disciplinares (artigo 73.º, n.º 1, d) e n.º 6)⁵¹. O regime-regra de um segredo funcional em prol da administração, foi substituído por um princípio fundamental da Administração aberta traduzido no dever funcional do funcionário de informar, e pelo direito de acesso à informação procedimental administrativa a quem seja “diretamente interessado” e à informação contida em registos e arquivos administrativos (artigo 268.º, n.ºs 1 e 2 CRP).

Conforme referimos, é pacificamente aceite a sua natureza de *direito fundamental de natureza análoga* aos direitos, liberdades e garantias do Título II da Constituição (artigo 17.º). Não tendo valor absoluto⁵², existem matérias em que a administração se pode encontrar legalmente dispensada de dar acesso a informação administrativa. Os casos de derrogação são heterogêneos (e por vezes opostos). O legislador consagrou alguns casos em que o direito de informação pode ceder: em matéria de segurança interna ou externa, investigação criminal, intimidade das pessoas e dados pessoais

suas funções tendo em vista proteger não só segredos das pessoas mas também a sua atividade ou a sua reputação. *Cfr.* Procuradoria-Geral da República, parecer n.º 29/95, de 6 de julho de 1995.

51 A Lei n.º 58/2008, de 9 de setembro revogou o Decreto-Lei n.º 24/84, de 16 de janeiro, constando da exposição de motivos da Proposta de Lei do Governo o afastamento do tradicional dever de segredo profissional de toda a Administração, e a aproximação ao regime laboral comum, consagrando o dever funcional de informar o cidadão (Proposta de Lei n.º 197/X, de 28 de abril de 2008).

52 A propósito da possibilidade de limitação de alguns direitos fundamentais, *cfr.* os artigos 26.º, n.º 1 e 35.º, n.º 4 CRP; 8.º Convenção para a proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais – CEDH; 16.º, n.º 1 do Tratado de Funcionamento da União Europeia – TFUE; 18.º, 83.º, n.ºs 1 e 2 do Código de Procedimento Administrativo – CPA; 1.º, 3.º, n.º 1, al. b), 6.º, n.ºs 1 e 2, e 8.º do regime de acesso à informação administrativa e ambiental e de reutilização dos documentos administrativos aprovado pela Lei n.º 26/2016, de 22 de Agosto (LAIDA); 8.º-10.º do Regime de Segredo de Estado, aprovado pela Lei Orgânica n.º 2/2014, de 6 de Agosto (RSE).

(derrogações *qualificadas*, artigo 268.º, n.º 2 CRP); em matéria de segredo comercial ou industrial ou relativo à vida interna das empresas, à propriedade literária, artística ou científica constante de procedimento administrativo e respeitante a terceiros, ou em outras matérias cobertas, *i.a.*, pelos deveres de segredos profissionais, ou de justiça, bancário e o fiscal⁵³.

Como sucede em todas as leis restritivas de direitos, liberdades e garantias, as derrogações aos direito de acesso à informação administrativa procedimental ou à administração aberta estão sujeitas aos pressupostos constitucionais formais (reserva de lei formal, artigo 165.º, n.º 1, al. *b*) CRP), e materiais (artigos 17.º e 18.º CRP), devendo ser suficientemente precisas e determinadas e densificadas de molde a afastar espaços livres de decisão (na dúvida o intérprete deve proceder a uma interpretação restritiva das restrições⁵⁴).

A consagração de segredos da administração ainda hoje levanta alguma suspeição pública (pensemos na investigação criminal e no segredo de justiça, tão discutido e tão violado), mas o segredo de supervisão aplicável aos funcionários das ERIs⁵⁵ não é um *segredo administrativo* – como o segredo de Estado ou o segredo de justiça⁵⁶. Também não sendo (nem podendo ser) um *segredo de função administrativa* nem um *princípio de ação pública*, é um *segredo de profissão*: porque esta implica a tomada de conhecimento de factos e de atos não públicos, de terceiros, que pretendem manter a confidencialidade, e o dever de ocultar é um meio de tutela da confiança legítima inerente

53 A propósito da colisão entre o segredo fiscal e a administração aberta e diminuição da esfera de garantia do sigilo por pressão de princípios como da administração democrática democráticos, SANTOS & PALMA, 2012:136 ss.

54 Como se afirma no Acórdão do Tribunal Constitucional, n.º 254/99, de 4 de maio de 1999, processo 456/97, “todos os direitos fundamentais reconhecidos na Constituição podem ser limitados ou comprimidos por outros direitos ou bens constitucionalmente protegidos (...), sendo sempre necessário fundamentar a necessidade de limitação ou compressão quando ela não se obtém por interpretação das normas constitucionais que regulam esses direitos”. E, mais adiante, proclama o mesmo aresto: “A exacta delimitação dos documentos que podem ser comunicados e dos que permanecem sob sigilo (...) sempre exige uma cuidadosa ponderação do conflito de direitos e interesses constitucionalmente protegidos e uma demonstração da necessidade e proporcionalidade da recusa de acesso à informação”.

55 Pese embora a noção de funcionário seja material e não formal (artigo 383.º CP), existe um tipo legal de *crime específico ou próprio* de violação de segredo de funcionário que implica uma consciência de que daí resulta prejuízo para o interesse público ou para terceiro, ou uma intenção de obtenção de vantagem, para si ou para terceiro (artigo 384.º Código Penal).

56 Neste sentido, Procuradoria-Geral da República, parecer n.º 25/2009, de 17 de novembro de 2009.

a estas relações particularmente intrusivas de fiscalização pela administração para obtenção de informação⁵⁷.

Podemos considerá-lo também como um *dever do serviço* dado que se visa salvaguardar a atividade de supervisão tanto quanto o seu resultado (um vasto repositório de informações sigilosas de terceiros de que a administração é *depositária necessária*).

Na realidade, existe uma componente deste dever *de serviço* relativa ao próprio supervisor, que necessita de manter segredo sobre os seus planos e métodos de supervisão, bem como sobre o tratamento que dá à informação detida. Os seus métodos de supervisão (*eg* as análises de risco subjacentes), a análise comparativa entre supervisionados para efeitos de escala de graduação de risco, as análises sobre a respetiva organização interna, tolerância ao risco, a avaliação da informação não pública sobre os titulares dos respetivos órgãos sociais e dirigentes, as análises dos mercados e das suas tendências, a informação e o tratamento das transações efetuadas *eg* para efeitos de verificação de ilícitos... existe uma atividade e informação interna que deve ficar circunscrita dado poder ter ela própria efeitos externos anti concorrenciais – obtém-se informação sobre a atividade de terceiros –, ou disruptivos dos mercados ou setores económicos e de ineficácia da supervisão.

Se os direitos fundamentais reconhecidos na Constituição podem ser limitados ou comprimidos por outros direitos ou bens constitucionalmente protegidos, a fundamentação da necessidade de limitação ou compressão do direito fundamental à informação administrativa decorre das normas constitucionais que regulam esses direitos. Tal significa que a opção legislativa pelo segredo já terá procedido à necessária *concordância prática* entre bens jurídicos fundamentais em colisão e que se encontram necessariamente relacionados com as atribuições de cada ERI.

Não será errado considerar que, no âmbito económico, a estatuição do segredo poderá visar a proteção de interesses privados como a reserva da intimidade e da vida privada dos clientes, dos segredos as empresas supervisionadas e direitos de

57 A “norma que protege o segredo, tem como finalidade impedir que o exercício do direito de acesso aos documentos administrativos constitua uma maneira de colher, junto da Administração, indicações estratégicas respeitantes a interesses fundamentais de terceiros, distorcendo dessa forma as regras do mercado”, Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos (CADA), parecer n.º 379/1010, de 22 de dezembro de 2012, processo 531/1010.

personalidade (artigo 26.º da CRP e artigos 70.º e 80.º Código Civil – CC)⁵⁸, a par de interesses públicos como: o funcionamento eficiente e a estabilidade do mercado ou setor em causa (da eletricidade, das telecomunicações, da energia, dos seguros), e do sistema económico e financeiro (artigo 101.º CRP⁵⁹); a defesa e promoção de uma sã concorrência e proteção dos consumidores/investidores e a repressão de práticas lesivas do interesse geral (artigo 81.º CRP); a promoção da equidade, transparência da informação e a defesa de mercados, sistemas ou setores específicos (evitando assimetrias de informação); a proteção da propriedade privada e a iniciativa privada (artigos 80.º, al. c), e 62.º CRP).

Também o TJUE se tem pronunciado sobre o segredo profissional de supervisão, em processos de reenvio prejudicial, quando o mesmo é estatuído em fontes de direito secundário da União – o que é regra na regulação do setor económico e financeiro. Afirmando que o segredo de supervisão visa permitir o bom funcionamento dos mercados transfronteiras e o sistema global de supervisão, um elevado nível de proteção dos investidores, a confiança e a certeza regulatória a nível de confidencialidade na troca de informações e cooperação num espaço económico sem fronteiras⁶⁰, não esquece a essencialidade da sua interpretação e aplicação uniformes. O *level playing field* regulatório é uma necessidade numa economia globalizada e sujeita à regra da supervisão do país de origem (refração dos princípios da liberdade de empresa e do reconhecimento mútuo), que visa evitar que a lei seja um entrave à eficácia das liberdades económicas de estabelecimento e de prestação de serviços transfronteiras⁶¹.

Seguindo um princípio da concordância prática, o Tribunal tem afirmado que “incumbe às autoridades ou aos órgãos jurisdicionais competentes

58 Cfr. o artigo 26.º, n.º 1 CRP e o Acórdão do Tribunal Constitucional, n.º 278/95, de 31 de maio de 1995, processo 510/91; Acórdão do Tribunal Constitucional, n.º 442/2007, de 14 de agosto de 2007, processo 815/07.

59 Neste sentido, enquanto bens fundamentais a proteger pelo segredo (direito à reserva da intimidade da vida privada e salvaguarda da estabilidade do sistema financeiro), MENEZES CORDEIRO, 2008: 253.

60 O TJUE lembra que o dever de segredo e a harmonização decorrente da criação de poderes similares de obtenção de informação no âmbito dos poderes de supervisão para todas as autoridades nacionais competentes tem um escopo transnacional bem determinado, permitindo às empresas a liberdade de prestação de serviços em toda a União com base na supervisão pelo Estado-membro de origem – *vd* Acórdão de 12 de novembro de 2014, *Altmann e outros*, C-140/13, EU:C:2014:2362. Acerca dos bens protegidos, o Acórdão de 19 de junho de 2018, *Ewald Baumeister*, C-15716, EU:C:2018:464.

61 Uma boa síntese dos bens protegidos pelo segredo de supervisão transnacional pode ser encontrada nas Conclusões da Advogada-Geral Juliane Kojott apresentadas em 26 de julho de 2017, no processo *UBS Europe e outros*, C-358/16 referenciado na nota *infra*.

encontrar, à luz das circunstâncias de cada caso concreto, um equilíbrio entre estes interesses opostos”: no caso em que a autoridade competente conclua, fundamentadamente, existir a prevalência do dever de segredo, e nas circunstâncias em que seja “invocada a obrigação de segredo profissional (...) para recusar a comunicação de informações na sua posse que não figuram no processo relativo à pessoa a quem um ato causa prejuízo”. Tal não se aplica apenas aos atos sancionatórios, mas a outras medidas desfavoráveis e pressupõe que a autoridade tome uma *decisão de acesso* a alguns documentos e de *recusa de acesso* a outros. Existindo um conflito entre os interesses de confidencialidade e de acesso para exercício de direito a um processo equitativo, “incumbe ao órgão jurisdicional nacional competente verificar se essas informações apresentam uma relação objetiva com as acusações que lhe são imputadas e, em caso afirmativo, ponderar os interesses identificados (...) antes de decidir sobre a comunicação de cada uma das informações solicitadas”⁶².

Também no Acórdão de 13 de setembro de 2018, caso *Enzo Buccioni vs Banca d’Italia* (BdI)⁶³, num caso de instituição de crédito objeto de liquidação compulsiva⁶⁴, e a propósito do pedido de acesso de um cliente bancário à informação de supervisão do banco central (indeferido com base no segredo), o Tribunal defendeu: *i)* a norma de segredo profissional sob interpretação (artigo 53.º da Diretiva 2013/36/UE⁶⁵) permite obter informação e documentos necessários a

62 No caso concreto estávamos perante a delimitação do âmbito de aplicação do dever de sigilo vertido no artigo 54.º da Diretiva dos Mercados de Instrumentos Financeiros (DMIF) num processo de impugnação de uma medida desfavorável (declaração de falta de idoneidade para exercer cargos sociais numa empresa de investimento) tomada pelo regulador luxemburguês *Commission de Surveillance du Secteur Financier* (Acórdão de 13 de setembro de 2018, *UBS Europe, SE, e outros*, C-358/16, EU:C:2018:715). A decisão debruça-se igualmente sobre a conciliação entre o segredo profissional e os direitos de defesa atenta a interpretação pelo TEDH de “casos abrangidos pelo direito penal” face ao artigo 6.º da CEDH (artigos 47.º e 48.º CDFUE e 6.º e 13.º CEDH) – em rigor não estávamos perante um processo sancionatório, mas de um procedimento administrativo de reapreciação de idoneidade ou processo administrativo de segundo grau. A propósito da conciliação necessária pelas autoridades *vd* decisões do TJUE no Acórdão de 13 de fevereiro de 1979, *Hoffman-La Roche*, C-85/76, EU:C:1979:36; Acórdão de 2 de outubro de 2003, *ARBED*, C-176/99, EU:C:2003:524; Acórdão de 26 de setembro de 2013, *Texdata Software*, C-418/11, EU:C:2013:588.

63 Acórdão de 13 de setembro de 2018, caso *Enzo Buccioni vs. Banca d’Italia* (BdI), C-594/16, EU:C:2018:425.

64 Garantidos 100.000,00 Euros do depósito bancário e perdido o remanescente (80.000,00 Euros), o cliente pretendia aceder a documentos para intentar ação judicial (civil ou comercial) contra o banco central italiano para ressarcimento dos seus prejuízos patrimoniais por (alegada) deficiente supervisão da instituição de crédito. O caso respeita ao dever de segredo que incumbe às autoridades nacionais de supervisão prudencial das instituições de crédito.

65 1. *Member States shall provide that all persons working for or who have worked for the competent authorities and auditors or experts acting on behalf of the competent authorities shall be bound by the obligation of*

instaurar ação civil ou comercial para proteção de interesses patrimoniais lesados num processo de liquidação compulsiva; *ii*) as derrogações à proibição geral de divulgação de informação confidencial contidas na Diretiva devem ser objeto de uma interpretação restritiva mas pode ser afastado pelas autoridades quando o pedido de divulgação tenha por objeto preciso informações que plausivelmente permitam concluir ser relevantes para as necessidades do processo judicial⁶⁶; *iii*) existem dois níveis de atuação ou decisão, da autoridade nacional competente face ao direito nacional aplicável ao acesso aos documentos administrativos e a um segundo nível face às normas da UE e eventuais especialidades e derrogações do direito nacional, e posterior controlo do juiz administrativo nacional.

Cumprе salientar que os deveres de segredo estatuído pelas normas comunitárias não se referem genericamente a informação detida pelas autoridades de supervisão, mas a informações confidenciais – o que, relembra o Tribunal, obriga a distinguir das que não são confidenciais⁶⁷. Os interesses e a necessidade que determinam a imposição pela União de poderes de obtenção de informação, de proibição de divulgação e os casos em que a proibição não impede a transmissão ou utilização para todas as autoridades do sistema europeu de supervisão não visa afastar a legislação nacional, nem regular detalhadamente o exercício desse direito de acesso reconhecido, se for o caso, pelo direito nacional⁶⁸.

Conforme defendeu o Advogado-Geral Michal Bobek no citado caso *Enzo Bucci*⁶⁹, a propósito dos interesses em jogo, tal como a obrigação de prestação

professional secrecy. Confidential information which such persons, auditors or experts receive in the course of their duties may be disclosed only in summary or aggregate form, such that individual credit institutions cannot be identified, without prejudice to cases covered by criminal law. Nevertheless, where a credit institution has been declared bankrupt or is being compulsorily wound up, confidential information which does not concern third parties involved in attempts to rescue that credit institution may be disclosed in civil or commercial proceedings.

66 Vd Acórdão de 22 de abril de 2010, *Comissão Europeia vs RU*, C-346/08, EU:C:2010:213.

67 O Acórdão de 19 de junho de 2018, *Ewald Baumeister*, C-15716, EU:C:2018:464, no processo de reenvio prejudicial no processo de liquidação da Phoenix Kapitaldienst GmbH. Os tribunais administrativos alemães (de Frankfurt am Main e depois o tribunal superior, de Hesse), perante a recusa pela BaFin de acesso a documentos de supervisão a um lesado de um esquema Ponzi fraudulento, ao abrigo do cit. artigo 54.º da DMIF, tinham já ordenado o acesso aos documentos requeridos com exceção de segredo comerciais e industriais e documentos relativos, à britânica FCA. O caso respeita ao dever de segredo que incumbe às autoridades nacionais de supervisão comportamental, solicitando-se relatórios de auditoria especial, relatórios de ROC, relatórios e correspondência relativa a relações de supervisão com a empresa.

68 Cfr. o ponto 39. do Acórdão *Baumeister*. proferido no supra referido processo C-15716.

69 44. *In sum, in view of such historical and contextual diversity, not only in exact wording but also in approaches, I would suggest that a healthy dose of skepticism is called for in relation to arguments that insist on suggesting that if the third subparagraph of Article 53(1) of Directive 2013/36, as it happens to be worded today, were not to be interpreted as restrictively as possible, the effective supervision of credit institutions and investment firms*

de informação por empresas aos supervisores não decorre de uma questão de boa vontade e de confiança mútua (confiança prudencial) mas de uma relação de supervisão prudencial imposta por normas de direito público que protegem os interesses dos mercados e dos investidores, a possibilidade no caso concreto de obter informação para demandar as autoridades de supervisão são um incentivo a mais confiança e a uma melhor supervisão.

4.1. Um possível equilíbrio entre acesso à informação e segredo

Verificada a *natureza* e o *fundamento* do segredo de supervisão, é tempo de tentar sintetizar um equilíbrio entre o seu regime perante o princípio fundamental de acesso à informação administrativa (informação procedimental e administração aberta):

- i) O direito do interessado no procedimento de supervisão encontra-se ligado ao direito de participação dos cidadãos no procedimento (artigos 37.º, n.º 1 e 48.º CRP e 82.º-85.º CPA), e na formação das decisões ou deliberações que lhe disserem respeito (artigo 267.º, n.º 5 CRP), excluindo-se a regra do segredo que se não encontre legalmente prevista como dever funcional;
- ii) A extensão do artigo 85.º do CPA a estranhos ao procedimento decorre da alegação e demonstração probatória de um interesse legítimo, i.e., um interesse específico que deve ser atendível e que determina a razoabilidade da prestação da informação fora de matéria sujeita ao segredo funcional;
- iii) O princípio da democracia e transparência administrativa estende-se ao arquivo e registos administrativos do procedimento (princípio de arquivo aberto ou de administração aberta), direito de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias que tem as restrições e ressalvas legais que devem obedecer ao regime material especial desta categoria de direitos fundamentais (artigos 268.º, n.º 2 e 18.º CRP);
- iv) O direito fundamental à informação administrativa pode ter de ceder perante a estatuição de deveres legais de segredo (factos ou

would be fatally compromised. It would appear that both in the past as well as in parallel regimes (which are certainly not less sensitive) the rules were or are worded differently, sometimes less restrictively, apparently without the entire edifice immediately crumbling and falling apart – Conclusões do Advogado-Geral Michal Bobek no caso *Baumeister*, onde faz uma breve resenha histórica do dever de segredo de supervisão.

notícias de que se teve conhecimento e que importa ocultar), *vg profissionais* (o funcionário deve guardar reserva dos factos conhecidos no desempenho das suas funções), porque lhe é pedido segredo ou porque este é inerente à informação (enquanto bem tutelado) ou à profissão;

- v) A função de supervisão de um setor económico ou de um mercado implica o conhecimento pelo supervisor e pelos seus colaboradores de vasta informação sigilosa relativa a todos os agentes que regulam, e à sua atividade e relações com cidadãos, sendo a imposição legal de segredo um *meio de tutela da confiança* dos supervisionados relativamente a determinada matéria (*vg* perante terceiros concorrentes), e inerente à natureza especialmente intrusiva desta atividade de fiscalização e vigilância pela administração;
- vi) O dever de segredo de supervisão visa prosseguir interesses e bens fundamentais privados (como a reserva da intimidade e da vida privada, segredos comerciais ou da vida das empresa obtidos pela administração) e públicos (prosseguir interesses e atribuições públicas como a estabilidade e sã concorrência num setor ou mercado, eficácia da supervisão);
- vii) O direito fundamental *à informação procedimental* de supervisão é, *prima facie*, um direito sem restrições para os interessados (não é um direito ao arquivo aberto) pelo que, só *a posteriori*, mediante o confronto com outros direitos ou interesses legalmente protegidos, é possível legitimar quaisquer restrições⁷⁰;
- viii) A solução concreta de conflitos entre acesso à informação e segredo (“concordância prática”) resultará numa permissão ou proibição, total ou parcial, de acesso à informação em concreto, mas que deve ser fundamentada nos casos em que se traduza na proibição ou restrição do exercício do direito fundamental de acesso à informação procedimental (ou ao arquivo), fundada em razões de *necessidade* e de *proporcionalidade* face a bens fundamentais colidentes (artigo 18.º, n.ºs 2 e 3 CRP)⁷¹;

70 GOMES CANOTILHO, 1992: 254.

71 Só quando “o segredo configura uma limitação ao exercício do direito de acesso, apenas nas situações em que esse segredo seja acolhido pela CRP, sob a forma de direitos ou interesses por esta reconhecidos, pode ter como consequência uma tal limitação” – CADA, parecer n.º 379/2010, de 22 de dezembro de 2010, processo n.º 531/1010, p. 9.

- ix) No âmbito do acesso ao *arquivo e ao registo* administrativo, a Constituição contém desde 1989 um regime de arquivo aberto que permite que reservas possam ser colocadas ao acesso aos documentos administrativos no âmbito de uma confidencialidade constitucionalmente reconhecida com remissão para regime legislativo (n.º 2 do artigo 268.º aditado pela Lei Constitucional n.º 1/1989);
- x) Os *limites* ao exercício deste direito fundamental, vertidos na Constituição, não se traduzem numa previsão exaustiva ou regulação pormenorizada de todas as circunstâncias que podem dar origem a um conflito de direitos ou interesses em conflito – o que a Constituição não pretendeu, nem é possível, e estas considerações constitucionais aplicam-se a todos os direitos fundamentais reconhecidos na Constituição; com efeito,
- xi) “Todos esses direitos podem ser limitados ou comprimidos por outros direitos ou bens constitucionalmente protegidos, sem excluir a possibilidade de conflitos entre direitos idênticos na titularidade de pessoas diferentes (...) sendo sempre necessário fundamentar a necessidade de limitação ou compressão quando ela não se obtém por interpretação das normas constitucionais que regulam esses direitos”⁷²; assim,
- xii) Perante o exercício do direito fundamental à *informação procedimental* e ao *arquivo*, e a necessidade de proteção de interesses públicos e sociais (e privados com tutela pública) através do dever legal de segredo, a administração tem que fazer em cada momento, por via interpretativa, uma ponderação entre os direitos e interesses fundamentais em conflito por forma a encontrar o melhor equilíbrio e uma solução concreta (artigo 18.º, n.º 2 CRP);
- xiii) A harmonização dos direitos em colisão é por vezes fácil, como nos *processos administrativos de autorização* para constituição ou *registo* de uma empresa regulada, ou para o exercício de uma profissão,

72 “Assim o n.º 2 do artigo 268.º implica que em matérias que não sejam relativas à segurança interna e externa, à investigação criminal e à intimidade das pessoas, o direito de acesso aos arquivos e registos administrativos não tem à partida (*prima facie, a priori*) os limites que resultam da lei nestas matérias. Nessas outras matérias apenas pode ter *a posteriori* os limites que resultam da solução constitucional das situações de conflito com outros bens ou interesses constitucionalmente protegidos, que são os únicos que valem para os direitos de informação procedimental ou instrumental do direito de tutela jurisdicional dos n.ºs 1,4 e 5 do artigo 268.º. (...) Temos aqui um direito fundamental sem explícitos limites *a priori*, que a Constituição reconhece ter limites *a posteriori* em certas áreas e em que a lei criou limites *a posteriori* em outras áreas” – Acórdão do Tribunal Constitucional, n.º 254/99, de 4 de maio de 1999, processo n.º 456/97.

para *aprovação* da prestação de um serviço, de um negócio ou de uma operação comercial, em que o requerente/interessado tem um acesso a todo o processado com os limites *supra* referidos, por si ou através de mandatário legalmente constituído (é legalmente caracterizado como sujeito procedimental);

- xiv) Pelo contrário, terceiros ao processo de autorização apenas podem aceder a informação e aos documentos administrativos que não sofram de restrições legais (como os documentos *nominativos* de terceiros ou *segredos* da vida interna da empresa, ou segredos comerciais ou industriais), sem prejuízo da possibilidade de indeferimento do pedido porque existem outros direitos ou bens em colisão que possam ser fundamentadamente considerados como de superior tutela constitucional⁷³;
- xv) O dever de *segredo de supervisão* ou segredo profissional que vincula os reguladores, tem sido entendido de forma restritiva pela Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos (CADA), aceitando que se devem considerar cobertos pelo dever de segredo os dados pessoais de terceiros mas que se deve ponderar em cada caso concreto, fundamentadamente, quais os documentos que decorrem do exercício da atividade de supervisão que devem ser mantidos sob reserva e quais devem ser revelados⁷⁴; assim,
- xvi) A Comissão tem sustentado em jurisprudência constante, a este respeito, que nem toda a informação administrativa nos processos de supervisão é de acesso limitado pelo dever de segredo dada a natureza do *direito de acesso aos arquivos e registos administrativos*, devendo a administração fazer uma apreciação casuística e decidindo fundamentadamente da possibilidade ou impossibilidade de disponibilização de documentos⁷⁵;

73 CADA, parecer n.º 55/2008, de 20 de Fevereiro de 2008, processo n.º 546/2007, <http://www.cada.pt/modules/CADA/lista.php?anoparecer=2008> relativo ao pedido de informação sobre a autorização para comercialização em Portugal de um Fundo de Investimento BBVA Propriedad FII.

74 CADA, parecer n.º 97/2012, de 7 de Abril de 2012, processo n.º 16/2012, proferido ante reclamação apresentada junto do Banco de Portugal por clientes do BPP, para acesso de documentos de supervisão detidos pelo Banco “relativos a atos e operações de supervisão efetuados naquele banco desde o mês de Janeiro de 2007”.

75 A título de exemplo, perante um requerimento contra o Banco de Portugal a CADA deliberou que, “(...) quando estejam em causa dados pessoais e/ou segredos sobre a vida interna das empresas (instituições de crédito e sociedades financeiras) – de que o BP tenha tido conhecimento no exercício das suas funções de supervisão e por causa desse exercício –, a mera curiosidade não será credencial bastante para o acesso; mas

- xvii) Afirmando a dificuldade em distinguir informação procedimental e informação de arquivo e a não estanquicidade dos respetivos regimes, *eg* face à natureza da supervisão contínua, ou porque documentos administrativos em arquivo vão instruir procedimentos “vivos”, a Comissão relembra que “o legislador não teve em vista a preservação do segredo em si mesmo, mas que se proceda a uma adequada ponderação dos interesses em confronto por forma a encontrar o melhor equilíbrio possível entre eles”⁷⁶;
- xviii) A Constituição e a lei traçam algumas das linhas em que a Administração é dispensada de permitir o acesso dos seus cidadãos à informação, mas os documentos ou informações abrangidos pelas exceções legais como os deveres de segredo deverão ser destacados ou expurgados da informação a prestar quando tal for *possível e razoável*⁷⁷.

5. SEGREDO DE SUPERVISÃO: AS DERROGAÇÕES LEGAIS DE INFORMAÇÃO

Vimos como o direito fundamental à informação administrativa pode ceder perante a estatuição de deveres legais de segredo relativos a factos ou notícias de que a administração teve conhecimento no desempenho das suas funções e que lhe incumbe ocultar. Mas também este dever de *non facere* pode ceder em outros casos em que a lei prevê que a autoridade de supervisão *possa* ou *deva* prestar informação sujeita a sigilo:

- i) a autoridade de supervisão *pode* prestar informação sujeita a sigilo porque o titular do direito ao segredo *autorizou* expressamente a

já dificilmente se aceita (ou será mesmo inaceitável) que, quando haja razões ponderosas – designadamente as que se prendam com o direito de informação instrumental do direito à tutela jurisdicional efetiva (artigo 268.º, n.ºs 1, 4 e 5 CRP) –, o Banco de Portugal vede o acesso à documentação pretendida, sem procurar um ponto de equilíbrio entre interesses diversos, que podem, até, não ser antagónicos” – Parecer n.º 70/2006, de 29 de março de 2006, processo n.º 3711.

76 Em caso de dúvida sobre a legalidade da prestação de informação ou acesso a documentos pode ser solicitado parecer à Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos, nos termos do artigo 15.º, n.º 1, al. e) e 30.º, n.º 1 da Lei n.º 26/2016, de 22 de Agosto.

77 Cfr, o artigo 6.º, n.º 9 da Lei n.º 26/2016. É aplicável aqui o entendimento da CADA segundo a qual a “entidade requerida não tem o dever de criar ou adaptar documentos para satisfazer o pedido nem a obrigação de fornecer extratos de documentos, caso isso envolva um esforço desproporcionado que ultrapasse a simples manipulação dos mesmos” – CADA, parecer n.º 206/2017, de 20 de Junho de 2017, processo n.º 563-A/2016.

- revelação ou transmissão de informação relativa a factos ou actos pessoais ou profissionais próprios e que não respeitem à esfera jurídica protegida de terceiro;
- ii) a autoridade de supervisão *pode* prestar informação sujeita a sigilo porque a mesma é ou se tornou *pública*;
 - iii) a autoridade de supervisão *deve* prestar informação sujeita a sigilo quando está legalmente *obrigada* a divulgar ou prestar informação, como nos casos da difusão estatística, ou ao abrigo de deveres legais de cooperação ou assistência com outras entidades de supervisão, nacionais ou estrangeiras. E tal dever pode abarcar informação coberta pelo segredo de Justiça⁷⁸.

A integração europeia implica viver num espaço económico regional sem fronteiras e globalizado, com liberdade de circulação e de estabelecimento de pessoas e bens em todo o território da união regional, o que implica uma divisão de competências entre os supervisores dos Estados-membros de origem e de destino dos agentes económicos. Tal implica uma regulação e supervisão “em rede”, i.e., existe a necessidade de *i)* criação de regras e princípios comuns ao espaço globalizado e de liberdade da União (*level playing field*); *ii)* uniformização legislativa e interpretativa em matérias que não são da competência exclusiva da União; *iii)* harmonização de competências regulatórias e de supervisão *vg* nos poderes de obtenção de informação (seja no âmbito da supervisão ou da sanção); *iv)* estatuição legal de deveres de segredo profissional relativamente às informações não públicas obtidas no âmbito das atribuições e por causa do exercício das competências de supervisão; *v)* cooperação e troca de informação sujeita a sigilo com co-reguladores internos mas também com entidades congêneres de outros estados-membros e para feitos de regulação, de supervisão ou de sanção; *vi)* manutenção do dever de segredo, especialidade do fim e exclusividade do destinatário, relativamente à informação sigilosa partilhada⁷⁹. Como veremos, também

78 Cfr. o artigo 408.º-A, n.º 4 do CodVM ou o 213.º-A RGIC.

79 É paradigmático, no sistema financeiro, e tem sido objeto de apreciação pelo TJUE, a necessidade de interpretação uniforme dos deveres de segredo e do seu âmbito, afirmando dever ser afastada a divulgação de informação na posse de autoridades de supervisão que possam prejudicar diretamente os interesses de pessoas singulares ou coletivas que as prestou ou de terceiros, ou que possam prejudicar o bom funcionamento do mercado e do sistema global de supervisão, *a confiança e a certeza regulatória a nível de confidencialidade na troca de informações e de cooperação que é um dever num espaço económico sem fronteiras* e em que a supervisão se encontra sedeada na autoridade do estado-membro de origem (*level playing field*) (vd o seu Acórdão de 13 de setembro de 2018, *UBS Europe, SE e outros*, Proc. C-358/16,

a segurança deste intercâmbio necessário de informação funda o dever de sigilo de supervisão e de sanção.

- iv) a autoridade de supervisão *pode* ou *deve* prestar informação sujeita a sigilo quando existe a obrigação legal de denunciar crimes graves de que a administração tomou conhecimento no exercício e por causa do exercício das suas funções (artigos 242.º e 135.º CPP, e 36.º CP);
- v) a autoridade de supervisão *pode* ou *deve* prestar informação sujeita a sigilo quando a sua decisão de recusa de prestação de informação foi objeto de pedido de ponderação judicial dos direitos e interesses em presença com consequente apreciação e decisão judicial de levantamento do dever de segredo.

A propósito do dever de colaboração com os tribunais existe uma previsão geral de derrogação do segredo nalguns estatutos setoriais, mas interessam-nos as leis processuais civil e criminal. Trataremos à parte de dois outros casos de derrogação *parajudicial* do segredo em favor da prestação da informação: nas investigações levadas a cabo pelas Comissões Parlamentares de Inquérito (CPIs) e nos processos de contraordenação (em rigor já estamos perante segredo administrativo e não perante um segredo de supervisão).

O dever de colaboração na Administração da Justiça implica que “Todas as pessoas, sejam ou não partes na causa, têm o dever de prestar a sua colaboração para a descoberta da verdade, respondendo ao que lhes for perguntado, submetendo-se às inspeções necessárias, facultando o que for requisitado e praticando os atos que forem determinados”, obediência que cessa quando acarrete “violação do sigilo profissional ou de funcionários públicos” – como o de supervisão (artigos 417.º, n.ºs 1 e 3 e 497.º CPC, e 182.º e 135.º CPP).

No âmbito do processo civil vigorou durante muito tempo a “teoria do paralelismo”: a menos que existisse derrogação legal “onde há sigilo não há dever de cooperação”. No âmbito do processo penal afastava-se o dever de depor ou prestar declarações perante o dever de sigilo profissional ou de funcionário (artigo 217.º do Código de Processo Penal aprovado pelo Decreto n.º 16.489, de 15 de fevereiro de 1929). As alterações operadas no processo civil pelo Decreto-Lei n.º 329-A/95, de 12 de dezembro, e Decreto-Lei n.º 180/96, de 25 de setembro

EU:C:2018:715, proferido no processo de reenvio prejudicial de decisão da *Commission de Surveillance du Secteur Financier* (luxemburguesa).

afastaram o regime rígido que afastava a colaboração e prestação de depoimentos a quem se encontrava sujeito a sigilo profissional (artigos 519.º-520.º, 532.º e 533.º do Código do Processo Civil). Também transplantaram para o processo civil um mecanismo de levantamento da recusa de colaboração pelo juiz, que passou a estar previsto na lei processual penal aprovada em 1987 (*infra*).

No regime atual mantém-se no processo civil e criminal o princípio segundo o qual todos aqueles que se encontrem sujeitos a deveres de segredo, na falta de consentimento do seu titular, se devem recusar a depor ou prestar informação sob pena de prática do crime de violação do segredo. Mas o legislador criou um mecanismo em que, perante esta recusa de colaboração, e a possibilidade de ser legítima ou ilegítima, cabe ao Tribunal proceder à averiguação da existência do dever de sigilo e decisão sobre o seu objeto perante a matéria *sub judice*⁸⁰. Perante a legitimidade da recusa (a ilegitimidade implica inexistência de segredo) ao Tribunal cumpre decidir da sua aceitação ou levantamento após da ponderação de valores em conflito (*infra*). O procedimento judicial encontra-se previsto no artigo 135.º, n.ºs 2 e 3 do CPP, e que é igualmente aplicável no âmbito do processo civil.

O dispositivo previsto no artigo 135.º do CPP deixa nas mãos da Justiça a chave da valoração e da graduação dos valores e interesses no conflito entre o dever de segredo e o dever de colaboração, e sem dúvida que se reforçou o dever de colaboração da Administração na administração da Justiça.

O regime previsto neste artigo inspirou-se no mecanismo previsto nos já citados Decretos-Leis n.º 40651, de 21 de junho de 1956, n.º 47749, de 6 de junho de 1967 e n.º 48587, de 27 de agosto de 1968, para o segredo médico e do farmacêutico. Perante a recusa de consentimento, de prestação de declarações ou de remessa de documentos solicitados, aos presidentes das relações cabia decidir sem recurso, depois de ouvidas as ordens profissionais “e o procurador da República, as questões emergentes do segredo profissional médico e sua revelação, suscitada entre médicos, estabelecimentos hospitalares ou quaisquer serviços de saúde, por um lado, e as autoridades judiciais ou policiais e serviços administrativos de qualquer Ministério, por outro”. O Estatuto prescrevia, no entanto, que o médico se não podia recusar “a prestar declarações sobre factos relativos ao seu cliente desde que não constituam matéria de segredo profissional”, artigo 95.º.

80 Acerca deste mecanismo e da sua aplicação processual *vd* artigos 417.º, n.º 4 e 497.º, n.ºs 3 e 4 do CPC, 182.º, n.º 2 e 135.º, n.ºs 2 e 3 do CPP e 195.º-196.º, 371.º, 383.º do Código Penal.

O Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça n.º 2/2008⁸¹ uniformizou jurisprudência relativamente ao processo de decisão sobre a legitimidade ou ilegitimidade da alegação de sujeição ao dever de segredo face aos interesses que no caso concreto se encontram em colisão. Nos casos em que é solicitada informação ou em que é solicitado um depoimento, perante a recusa ou escusa de colaboração em virtude do cumprimento do dever legal de segredo profissional, há que aferir da sua legitimidade no caso concreto e tal cabe à autoridade judiciária perante quem foi suscitado. No caso de a recusa ser ilegítima (por não existir dever de segredo profissional, por não vincular aquela pessoa ou pelos factos não estarem sujeitos a sigilo), o Tribunal ordena a prestação de informação decidindo da quebra do dever de segredo; no caso de considerar legítima a recusa ou escusa pode aceitar ou solicitar a quebra através de um incidente no tribunal superior territorialmente competente por entender que existe fundamento para solicitar o seu levantamento. A este cabe decidir após a ponderação dos interesses em presença caso concreto⁸².

A colaboração com os Tribunais pode ainda ocorrer no limite da matéria sujeita a segredo, por exemplo através do pedido de nomeação de perito, ou solicitar a elaboração de pareceres técnicos (desde que tal se enquadre nas competências das ERIs), pedir esclarecimentos em audiência de cariz técnico, ou suscitar outras questões ou assuntos por exemplo sobre documentos juntos aos autos.

6. SEGREDO E REVELAÇÃO POLÍTICA – OS INQUÉRITOS PARLAMENTARES

Os inquéritos parlamentares têm por função fiscalizar o cumprimento da Constituição e da lei e apreciar atos do Governo e da Administração, podendo incidir sobre qualquer matéria de interesse público que a Assembleia da República (AR) entenda relevante para o exercício das suas atribuições e desempenho de competências (artigos 178.º, n.º 1, 162.º-163.º CRP, e artigos 1.º e 8.º do Regime Jurídico dos Inquéritos Parlamentares aprovado pela Lei n.º 5/93, de 1 de março – RJIP).

81 Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça n.º 2/2008, de Fixação de Jurisprudência, de 13 de fevereiro de 2008 (processo n.º 894/07-3).

82 Por todos, sobre a descrição do mecanismo de ponderação dos interesses em conflito e consequente legitimidade de escusa ou de recusa de colaboração com a justiça devido ao segredo bancário e ao segredo de supervisão, e a aplicação do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça n.º 2/2008, de Fixação de Jurisprudência, de 13 de fevereiro de 2008, AMARAL RODRIGUES, 2014: 9 e 17.

Os inquéritos parlamentares são realizados através da constituição de comissões eventuais da AR (Comissões Parlamentares de Inquérito – CPI), especialmente constituídas com um *objeto e fundamento* definidos, que delimitam a sua *competência*. Não existe impedimento a que o seu objeto coincida com o objeto de um processo criminal ou contraordenacional em curso dado estarmos perante um controlo político, efetuado por órgãos políticos, que procedem a valorações meramente políticas⁸³. Porque não efetua um controlo ou “supercontrolo” administrativo ou judicial é mesmo *natural* a existência de “inquéritos paralelos”, i.e., a “possibilidade da existência simultânea de um processo de inquérito parlamentar e um ou mais processos em curso nos tribunais incidindo sobre os mesmos factos”, ou recolha de prova e de informação sobre factos que também são objeto de processos-crime ou podem vir a ser considerados como tal⁸⁴.

Embora esteja afastada a possibilidade de a CPI se transformar num órgão jurisdicional, a Constituição e a lei confere-lhe poderes similares aos de *instrução criminal* o que significa que goza do necessário *apoio e cooperação* dos Tribunais na medida em que “gozam de poderes de investigação próprios das autoridades judiciais” (artigos 178.º, n.º 5 da CRP e 237.º do Regimento da Assembleia da República⁸⁵).

Estando sujeita aos mesmos *limites* da autoridade judicial, não pode proferir sentenças ou atos com a mesma natureza nem praticar atos reservados aos juizes, como os que contendam com direitos fundamentais, ficando por isso salvaguardados os segredos legais ou o direito à reserva da intimidade da vida privada pessoal e familiar – que se estende à inviolabilidade de correspondência, de comunicações e telecomunicações, do domicílio, e aos atos de revista, de busca ou

83 A Comissão está desde logo limitada pelas atribuições da AR, não podendo usurpar os poderes dos Governos ou dos Tribunais, sendo discricionária a possibilidade de suspender os seus trabalhos até ao trânsito em julgado de um processo. Sobre a natureza política da sua ação, PIÇARRA, 2007: 937.

84 Neste sentido, Acórdão do Tribunal Constitucional, n.º 195/1994, de 1 de março de 1994, processo n.º 478/93; Procuradoria-Geral da República, parecer n.º 56/1994, de 9 de março de 1995, sobre escusa de depoimento devido ao dever de segredo.

85 Regimento da Assembleia da República n.º 1/2007, de 20 de agosto (RAR).

de apreensão⁸⁶, e outros que contendam com direitos de personalidade (o direito ao bom nome e à honra e reputação⁸⁷).

A *eficácia* da investigação desenvolvida pela CPI depende em grande parte da recolha de prova documental e testemunhal pelo que se prevê a obrigatoriedade de cooperação de órgãos administrativos, judiciais e de entidades privadas (neste último caso não existe obrigação de *coadjuvação* mas de *prestação de informação*⁸⁸), idealmente nos mesmos termos da cooperação com os tribunais. No entanto, este dever constitucional de colaboração é *fraco* ou *limitado* dada a natureza política da CPI, a limitação do seu objeto, e a competência *parajudicial* decorrente da restrição aos poderes de investigação das autoridades judiciais⁸⁹.

Encontra-se legalmente prevista a possibilidade de recusa de colaboração com a CPI, na prestação de informação, na apresentação de documentos ou na prestação de depoimento, que se tem por justificada nos termos da lei processual penal (artigos 178.º, n.º 5 CRP e 13.º, n.º 7 do RJIP). Assim, ante a recusa de prestação de informação decorrente da alegação de que as declarações ou documentos requeridos versam sobre factos abrangidos pelo segredo profissional de supervisão, havendo dúvidas fundadas sobre a legitimidade da escusa, pode a Comissão proceder às averiguações necessárias e ordenar a prestação do depoimento se, após as averiguações, concluir pela ilegitimidade da escusa (artigo 135.º, n.º 2 CPP).

86 Porque estamos numa função política não colhe o paralelo com atos de administração executiva como os praticados por algumas autoridades administrativas que na investigação dos procedimentos de sanção podem proceder a buscas domiciliárias, apreensões de informação contida em sistemas informáticos, registo e transmissão de dados a entidades prestadoras de serviços de telecomunicações, registos de contactos telefónicos e de transmissão de dados a operadores de rede fixa ou móvel ou operadores de serviços de internet, mediante decisão judiciária prévia por vezes tácita (artigos 215.º do RGIC, 385.º do CodVM, 8.º do RJPS, 17.º-20.º e 63.º-64.º do Novo Regime da Concorrência aprovado pela Lei n.º 19/2012, de 8 de maio).

87 O artigo 13.º, n.º 1 do RJIP afasta expressamente os poderes “constitucionalmente reservados” às autoridades judiciais, desde logo os que contendam com direitos fundamentais, artigos 18.º, 25.º, n.º 1, 26.º, n.ºs 1 e 2, 32.º, n.º 2, 34.º CRP.

88 A prestação das informações e dos documentos tem prioridade sobre quaisquer outros serviços e deve ser satisfeita no prazo de 10 dias sob pena de o seu autor incorrer na prática do crime de desobediência qualificada, e a presença é obrigatória e tem precedência sobre qualquer outro ato ou diligência oficial dos requeridos regendo-se pela lei processual penal (artigos 13.º, 17.º e 19.º do RJIP).

89 Aplicando a estes casos, tal como sucede no processo civil (artigos 497.º e 413.º CPC) a jurisprudência fixada pelo citado Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, n.º 1/2008, de Fixação de Jurisprudência, de 13 de fevereiro de 2008, LÚCIA ANTUNES, 2018: 24.

Apesar de ter uma competência meramente *parajudicial*, concluindo pela legitimidade da escusa (sendo a escusa considerada ilegítima não há dever de segredo), aplica-se a regra da lei processual penal: a comissão parlamentar de inquérito pode suscitar a intervenção judicial (atualmente, o Tribunal da Relação), que decidirá da prestação de testemunho com quebra do segredo profissional. Também aqui decide um “juiz” diferente daquele que tem o interesse no “levantamento” do segredo (artigo 135.º, n.º 3 CPP).

A decisão final constitui assim *reserva de juiz* devendo suscitar-se a intervenção do Tribunal da Relação para decidir do incidente de quebra de segredo (artigo 135.º, n.º 3 do CPP)⁹⁰.

Esta competência é conferida às secções criminais do Supremo Tribunal de Justiça a partir de outubro de 2019, conforme o artigo 13.º-A, n.º 1 do RJIP aditado pela Lei n.º 29/2019, de 23 de abril. A compreensão das alterações aos poderes das CPI ocorridas em 2019 deve incluir no círculo da respetiva hermenêutica alguns elementos extra textuais de destacamos o *bail out* material em que se traduziu o apoio do Estado português às instituições de crédito (em parte resultado de operações bancárias com omissão da *due diligence*) e à estória do funcionamento da *Comissão Parlamentar de Inquérito à Recapitalização da Caixa Geral de Depósitos e à Gestão do Banco* (“I Comissão à CGD”⁹¹). O clamor dos *media* e sua repercussão pública ante a recusa de prestação de informação à Comissão – pela CGD, pelo BdP e pela CMVM – levaram a questionar o fundamento e a preponderância do segredo de supervisão sobre outros interesses públicos fundamentais. A comissão seria extinta em 18 de julho de 2017, antes de o tribunal poder decidir do (requerido) incidente de levantamento do segredo a favor da CPI⁹².

90 Procuradoria-Geral da República, parecer n.º 56/1995, de 9 de março de 1995, “concluindo pela legitimidade da escusa, pode a comissão parlamentar de inquérito suscitar a intervenção do Tribunal da Relação, o qual decidirá da prestação de testemunho com quebra do segredo profissional quando se verificarem os pressupostos referidos no artigo 185.º do Código Penal (artigo 135.º, n.º 3, do Código de Processo Penal)”.

Em sentido contrário, e afirmando que tal solução seria desconforme ao estatuído no artigo 178.º, n.º 5 CRP e a decisão sobre o levantamento do dever de segredo deveria caber ao Tribunal Constitucional, PIÇARRA, 2011: 261.

91 Resolução da Assembleia da República n.º 122/2016 que constituiu a CPI que vigorou entre 5 de julho de 2016 e 18 de julho de 2017.

92 Cfr. a decisão dos recursos interpostos pela Caixa Geral de Depósitos (CGD), Banco de Portugal (BP) e Comissão de Mercado de Valores Mobiliários (CMVM) do Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 17 de janeiro de 2012, processo n.º 594/11.5TAPDL.L1-5, pelo Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 16 de outubro de 2014, proc. n.º 1233/13.5YRLSB.S1): “(...) III. As comissões parlamentares de inquérito,

As alterações legislativas aprovadas pelas Leis n.º 15/2019, de 12 de fevereiro e n.º 29/2019, de 23 de abril, visaram também conferir eficácia à *II Comissão Parlamentar de Inquérito à Recapitalização da CGD e à Gestão do Banco*⁹³, obviando aos deveres de segredo que fundavam um dever de colaboração *fraco* com que se deparou a I Comissão à CGD⁹⁴.

O primeiro diploma consagrou mais uma *derrogação ope legis* ao dever de segredo bancário e ao segredo de supervisão do BdP, reforçando o controlo da AR sobre a atividade e supervisão e indiretamente sobre os supervisionados (artigos 79.º, n.º 2, al. f) e 81.º, n.º 2, al. g) do RGIC). Aí se prevê a revelação a comissões parlamentares de inquérito de matéria sujeita a segredo bancário que seja estritamente necessária e adequada “ao cumprimento *do respetivo objeto*, o qual *inclua especificamente* a investigação ou exame das ações das autoridades responsáveis pela supervisão das instituições de crédito ou pela legislação relativa a essa supervisão” (itálicos nossos)⁹⁵.

Este dever *forte* de *colaboração* do BdP com CPIs não pode pretende obviar ao dever de segredo bancário nem ao dever de segredo profissional ou de supervisão que o operacionaliza e que garante a defesa do direito constitucional à reserva da intimidade da vida privada e familiar de um ou mais clientes e a proteção de dados pessoais. A revelação está *funcionalizada* pelo âmbito e objeto de uma investigação ao exercício da atividade de supervisão (artigos 81.º, n.º 2, al. g) e 6, al. g) RGIC, e artigo 8.º da Lei n.º 25/2019). Foram ainda criados deveres

por designio legal, são *temporalmente contingentadas*, sujeitas a um *prazo máximo de vida*, de 180 dias, podendo o Plenário prorrogá-lo por 90 dias, «a requerimento fundamentado da comissão» (n.ºs 1 e 2 do artigo 11.º do RJIP); findo esse prazo, a comissão extingue-se automaticamente, *ope legis* (2.ª parte do n.º 1 do artigo 11.º do RJIP). IV – A operada extinção da Comissão Parlamentar, requerente em incidente de quebra de segredo profissional – não havendo lugar à habilitação dela, nem se devendo prefigurar que a mesma se haja fundido no Plenário –, tornando impossível a continuação da lide, determina a extinção da instância (artigo 269.º, n.º 3 do CPC).”

93 Criada pela Resolução n.º 24-A/2019 da AR ao abrigo dos artigos 166.º, n.º 5, 175.º e 178.º, n.ºs 1, 4 e 5 CRP, e artigos 2.º, n.º 1 al. a) e 8.º do RJIP, tem um objeto diverso da anterior Resolução pois ante as práticas de gestão e concessão de crédito, pretende-se apurar as responsabilidades dos órgãos societários e eventuais contradições entre as informações contidas no relatório de auditoria da Ernst & Young (EY).

94 A matéria foi objeto de vários projetos de Lei que na generalidade não visavam alterar o RJIP – cfr. Projetos de Lei n.ºs 836/XIII/3.ª, 870/XIII/3.ª, 871/XIII/3.ª, 875/XIII/3.ª, 876/XIII/3.ª, 877/XIII/3.ª, disponíveis em <http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=42464>

95 Nos termos do artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 15/2019, “à recolha pelo Banco de Portugal e disponibilização à Assembleia da República da informação relevante nos termos da presente lei não é oponível o segredo bancário e de supervisão previsto nos artigos 78.º e 80.º do RGICSF”, ficando os Deputados, trabalhadores e colaboradores da Assembleia da República e dos grupos parlamentares sujeitos ao dever de segredo que impende sobre a informação bancária e de supervisão recebida.

de informação “ad-hoc” e contínua (“reporte”) à AR⁹⁶, que não enquadrámos no âmbito das CPIs, bem como o alargamento do dever de segredo bancário aos Deputados e trabalhadores e colaboradores da AR, das CPIs, das comissões permanentes, dos Grupos Parlamentares e do Gabinete do Presidente da AR, uma extensão da regra do “segredo em cadeia” ou “segredo partilhado” constitucionalmente questionável⁹⁷. Seguindo os termos gerais, o dever de segredo estende o seu círculo aos terceiros que tenham acesso à informação, incluindo a prestação da informação recebida pelo BdP de entidades de outros Estados-membros da UE ou terceiros – aqui, dependente da respetiva autorização, expressa (artigo 80.º, n.os 5 e 7 do RGIC, artigo 8.º da Lei n.º 12/2019 e artigos 12.º e 13.º do RJIP).

O regime de prestação de informação manteve-se intocado relativamente aos deveres gerais de colaboração e coadjuvação das outras autoridades administrativas de supervisão do setor económico (ERIs), uma *autolimitação do parlamento no seu direito à colaboração* que seria parcialmente superada com a Lei n.º 29/2019, de 23 de abril (artigo 13.º, n.º 3 e 13.º-B). Nesta já se não visou meramente o Banco de Portugal e o normativo bancário embora *algumas das soluções* vertidas na lei devam ser igualmente interpretadas como reação a questões surgidas no âmbito da “I Comissão à CGD”. Salientamos apenas, no âmbito deste tema, que *a partir da XIV legislatura*, i) o prazo legal dos inquéritos *suspende-se perante um incidente* de quebra de segredo e *até ao trânsito em julgado da decisão judicial sobre o mesmo* (artigo 11.º, n.º 4 do RJIP); ii) os poderes de controlo e colaboração política da CPI englobam pedidos *escritos* formulados *i.a.* às autoridades judiciais, ao Governo, e à administração reguladora independente do setor económico sujeita a dever de segredo profissional⁹⁸; iii) a recusa de colaboração com a CPI só se terá

96 Em rigor, o controlo da AR estendeu-se igualmente ao Governo aquando da utilização de fundos públicos, estatuiendo-se deveres de informação e de realização obrigatória de auditorias pelo Governo que pode ter sido parte nas medidas de apoio tomadas (cfr. o artigo 4.º da Lei).

97 A lei criou ainda um regime legal especial de *cooperação obrigatória* do BdP com a AR limitado no seu *objeto* e âmbito de aplicação *subjetivo e material*. O dever de informação e *disclosure* incide sobre operações de capitalização, de resolução, de nacionalização ou liquidação de instituições de crédito com recurso, direto ou indireto, a fundos públicos e (artigo 81.º, n.º 2, al. h) do RGIC e artigos 4.º-7.º, da Lei 15/2019) no respeito pelo regime preceptivo aplicável aos direitos, liberdades e garantias (artigos 17.º e 18.º CRP). A possibilidade de derrogação dos deveres de confidencialidade a favor de uma CPI, em matéria de resolução, estava já prevista no artigo 84.º, n.º 5, al. b) da Diretiva 2014/59/EU do PE e do Conselho, de 15 de maio de 2014, denominada de BRRD.

98 Com efeito, tal como sucede com o Banco de Portugal todas as demais entidades reguladoras independentes do setor económico se encontram genericamente sujeitas ao dever geral de sigilo vertido no artigo 14.º da Lei-quadro das entidades administrativas independentes com funções de regulação

por *justificada* nos termos da lei processual penal (artigo 13.º, n.º 7 do RJIP); *iv*) a competência judicial para decidir do incidente de quebra de segredo é conferida às secções criminais do Supremo Tribunal de Justiça (artigo 13.º-A, n.º 1 do RJIP); *v*) os documentos classificados como confidenciais ou sigilosos, nos termos legais, não perdem a sua natureza implicando a adoção de medidas adequadas a garantir que não possam ser objeto de reprodução ou publicação, ou divulgação (artigo 13.º-B do RJIP).

Em matéria de segredo a *necessidade jurídica* de algumas das alterações não é clara pois se encontravam ultrapassadas dúvidas, por exemplo, *i*) o âmbito subjetivo das pessoas a inquirir (já incluía as ERIs) e dos meios da CPI, bem como o alcance dos poderes de investigação disponíveis e não reservados constitucionalmente ao Poder Judicial (artigos 178.º, n.º 5 CRP e 13.º, n.º 1 do RJIP); *ii*) a posição das CPIs perante o Poder Judicial (e a concorrência entre processos judiciais – “processos paralelos” ou processos transitados em julgado com objeto similar ao das CPIs); *iii*) a aplicação do mecanismo judicial de resolução da “recusa de apresentação de documentos ou de prestação de depoimento (...) justificada nos termos da lei processual penal” (artigo 13.º, n.º 7 do RJIP e artigo 135.º do CPP⁹⁹).

No caso da I Comissão CGD o procedimento judicial de levantamento do segredo estatuído no artigo 135.º do CPP fora considerado o *adequado* face a um pedido legítimo de escusa e recusa de colaboração. Aliás, o pedido foi decidido pelo Tribunal da Relação de Lisboa a favor da CPI¹⁰⁰ e em sede de recurso o próprio Supremo confirmou a aplicação do procedimento previsto no Acórdão Unificador de Jurisprudência n.º 1/2008, de 13 de fevereiro¹⁰¹.

da atividade económica dos setores privado, público e cooperativo aprovada pela Lei n.º 67/2013, de 28 de agosto [cfr. os Estatutos do BdP (artigo 60.º), da CMVM (artigo 36.º), da ASF (artigo 44.º), da ERSAR (artigo 43.º), da ANAC (artigo 28.º), da ERSE (artigo 55.º), da ANACOM (artigo 45.º), da ERC (artigo 54.º), da ERS (artigo 53.º) do IMT (artigo 48.º)].

99 Procuradoria-Geral da República, parecer n.º 56/1994, de 9 de março de 1995, e Acórdão do Tribunal Constitucional, n.º 195/1994, de 1 de março de 1994, processo n.º 478/93.

100 O processo teve origem em requerimento da Comissão Parlamentar de Inquérito à Recapitalização da Caixa Geral de Depósitos e à Gestão do Banco (CPI), de 16 de dezembro de 2016, dirigido ao Presidente do Tribunal da Relação de Lisboa, a solicitar, nos termos das disposições conjugadas dos artigos 178.º, n.º 5 CRP, 13.º da Lei n.º 5/93, de 1 de março (Regime Jurídico dos Inquéritos Parlamentares – RJIP), 135.º, n.º 3 e 182.º do CPP, a quebra de segredo profissional –, o que foi deferido.

101 Aliás, nos *obiter dicta* do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 16 de outubro de 2014, processo n.º 1233/13.5YRLSB.S1 vislumbra-se uma posição favorável à decisão recorrida, embora a extinção da I Comissão CGD pelo parlamento não tenha permitido uma decisão judicial de fundo (decisão dos recursos interpostos pela Caixa Geral de Depósitos (CGD), Banco de Portugal (BP) e Comissão de Valores

Também no que respeita à colaboração de entidades privadas se verifica esta desnecessidade, conforme resultou do entendimento da CGD que deu cumprimento ao artigo 6.º, n.º 8 da Lei n.º 26/2016, de 22 de agosto, que aprova o regime de acesso à informação administrativa e ambiental e reutilização dos documentos administrativos. Quando seja *possível expurgar* a informação sujeita a reserva deverá haver a *comunicação parcial* da informação¹⁰².

Estas alterações legislativas não se traduziram num reforço do controlo ou *accountability* das ERIs sujeitas aos deveres de segredo de supervisão, *vg* pela derrogação dos deveres de segredo profissional e/ou de supervisão (exceto face ao BdP), mantendo-se o dever de colaboração *fraco* face à possibilidade de recusa de prestação de informações e de depoimento nos termos da lei processual penal (*cfr.* artigos 13.º, n.º 3, 13.º-A, 13.º-B, n.º 2 e 17.º, n.º 4 RJIP).

Não foi aclarada a questão decorrente da recusa de colaboração das autoridades administrativas, nomeadamente as ERIs, quando sujeitas ao *segredo de justiça* porque iniciaram um processo de contraordenação que incide sobre os mesmos factos, informações e documentos objeto do inquérito (*cfr.* artigo 86.º, n.ºs 9 e 11 do CPP, aplicável *ex vi* artigo 41.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de outubro – RGCO).

Na versão originária, o RJIP permitia a recusa de “fornecimento de documentos ou da prestação de depoimentos com fundamento em segredo de estado ou em segredo de justiça” (artigo 13.º, n.º 6), sendo atualmente permitida a recusa “nos termos da lei processual penal” (artigos 13.º, n.º 7 e 17.º, n.º 1). Apesar de a operação hermenêutica de aplicação subsidiária do CPP ao RGCO implicar uma ponderação prévia dos interesses em causa e as adaptações necessárias às respetivas especificidades, entende-se serem as mesmas as razões de justiça que impõem, sob cominação de sanção penal, um segredo de justiça no direito de mera ordenação social (artigo 371.º, n.ºs 1 e 2, al. *a*) do Código Penal)¹⁰³. Assim, a recusa fundamentada de colaboração devida pela existência de um segredo de justiça impõe-se (*infra*).

Mobiliários (CMVM) do citado Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 17 de janeiro de 2012, processo n.º 594/11.5TAPDL.L1-5, que determinou a quebra do segredo profissional.

102 Foi igualmente enviada, também expurgado de elementos sujeitos ao dever de segredo, um Relatório de peritos (no caso a E&Y) que prestou serviços de auditoria ou sindicância ou inspeção à CGD, dado que a lei permite que as autoridades de regulação e supervisão recorram a peritos nas suas ações de fiscalização (artigos 37.º da LQER, 80.º do RGICSF, 361.º, n.º 2, al. *d*) do CodVM).

103 Assim, FIGUEIREDO DIAS, 1998: 20 e ss; COSTA PINTO, 1998: 211; *idem*, 2004: 72 ss.

O RJIP prevê que o regime-regra da publicidade dos trabalhos das comissões possa ser afastado em favor do segredo, mediante deliberação fundamentada, *i.a.* com base no facto de terem por objeto matéria sujeita a segredo de justiça (artigo 15.º, n.º 1, al. *a*). A legitimidade da prestação de informações ou de depoimento sobre factos sujeitos a segredo de justiça pressupõe um regime-regra de publicidade no processo de contraordenação (aplicação do artigo 86.º do CPP *ex vi* artigo 41.º, n.º 1 RGCO) ou o seu levantamento prévio pela autoridade administrativa quando existam previsões legais especiais que estatuem um regime-regra de segredo (*infra*).

A questão será ainda mais complexa no caso de concurso de infrações, sem consunção¹⁰⁴, em que os mesmos arguidos tenham de responder simultaneamente pelos mesmos factos em processo criminal e contraordenacional ou em vários processos contraordenacionais, e a decisão da(s) administração(ões) e/ou do juiz forem opostas.

7. SEGREDO ADMINISTRATIVO E INFORMAÇÃO NO PROCESSO DE CONTRAORDENAÇÃO

O *segredo de justiça* traduz-se num segredo administrativo especial (e não profissional¹⁰⁵) quando estatuído para a função administrativa sancionatória. Nele são investidas as pessoas que intervêm no processo de contraordenação, de não revelar factos ou conhecimentos que só em razão dessa qualidade adquiriram, tendo em vista salvaguardar interesses públicos como a eficácia da investigação e a paz social, ou interesses privados como a defesa da reserva da intimidade e vida privada e bom nome do arguido e outros intervenientes processuais.

O segredo de justiça tem fundamento constitucional enquanto bem que o legislador deve instituir como garantia institucional e que se não encontra constitucionalmente limitado ao processo criminal (artigo 20.º, n.º 3 CRP). No entanto, o legislador encontra-se obrigado a que a sua estatuição seja adequada, necessária, não excessiva e eficaz para a prossecução de interesses

104 As regras gerais do concurso de infrações (contraordenacionais, ou contraordenacionais e crimes) previstas nos artigos 19.º e 20.º do RGCO, não afastam regras especiais (*i.a.* artigos 208.º do RGIC e 420.º do CodVM).

105 Ainda existe alguma indistinção na jurisprudência relativamente à atividade de fiscalização e vigilância (supervisão) e à função administrativa de cariz punitivo (sanção) – cfr. o Acórdão do Tribunal Constitucional, n.º 461/2011, de 11 de outubro de 2011, processo n.º 366/2011, relativo a processo de investigação da Autoridade da Concorrência, que não curou da distinção.

públicos, dado que conflitua com princípios de publicidade e transparência – o que implica a harmonização prática. A aplicação ao processo administrativo sancionatório de um princípio da *publicidade* ou de um princípio de *segredo* (“de justiça”), conforme estatuído para a fase de inquérito criminal¹⁰⁶ não é tema pacífico no campo da aplicação subsidiária do direito criminal ao regime geral das contraordenações¹⁰⁷.

Esta dificuldade é uma refração da delimitação do âmbito de aplicação das garantias fundamentais de defesa nos processos sancionatórios onde “são assegurados ao arguido os direitos de audiência e defesa” (artigo 32.º, n.º 10 CRP), atendendo a que a sua interpretação e integração deve ser conforme às fontes e jurisprudência internacional sobre direitos fundamentais (artigos 8.º, n.º 2 e 16.º CRP). Existe uma difícil ponderação entre o segredo que garante o direito à reserva da intimidade e da vida privada do arguido e dos intervenientes processuais, e a publicidade inerente a uma boa administração e ao direito de um particular aceder a procedimentos e a documentos que se lhe refiram – *cf.* os artigos 10.º, 12.º e 29.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH), os artigos 6.º e 8.º da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (CEDH), os artigos 7.º-8.º, 41.º-42.º, 47.º-48.º e 52.º-53.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE)¹⁰⁸.

O regime-regra do segredo na fase de inquérito vigorara no Código de Processo Penal até à entrada em vigor da Lei n.º 48/2007, de 29 de agosto, tendo o legislador optado por um regime-regra de publicidade. Valorizaram-se os princípios de transparência, de controlo e de fiscalização da administração da Justiça sobre os interesses do Estado na eficácia da investigação, ou salvaguarda dos direitos e interesses dos participantes no processo. Não sendo uma opção pacífica entre os penalistas face aos artigos 206.º e 20.º,

106 Nos termos dos artigos 86.º, n.º 1 do CPP e 371.º, n.º 1, do Código Penal (CP), *ex vi* artigo 41.º, n.º 1 Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de outubro.

107 Por todos, COSTA PINTO, 2008: 7-44.

108 Na realidade, a opção pela criação de um regime punitivo de natureza especial híbrido, mimetizando a experiência alemã em detrimentos de um regime administrativo sancionatório, tem levantado inúmeras questões no que respeita ao direito aplicável com especial enfoque nas garantias materiais e processuais fundamentais aos cidadãos arguidos – FERNANDA PALMA & OTERO, 1996:584; COSTA PINTO, 2002:616; LOBO MOUTINHO, 2008: 39; CATARINO, 2010: 650; PINTO de ALBUQUERQUE, 2011:138. *Vd* Acórdão do Tribunal Constitucional, n.º 99/2009, de 3 de março de 2009, processo n.º 11/CPP; Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 28 de outubro de 2008, processo n.º 1441/08; Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 17 de março de 2012, processo n.º 594/11.5TAPDL.L1-5; Assento do Supremo Tribunal de Justiça n.º 1/2003, de 16 de janeiro de 2003, recurso n.º 467/2002.

n.º 3 da Constituição, a publicidade pode ser afastada pela *declaração* do segredo de justiça pelo juiz de instrução ou pelo MP (sujeita a validação pelo juiz de instrução, artigo 86.º do CPP). Declarado o segredo, ele obriga todos os sujeitos e participantes processuais e todos aqueles que a qualquer título tomam contacto com o processo ou tenham conhecimento de elementos dele constantes e proíbe, como regra, a assistência à prática ou tomada de conhecimento do conteúdo de ato processual a que não tenham o direito ou o dever de assistir, bem como a divulgação *da ocorrência de ato* processual ou dos seus termos, independentemente do motivo que presidir a tal divulgação.

O segredo de justiça vigora no processo de contraordenação, e enquanto regime-regra teve estatuição expressa na generalidade dos regimes administrativos sancionatórios especiais das primeiras ERIs. A par da aplicação subsidiária do processo penal fundaram-no argumentos como da sinonímia com as finalidades e os bens a proteger na investigação e no inquérito criminal, acrescidos da necessidade de especial *expertise* e eficiência perante tipos de ilícito com características especiais¹⁰⁹. O segredo profissional ou de supervisão assume assim a natureza de *segredo administrativo* quando, findo um procedimento de supervisão, existam indícios suficientes para que o órgão competente da autoridade administrativa delibere o início de um processo de contraordenação.

Entra-se numa *função* diversa da supervisão e os atos procedimentais no processo têm agora como função a averiguação de ilícitos e a procura de prova. O segredo de justiça substitui o segredo de supervisão e impende sobre os colaboradores das autoridades administrativas e titulares dos seus órgãos. Tal como sucedia no segredo de supervisão, o dever legal proíbe também declarações ou comentários dos órgãos de administração das ERIs relativos a processo sancionatório em curso ou a questões concretas sobre entidades nas quais atuam¹¹⁰; exigem-no garantias institucionais (*vg* de imparcialidade), materiais (*vg* a presunção de inocência) e processuais (o *due process of law* e os inerentes direitos de defesa) sob pena de sanções cíveis e criminais e políticas. Uma violação grave ou reiterada deste *dever especial de reserva*, pode colocar

109 Neste sentido, os artigos 408.º-A do CodVM, ou 214.º-A do RGICSF e ainda o artigo 12.º do regime processual aplicável aos crimes especiais do setor segurador e dos fundos de pensões e às contraordenações cujo processamento compete à Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões, Anexo II à Lei n.º 147/2015, de 9 de setembro.

110 Cfr. o artigo 18.º da Lei-quadro das ERI e a al. d) do n.º4 do artigo 1.º do Regime de acesso à informação administrativa aprovada pela Lei n.º 26/2016, de 22 de agosto (LAID).

em causa o princípio de imparcialidade, neutralidade e terceiriedade inerente à legitimidade da função punitiva¹¹¹.

O segredo nos processos administrativos de contraordenação tem particularidades. A sua vigência é mais prolongada que no processo criminal, estendendo-se, por regra, até à decisão administrativa (artigo 371.º, n.º 2 do CP); é a autoridade administrativa quem permite ou indefere o acesso ao processo (artigos 86.º e 89.º do CPP, aplicável *ex vi* artigo 41.º, n.º 1 RGCO); abrange os atos, informações, documentos e *démarches* realizadas na supervisão e que instruem o processo sancionatório – o que implica que o dever de segredo de justiça se estende aos agentes da supervisão em função da matéria que esteja em causa no processo de sanção.

Os regimes contraordenacionais especiais das ERIs têm vindo a aderir de forma expressa à nova regra da *publicidade* na fase do inquérito, solução conforme com os princípios fundamentais de transparência da atividade administrativa e os direitos fundamentais de acesso pelos particulares aos processos e informação que lhes concerne e à informação e aos documentos administrativos (artigo 268.º, n.ºs 1 e 2 CRP). Mas também aqui o legislador não descarta os casos em que entende que os interesses públicos de eficácia da investigação e de proteção do arguido ou de outros intervenientes processuais se devem sobrepor ao princípio da transparência, do contraditório ou do controlo público do procedimento, consagrando regimes avulsos diversos. Temos assim regimes com:

- i) a consagração da *regra da publicidade*, com a possibilidade de o segredo de justiça ser decretado no decurso do procedimento administrativo¹¹², vigorando até à decisão final a menos que seja levantado (artigo 371.º, n.º 2 do CP¹¹³);
- ii) a consagração da *regra do segredo*, cessando o segredo de justiça *interno* (para o arguido) quando este é notificado para exercer a sua

111 CATARINO, 2010: 304 ss.

112 Incumbe à autoridade administrativa que dirige o processo proferir a decisão da sua sujeição a segredo de justiça e eventuais derrogações, artigos 86.º, n.ºs 2 e 3 e 89.º, n.º 1 do CPP *ex vi* artigo 41.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 433/82 – Procuradoria-Geral da República, parecer n.º 84/2007, de 28 de fevereiro de 2008.

113 Neste sentido, o artigo 24.º da Lei n.º 9/2013, de 28 de janeiro, que aprova o regime sancionatório do setor energético ou o artigo 32.º do novo regime da concorrência aprovado pela Lei n.º 19/2012, de 8 de maio.

defesa¹¹⁴, mantendo-se o *segredo de justiça externo* (para terceiros) até decisão administrativa final (com as exceções previstas no CPP¹¹⁵).

Podemos tentar uma síntese das soluções possíveis conforme o estágio do procedimento:

Na *fase administrativa dos processos* de contraordenação não existe, na maioria das autoridades administrativas, uma divisão estrutural ou sequer funcional entre a decisão de investigação e acusação e a decisão final, típica de uma estrutura acusatória¹¹⁶. Assim, enquanto titular da ação e *dominus* de todo o processo, cumpre ao órgão competente para decidir o processo declarar o segredo e os casos da sua derrogação, e nos casos em que o regime-regra é o segredo decidir o seu levantamento (com possibilidade de recurso judicial de cada uma das decisões, artigo 55.º do RGCO).

O *acesso a informação* sobre o processo em segredo de justiça, bem como o *acesso a documentos* ou *prestação de depoimento* sobre o mesmo está vedado “em termos absolutos, a quem a lei não incluir no restrito número de pessoas autorizadas a nele intervir e a tomar conhecimento no todo ou em parte do mesmo”¹¹⁷. Devem por isso tais pedidos ser recusados justificadamente, nos termos da lei processual penal, *porque e enquanto* a matéria se encontrar em investigação ou inquérito administrativo do foro contraordenacional (artigos 41.º-42.º do RGCO), ou criminal (quando as autoridades administrativas tenham competências de investigação criminal como sucede no caso de crimes contra o mercado de capitais – *cf.* artigos 385.º, 378.º-381.º do Cod-VM)¹¹⁸. Também aqui é controvertida a solução nos casos em que legislação especial permite concurso de processo-crime e contraordenacional (*infra*).

114 Neste sentido, os artigos 408.º-A do CodVM e 214.º-A do RGIC estatuem que, “notificado para exercer o seu direito de defesa, o arguido pode assistir aos atos processuais que tenham lugar e que lhe digam respeito” e “consultar os autos e obter cópias, extratos e certidões de quaisquer partes deles”), e o segredo de justiça externo ou para terceiros (*segredo de justiça externo*), vigora até à decisão final.

115 As exceções ao dever de segredo são determinadas ou autorizadas fundamentadamente possibilitando um acesso, conhecimento ou prestação de informação concreta – artigo 86.º, n.ºs 9 a 13 do CPP.

116 Acerca da estrutura do procedimento, Procuradoria-Geral da República, parecer n.º 84/2007, de 28 de fevereiro de 2008.

117 Acerca da definição de segredo de justiça, sua natureza, âmbito e interesses protegidos, Procuradoria-Geral da República, parecer n.º 121/80, de 23 de julho de 1981.

118 A par do poder de supervisão, de investigação contraordenacional, o órgão administrativo competente pode deliberar desencadear, dirigir e concluir averiguações preliminares relativas a crimes de mercado com eventual remessa à autoridade judiciária competente se entender existir “notícia de um crime” – artigos

Não existindo segredo de justiça por regime-regra ou porque foi levantado (artigo 86.º, n.º 4 do CPP), os documentos recolhidos para o processo que estavam sujeitos a um regime específico de sigilo mantêm a particular tutela, o que deve ser verificado pela autoridade a quem é requerido o acesso a tais documentos ou informações. Existem informações relativas à reserva da intimidade e da vida privada dos participantes ou das vítimas, dados pessoais, segredo de negócios, fiscal ou bancário, cuja confidencialidade deve ser preservada, devendo a autoridade ponderar a permissão ou proibição de acesso aos mesmos dando cumprimento ao artigo 18.º da CRP em termos de restrições de direitos fundamentais (artigos 89.º e 90.º do CPP).

Nos casos de *recurso judicial* de decisão administrativa condenatória, no âmbito e na pendência do recurso vigoram as regras do Código de Processo Penal que regem o direito de acesso ao processo e à informação pelos interessados¹¹⁹.

No caso de *arquivamento* do processo *na fase administrativa* (incluindo os casos em que as averiguações administrativas determinam a sua cessação antes da acusação), de *decisão administrativa absolutória*, ou de *decisão administrativa condenatória decorrido o prazo* de recurso sem que haja impugnação judicial, cessa o dever de segredo de justiça e aplica-se o normativo legal administrativo-procedimental de acesso aos documentos e arquivos da administração com as exceções constitucional e legalmente permitidas (artigo 268.º CRP e Lei n.º 26/2016, de 22 de agosto)¹²⁰.

Nos casos em que à fase materialmente administrativa se seguiu, devido a recurso, uma *fase judicial*, aplica-se o regime processual penal de acesso ao processo *até ao trânsito* em julgado¹²¹.

382.º-387.º CodVM. Sobre estes poderes, fundamento e eventuais relações ambíguas, CATARINO, 2010: 447-460.

119 Cfr. artigo 90.º do CPP e CADA, parecer n.º 136/2012, de 15 de maio de 2002, processo n.º 38/2012.

120 Neste sentido, CADA, parecer n.º 39/2004, de 13 de fevereiro de 2004, processo n.º 2591, e Parecer n.º 144/2012, de 15 de maio de 2012, processo n.º 103/2012.

121 Conforme defendêramos anteriormente, “decorrido o prazo de recurso da decisão e não sendo o regulador um *tribunal especial*, são-lhe aplicáveis os normativos *administrativo-procedimentais* de acesso a documentos e arquivos com a única exceção constitucionalmente permitida – segurança interna e externa, investigação criminal e intimidade das pessoas (artigo 268.º, n.º 2 CRP). Na realidade, não faria sentido aplicar-se-lhe o *normativo do contencioso penal* relativo a arquivos e a processos transitados, pois inexistiria a necessidade de aplicação ou adaptação dos princípios procedimentais e das soluções previstas como *direito subsidiário*. A atividade sancionatória *materialmente administrativa* está sujeita a uma *regulação especial*, mas não se transmuta em atividade judicial (...)” CATARINO, 2010: 545.

Após o trânsito em julgado da decisão judicial é aplicável o regime geral de acesso aos documentos administrativos constantes dos registos e dos arquivos que estão na posse da administração¹²².

8. CONCLUSÃO

A ação administrativa de supervisão impõe um difícil *equilíbrio* entre os direitos fundamentais de acesso pelos cidadãos à informação detida pela Administração (ao procedimento e ao arquivo) e os deveres de segredo que visam proteger outros bens fundamentais que se lhe opõem (como a reserva da intimidade da sua vida privada e familiar e os seus dados pessoais e bens coletivos superiores).

Não estando perante valores absolutos, os direitos podem e devem ser limitados ou comprimidos na sua aplicação, o que importa uma interpretação pela Administração e pelos Tribunais conforme à Constituição e aos direitos e bens protegidos, e a aplicação de critérios e mecanismos de solução de conflitos. É necessário fundamentar a necessidade e proporcionalidade de limitação ou compressão quando ela não se obtém por interpretação das normas constitucionais que regulam esses direitos, mas sem esquecer os elementos extra literais de interpretação como a história do nosso Tempo.

Também não é possível esquecer grandezas como o Passado dado que o Tempo permite considerar hoje acessível alguma informação ou conteúdos o que no passado deveriam ou poderia ser objeto de segredo. O decurso do tempo sobre alguns segredos pode diminuir a essencialidade da sua tutela jurídica face à data da análise inerente ao pedido de acesso¹²³ – p.e. o TJUE firmou uma regra geral de diminuição da proteção de segredos comerciais, com o decurso do tempo, sobre os factos a que respeita¹²⁴.

122 Neste sentido se tem pronunciado reiteradamente a CADA para a efetividade do regime constitucional de acesso aos documentos administrativos – CADA, parecer n.º 70/2006, de 29 de março de 2006, processo n.º 3711, e também o parecer n.º 12/2011, de 9 de janeiro de 2011, processo n.º 659/2010.

123 Cfr. o Acórdão de 14 de fevereiro de 2008, *Varec SA*, C-450/06, EU:C:2008:91.

124 Neste sentido, os Acórdãos de 26 de janeiro de 2010, *Internationaler Hilfsfonds*, C-362/08, EU:C:2010:40 e *Evonik Degussa GmbH*, de 28 de janeiro de 2015, T-341/12, EU:T:2015:51. Conforme é referido no ponto 84., deste último aresto, “(...) não são secretas nem confidenciais as informações que o foram mas que datem de cinco anos ou mais e devam, por isso, ser consideradas históricas, a menos que, excecionalmente, o recorrente demonstre que, apesar da sua antiguidade, tais informações continuam a constituir elementos essenciais da sua posição comercial ou de um terceiro”.

Também o apoio crescente de novas tecnologias de informação, guarda e tratamento de informação e de dados (quase infinitos) pela Administração alterarão a nossa perceção do que é público e deve ser mantido sigiloso.

No tempo que há-de vir o desenvolvimento crescente das novas tecnologias da informação e algorítmicas trará novos desafios ao equilíbrio atual entre os regimes jurídicos relativos à informação e ao segredo. Com efeito, *i)* a utilização da informática para guarda e tratamento de dados implicará a aplicação ao direito da informação e da privacidade do regime jurídico de dados informáticos; *ii)* a capacidade de acesso, guarda, tratamento e recirculação transnacional de uma quantidade infinda de dados de pessoas singulares e coletivas, com a desterritorialização dos sistemas terá profundas repercussões nos conceitos de confidencialidade e no direito aplicável; *iii)* a transformação dos conceitos de transparência do Estado pode originar fenómenos extremos opostos ao do *segredo de função*, como o de exigência de *transparência total* e controlo social generalizado e correspondente diminuição de garantias individuais fundamentais – o denominado *síndrome de Wikileaks*...

Assentámos em que uma linha vermelha decorre de o segredo não ser aceite enquanto princípio de ação pública e orientação política fora dos casos de salvaguarda dos interesses públicos fundamentais do Estado¹²⁵. Mas a pretensão de transparência ilimitada também tem de ser ultrapassada por uma regulação clara e objetivamente delimitadora do interesse público no segredo. A sua credibilidade depende da fixação do seu objeto, da sua natureza, dos sujeitos passivos, dos casos em que é possível o acesso pelos cidadãos, ou a sua revelação, utilização ou partilha.

Não sendo da natureza das coisas o que é privado e o que deve ser público impõe-se uma intervenção pública legislativa (*vd* o comando ao legislador contido no artigo 26.º, n.º 2 CRP), intervenção formal e materialmente enformada pela Constituição. Impõe-se, enfim, a criação de um “Direito transparente dos segredos”¹²⁶.

125 Esta ideia política de domínio (“Direito de Dominação”) e de privilégio na supremacia pelo *jus imperii*, inerentes à soberania do Estado, ainda encontra apoio nos segredos relativos à segurança interna Estado e à sua segurança externa (cfr. artigo 268.º, n.º 2 CRP).

126 A expressão utilizada pelo Vice-presidente do *Conseil d'État* francês em 2011, no Colóquio organizado pela associação “Transparence International France”, em que se pretende calibrar esse equilíbrio necessário entre uma cultura de segredo e uma transparência sem limites, com base no que deve ser considerado o interesse público de preferência de forma global ou regional.

BIBLIOGRAFIA

AMARAL RODRIGUES, Joana

- 2014 *Segredo Bancário e Segredo de Supervisão*, Centro de Estudos Judiciários, disponível em <https://elearning.cej.mj.pt/course/view.php?id=144>.

ATHAYDE, Augusto

- 1989 *Direito Bancário*, Volume I, ed. do Autor, Lisboa.

CATARINO, Luís Guilherme

- 1998 “Segredo Bancário e Revelação jurisdicional”, in *Revista do Ministério Público*, n.º 74, pp. 67-101.

- 2010 *Regulação e Supervisão dos Mercados de Instrumentos Financeiros – fundamento e limites do governo e jurisdição das autoridades independentes*, Coimbra: Almedina.

- 2014 “O Novo Regime da Administração Independente: *Quis custodiet ipsos Custodes?*”, in *Instituto de Valores Mobiliários da FDUL*, disponível em https://www.institutovaloresmobiliarios.pt/estudos/pdfs/1390490035governar_com_a_administracao_independente.pdf.

- 2015 “*Fit and proper*: o controlo administrativo da idoneidade no setor financeiro”, in *Revista da Concorrência e Regulação*, Ano VI, n.º 23-24, jul/dez, p. 22 ss.

- 2018 “A inspeção administrativa na função de supervisão”, in *Direito dos Valores Mobiliários II*, AAFDL, ed EBOOK IVM, pp. 202-248.

CONCEIÇÃO NUNES, Fernando

- 1992 *Direito Bancário*, ed. da AAFDL.

- 1993 “As instituições de crédito: conceito e tipologias legais”, in *Revista da Banca*, n.º 25, jan-mar, pp 71-112.

- 1994 “Os deveres de segredo profissional no Regime Geral das Instituições de crédito e Sociedades Financeiras”, in *Revista da Banca*, n.º 29, pp. 39-63.

CORDEIRO, António Menezes

- 2008 *Manual de Direito Bancário*, 3.ª edição, Coimbra: Almedina

COSTA FREITAS, Anselmo

- 1983 “O sigilo bancário”, in *Boletim da Ordem dos Advogados*, n.º 19 (out1983), pp. 3-18.

COSTA PINTO, Frederico

- 1998 “O Ilícito de Mera Ordenação Social e a Erosão do Princípio da Subsidiariedade da Intervenção Penal”, in *Direito Penal Económico Europeu – Textos Doutrinários*, vol. I, Coimbra: Coimbra Editora.

- 2002 “O acesso de particulares a processos de contraordenação arquivados. Um estudo sobre o sentido e limites da aplicação subsidiária do Direito Processual Penal ao processo de contraordenação”, in *Estudos em Homenagem à Professora Isabel Magalhães Collaço*, vol. II, Coimbra; Almedina.
 - 2004 “Segredo de Justiça e Acesso ao Processo”, in *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, Coimbra: Almedina, pp. 72 ss.
 - 2008 “Publicidade e Segredo de Justiça na Última Revisão do Código de Processo Penal”, in *Revista no CEJ*, 1.º Semestre de 2008, n.º 9, pp.7-44.
- DRAI, Raphael
- 1983 “Le dialogue administrative”, in AAVV, *La communication administration-administrés*, Paris, PUF.
- FERNANDA PALMA, Maria & OTERO, Paulo
- 1996 “Revisão do regime geral do ilícito de mera ordenação social; parecer e proposta de alteração”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. XXXVII, Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, pp. 557-591.
- FIGUEIREDO DIAS, José Eduardo
- 2001 “Direito à informação, proteção da intimidade e autoridades administrativas independentes”, in AAVV, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, SJ, n.º 61, Coimbra: Universidade de Coimbra, pp. 615-653.
- GOMES CANOTILHO, Joaquim & VITAL MOREIRA
- 2010 *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. II, Coimbra: Coimbra Editora.
- GOMES CANOTILHO, Joaquim
- 1992 “Anotação aos Acs 176/92 e 177/92 do Tribunal Constitucional”, in *RLJ*, Ano 125, n.º 3821, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 252-256.
- LOBO MOUTINHO, José
- 2008 *Direito das Contraordenações, Ensinar e Investigar*, Lisboa: Universidade Católica.
- LÚCIA ANTUNES, Vera
- 2018 “Do incidente da quebra do segredo profissional da CMVM perante as Comissões Parlamentares de Inquérito”, in *Direito dos Valores Mobiliários II*, AAFDL, ed EBOOK IVM, pp. 64-104.
- LUÍS, Alberto
- 1985 “O segredo Bancário”, in *Direito Bancário*, Coimbra: Almedina, pp. 83-120.

MAGGETTI, Martino *et al.*

- 2013 “Having Your Cake and Eating It Too: Can Regulatory Agencies Be Both Independent and Accountable?”, in *Swiss Political Science Review*, vol. 19, n.º1, pp. 1-25, <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/pdf/10.1111/spsr.12015>

MIRANDA, Jorge, & MEDEIROS, Rui

- 2007 *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo III, Coimbra: Coimbra Editora.

MOTA PINTO, Paulo

- 1993 “O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXIX, Coimbra: Universidade de Coimbra, pp. 479-585.

PIÇARRA, Nuno

- 2007 “O Inquérito Parlamentar na Constituição Portuguesa de 1976 e na Lei: Consonâncias e Dissonâncias”, in *Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles: 90 anos*, Coimbra: Almedina, pp. 935-961.

- 2011 “Poderes e limites de atuação das comissões parlamentares de inquérito no Direito brasileiro e no Direito português”, in *O Direito*, Ano 143, vol. II, Coimbra: Almedina, pp. 231-266.

Pinto DE ALBUQUERQUE, Paulo

- 2011 *Comentário do Regime Geral das Contraordenações à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Lisboa: Universidade Católica.

SANTOS, António Carlos dos & CELORICO PALMA, Clotilde

- 2012 “A Administração Tributária e os sistemas de informação: entre transparência e proteção do sigilo fiscal”, in *Revista de Finanças e Direito Fiscal*, Ano V, n.º 4, pp. 135-172.

TOMÉ D’ALTE, Sofia

- 2002 “O sigilo fiscal: um direito da administração tributária e uma garantia dos administrados”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. 43.º, n.º1, Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, pp. 491-510.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos

- 2013 *Lições de Direito Administrativo*, 3.º ed., Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra.

JURISPRUDÊNCIA

UNIÃO EUROPEIA

Acórdão do Tribunal de Justiça de 13 de setembro de 2018, *UBS Europe, SE e outros*, Proc. C-358/16, EU:C:2018:715, disponível em <http://curia.europa.eu/juris/recherche.jsf?language=pt>

Acórdão do Tribunal de Justiça de 13 de setembro de 2018, caso *Enzo Buccioni vs. Banca d'Italia* (BdI), C-594/16; EU:C:2018:425, disponível em <http://curia.europa.eu/juris/recherche.jsf?language=pt>

Acórdão do Tribunal de Justiça de 19 de junho de 2018, *Ewald Baumeister*, Proc. C-15716, EU:C:2018:464, disponível em <http://curia.europa.eu/juris/recherche.jsf?language=pt>

Acórdão do Tribunal Geral de 28 de janeiro de 2015, *Evonik Degussa GmbH*, Proc. T-341/12, EU: T:2015:51, disponível em <http://curia.europa.eu/juris/recherche.jsf?language=pt>

Acórdão do Tribunal de Justiça de 12 de novembro de 2014, *Altmann e outros*, Proc. C-140/13, EU:C:2014:2362, disponível em <http://curia.europa.eu/juris/recherche.jsf?language=pt>

Acórdão do Tribunal de Justiça de 26 de setembro de 2013, *Texdata Software*, C-418/11, EU:C:2013:588, disponível em <http://curia.europa.eu/juris/recherche.jsf?language=pt>

Acórdão do Tribunal de Justiça de 22 de abril de 2010, *Comissão Europeia vs RU*, Proc. C-346/08, EU:C:2010:213, disponível em <http://curia.europa.eu/juris/recherche.jsf?language=pt>

Acórdãos do Tribunal de Justiça de 26 de janeiro de 2010, *Internationaler Hilfsfonds*, C-362/08, EU:C:2010:40, disponível em <http://curia.europa.eu/juris/recherche.jsf?language=pt>

Acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de fevereiro de 2008, *Varec SA*, C-450/06, EU:C:2008:91, disponível em <http://curia.europa.eu/juris/recherche.jsf?language=pt>

Acórdão do Tribunal de Justiça de 2 de outubro de 2003, *ARBED*, C-176/99, EU:C:2003:524, disponível em <http://curia.europa.eu/juris/recherche.jsf?language=pt>

Acórdão do Tribunal de Justiça de 13 de fevereiro de 1979, *Hoffman-La Roche*, C-85/76, EU:C:1979:36, disponível em <http://curia.europa.eu/juris/recherche.jsf?language=pt>

PORTUGUESA

Assento do Supremo Tribunal de Justiça n.º 1/2003, de 16 de janeiro de 2003, recurso n.º 467/2002, disponível em <https://dre.pt/pesquisa/-/search/165465/details/maximized>.

Acórdão do Tribunal Constitucional, n.º 461/2011, de 11 de outubro de 2011, processo n.º 366/2011, disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>

Acórdão do Tribunal Constitucional, n.º 99/2009, de 3 de março de 2009, processo n.º 11/CPP, disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>

Acórdão do Tribunal Constitucional, n.º 442/2007, de 14 de agosto de 2007, processo n.º 815/07, disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>

Acórdão do Tribunal Constitucional, n.º 254/99, de 4 de maio de 1999, processo n.º 456/97, disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>

Acórdão do Tribunal Constitucional, n.º 278/95, de 31 de maio de 1995, processo n.º 510/91, disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>,

Acórdão do Tribunal Constitucional, n.º 195/1994, de 1 de Março de 1994, processo n.º 478/93, disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 16 de outubro de 2014, processo n.º 1233/13.5YRLSB.S1, disponível em www.dgsi.pt

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça n.º 2/2008, de Fixação de Jurisprudência, de 13 de fevereiro de 2008, processo n.º 894/07-3, disponível em www.dgsi.pt

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 28 de outubro de 2008, processo n.º 1441/08, disponível em www.dgsi.pt

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 17 de março de 2012, processo n.º 594/11.5TAPDL.L1-5, disponível em www.dgsi.pt

DOCUMENTOS OFICIAIS

ALLIANCE for FINANCIAL INCLUSION (AFI)

Relatório AFI, 2018, *Maya Declaration Progress Report – Today's Targets, Tomorrow's Impact*, disponível em https://www.afi-global.org/sites/default/files/publications/2018-09/AFI_Maya_report_2018_AW_digital.pdf

PARECERES

Procuradoria-geral da República, parecer n.º 25/2009, de 17 de novembro de 2009, disponível em <http://www.ministeriopublico.pt/pareceres-Procuradoria-Geral-da-República>

Procuradoria-geral da República, parecer n.º 84/2007, de 28 de fevereiro de 2008, disponível em <http://www.ministeriopublico.pt/pareceres-Procuradoria-Geral-da-República>

Procuradoria-Geral da República, parecer n.º 56/1995, de 9 de março de 1995, disponível em <http://www.ministeriopublico.pt/pareceres-Procuradoria-Geral da República>

Procuradoria-geral da República, parecer n.º 56/1994, de 9 de março de 1995, disponível em <http://www.ministeriopublico.pt/pareceres-Procuradoria-Geral da República>

Procuradoria-geral da República, parecer n.º 121/80, de 23 de julho de 1981, disponível em <http://www.ministeriopublico.pt/pareceres-Procuradoria-Geral da República>

Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos (CADA), Parecer n.º 206/2017, de 20 de Junho de 2017, processo n.º 563-A/2016, disponível em <http://www.cada.pt/modules/CADA/lista.php?anoparecer=2017>

Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos (CADA), Parecer n.º 144/2012, de 15 de maio de 2012, processo n.º 103/2012, disponível em <http://www.cada.pt/modules/CADA/lista.php?anoparecer=2012>

Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos (CADA), Parecer n.º 136/2012, de 15 de maio de 2002, processo n.º 38/2012, disponível em <http://www.cada.pt/modules/CADA/lista.php?anoparecer=2012>

Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos (CADA), Parecer n.º 97/2012, de 7 de Abril de 2012, processo n.º 16/2012, disponível em <http://www.cada.pt/modules/CADA/lista.php?anoparecer=2012>

Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos (CADA), Parecer n.º 12/2011, de 9 de janeiro de 2011, processo n.º 659/2010, disponível em <http://www.cada.pt/modules/CADA/lista.php?anoparecer=2011>

Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos (CADA), parecer n.º 379/1010, de 22 de dezembro de 2012, processo n.º 531/1010, disponível em <http://www.cada.pt/uploads/Pareceres/2010/379.pdf>

Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos (CADA), Parecer n.º 55/2008, de 20 de Fevereiro de 2008, processo n.º 546/2007, <http://www.cada.pt/modules/CADA/lista.php?anoparecer=2008>

Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos (CADA), Parecer n.º 70/2006, de 29 de março de 2006, processo n.º 3711, disponível em <http://www.cada.pt/modules/CADA/lista.php?anoparecer=2006v>

Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos (CADA), Parecer n.º 39/2004, de 13 de fevereiro de 2004, processo n.º 2591, disponível em <http://www.cada.pt/modules/CADA/lista.php?anoparecer=2004>

APRESENTAÇÃO DE PROPOSTAS, NUM MESMO PROCEDIMENTO CONCORRENCIAL, POR OPERADORES ECONÓMICOS LIGADOS ENTRE SI

*Fernando Batista**

ABSTRACT *This paper seeks to analyze the problems associated with the submission of two or more competitive yet interconnected tenders in the same tendering procedure. Assuming that this may happen, we seek to establish whether or not in such cases there are grounds for excluding those tenders. This requires a deep examination of the sometimes diffuse relations between public procurement law and competition law. In 2018, the Court of Justice of the European Union delivered two judgements that, following the European case law, introduced some interesting nuances. Taking into account the provisions of the Public Procurement Code, we seek to determine the rules that should apply to the case in question.*

SUMÁRIO 1. Introdução. 2. A concorrência em dois “mundos autónomos”: no direito da contratação pública e no direito da concorrência. 3. Os conceitos de “concorrentes” e de “empresas”. 4. Posicionamento da jurisprudência nacional. 5. Posicionamento da jurisprudência do tribunal de justiça da União Europeia. 6. Apreciação crítica. 7. Conclusões

1. INTRODUÇÃO

Tem-se assistido, em alguns procedimentos pré-contratuais regulados pelo Código dos Contratos Públicos (CCP)¹, à apresentação de propostas por operadores económicos ligados entre si (empresas interligadas – em relação de grupo –, ou “associadas” por qualquer forma – v.g. por terem os mesmos sócios, o mesmo sócio/acionista maioritário ou os mesmos órgãos sociais). Nestas situações, os júris dos procedimentos deparam-se perante um dilema

* Diretor da Direção Jurídica e de Contratação Pública do Instituto dos Mercados Públicos, do Imobiliário e da Construção, I.P.

1 Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, cuja última alteração foi operada pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto.

de difícil resolução: devem excluir as propostas apresentadas tendo em conta essa “associação”, ou, ao invés, não têm fundamento legal para o fazer?

Quando os júris propõem a exclusão das propostas, têm-no feito ao abrigo do artigo 70.º, n.º 2, al. g) do CCP, o qual determina que é motivo de exclusão “*a existência de fortes indícios de atos, acordos, práticas ou informações suscetíveis de falsear as regras de concorrência*”.

A nossa análise relativa à apresentação de duas ou mais propostas, num mesmo procedimento, por dois ou mais concorrentes que nos termos do direito da concorrência são considerados uma empresa, irá ter por ponto de partida a formulação de quatro hipóteses, a saber:

- i. Devem ser todas liminarmente excluídas por se considerar que estando a concorrer entre eles, efetivamente não existe qualquer concorrência, e portanto estamos perante a existência de fortes indícios de atos, acordos, práticas ou informações suscetíveis de falsear as regras de concorrência?
- ii. Nunca podem ser excluídas com esse fundamento uma vez que para existirem atos, acordos, práticas ou informações suscetíveis de falsear as regras de concorrência é necessária a presença de pelo menos mais de uma empresa?
- iii. Não devem ser liminarmente excluídas por esse facto, mas poderão sê-lo se se fundamentar que entre as propostas apresentadas não existe qualquer autonomia e independência, e nesse caso estamos perante a existência de fortes indícios de atos, acordos, práticas ou informações suscetíveis de falsear as regras de concorrência?
- iv. Não devem ser liminarmente excluídas por esse facto, mas poderão sê-lo por outro motivo que não a existência de fortes indícios de atos, acordos, práticas ou informações suscetíveis de falsear as regras de concorrência, desde que se demonstre que as propostas apresentadas não são independentes nem autónomas?

É sobre estas questões que nos propomos refletir neste artigo, para além de outras que com elas se encontram relacionadas.

2. A CONCORRÊNCIA EM DOIS “MUNDOS AUTÓNOMOS”: NO DIREITO DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA E NO DIREITO DA CONCORRÊNCIA

Numa economia de mercado livre, a concorrência constitui a pedra basilar do funcionamento das atividades económicas e é, no caso europeu, condição essencial para a instituição do mercado único.

Se tal asserção é evidente nos contratos de cariz privado, assume especial importância nos contratos de natureza pública, ou seja, nas situações em que um ente público opta por celebrar um contrato para a satisfação de uma necessidade coletiva.

O princípio da concorrência pode ser encontrado em várias normas legais, constitucionais ou infraconstitucionais, nacionais ou internacionais.

Desde logo, no artigo 81.º da Constituição da República Portuguesa (CRP), determina-se ser uma incumbência prioritária do Estado “assegurar o funcionamento eficiente dos mercados, de modo a garantir a equilibrada concorrência entre as empresas, a contrariar as formas de organização monopolistas e a reprimir os abusos de posição dominante e outras práticas lesivas do interesse geral”².

Também a Diretiva europeia 2014/24/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos³, dispõe no segundo parágrafo do artigo 18.º, n.º 1, que “os concursos não podem ser organizados no intuito de não serem abrangidos pelo âmbito de aplicação da presente Diretiva ou de reduzir artificialmente a concorrência. Considera-se que a concorrência foi artificialmente reduzida caso o concurso tenha sido organizado no intuito de favorecer ou desfavorecer indevidamente determinados operadores económicos”. Também no seu considerando 50 se acrescenta que “tendo em conta os efeitos prejudiciais sobre a concorrência, o procedimento por negociação sem publicação prévia de anúncio de concurso só deverá ser utilizado em circunstâncias muito excecionais”.

De igual modo, o CCP, no seu artigo 1.º-A, elenca o princípio da concorrência como um dos princípios fundamentais aplicáveis à contratação pública. Aliás, todo o CCP está estruturado tendo em conta este princípio nuclear, como, de resto, se poderá depreender do seu artigo 16.º n.º 1 ao referir-se que “para a formação de contratos cujo objeto abranja prestações que estão ou sejam suscetíveis de estar submetidas à concorrência de mercado, as entidades adjudicantes devem adotar um dos seguintes tipos de procedimentos...” (sublinhado nosso).

2 Conforme a sua al. f).

3 Conhecida por “Diretiva clássica”.

E, diga-se em abono da verdade, o princípio da concorrência não se circunscreve à fase da contratação pública, ou seja, à fase da formação do contrato, incluindo o período pré-procedimental, nomeadamente a elaboração das peças do procedimento. De facto, ainda que exista a tentação de se falar do princípio da concorrência apenas na fase da formação do contrato, o mesmo permanece ativo num momento ulterior da execução contratual, com reflexos, nomeadamente, nas modificações objetivas do contrato, na medida em que neste momento continua a ser relevante o “*scope of competition*”, atribuindo-se uma “eficácia póstuma” ao procedimento que esteve na base do contrato. Podemos afirmar que na fase de execução contratual, a autonomia do contraente público é menos autónoma do que a autonomia privada contratual, tendo em conta, precisamente, a estreita relação do contrato público, ainda que de natureza administrativa, com o princípio – onnipresente – da concorrência.

Voltando à fase da formação do contrato, e em consonância com o acima mencionado, a Administração deve atuar no sentido de lançar procedimentos aquisitivos concorrenciais com regras que sejam suscetíveis de aliciar um maior número de operadores económicos – obviamente tendo sempre o desígnio de prosseguir o interesse público da melhor forma possível – dando-lhes iguais condições de acesso e de tratamento. Conforme refere Pedro Matias Pereira “*a existência de procedimentos concorrenciais assegura, assim, a realização da igualdade concorrencial – através da igualdade de tratamento dos concorrentes – e da economicidade na aplicação dos recursos públicos*”⁴. Nesta conformidade, só se conseguirá almejar dar cumprimento ao princípio da concorrência se forem prosseguidos três princípios a ele umbilicalmente ligados: os princípios da igualdade de tratamento, da não discriminação e da transparência.

Este fenómeno da concorrência é de tal forma nuclear que a OCDE criou o “Guia para a avaliação de concorrência” no qual se começa por dizer que “*a fomentação da concorrência pode melhorar o desempenho económico de um país, proporcionar oportunidades de negócio aos cidadãos e reduzir o custo dos bens e serviços na economia*”, acrescentando-se que “*a competição reduzida entre operadores diminui os incentivos para satisfazer eficazmente as necessidades dos consumidores, bem como a inovação e a eficiência económica a longo prazo*”.

Quanto mais concorrentes um procedimento aquisitivo tiver, maior é a probabilidade da Administração Pública realizar um bom contrato porque,

4 Pereira, 2017:488.

num ambiente competitivo, mais propostas tem para apreciar e avaliar tendo em conta o seu mérito.

Dito de outra forma, a Administração celebra contratos públicos porque tem necessidades públicas a satisfazer e não tem meios próprios para o fazer⁵. Mas, nestes casos, a Administração pública tem o dever de “proteger”, “produzir” e “fabricar” a concorrência, por esta ser, indubitavelmente, um princípio geral de direito público⁶. Se tal não for conseguido, ficará irremediavelmente prejudicada a eficácia da contratação pública, com manifestas repercussões na boa utilização dos dinheiros públicos.

Assim, este princípio da concorrência encontra-se manifestamente direcionado para os entes públicos. À exceção do disposto no artigo 81.º da CRP, as normas *supra* referidas da Diretiva clássica e do CCP fazem apenas alusão ao comportamento das entidades públicas contratantes⁷ (as quais devem garantir um mercado concorrencial), e não à concorrência entre os operadores económicos. Estamos, portanto, a falar da concorrência no âmbito do direito da contratação pública.

Mas a concorrência existe, igualmente, num outro plano, onde é abordada num prisma completamente diferente.

Como é comumente sabido, só há concorrência se existir competição, e para que esta exista é necessário que os concorrentes sejam efetivos opositores entre si, ou seja, é condição essencial que sejam rivais entre si.

Daí que o artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) proíba, por ser incompatível com o mercado interno, *“as práticas concertadas resultantes de acordos entre empresas, e de todas as decisões de associações de empresas que sejam suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno. Nestas situações, os concorrentes não estariam a competir entre si, sendo apenas aparentes rivais”* (sublinhado nosso).

A primeira conclusão a que devemos chegar, atenta a relação especial que existe entre os contratos públicos e a concorrência, é a de que existindo dois regimes distintos, um a que podemos chamar “direito da contratação pública”, o outro “direito da concorrência”, eles situam-se num plano paralelo, com muitas interceções pelo meio, contrariando, assim, a lógica

5 Ou ainda que os tenha, fundamenta que a prossecução do interesse público fica melhor salvaguardada através de um contrato.

6 Neste sentido, Pereira, 2017:488.

7 Na aceção de entidades adjudicantes, e, também, na de contraentes públicos.

matemática. Segundo Pedro Costa Gonçalves “*o direito da concorrência e o direito da contratação pública constituem dois universos ou sistemas de normas marcados por uma mesma intencionalidade, que consiste precisamente na proteção e promoção da concorrência*”⁸.

Como acima aludido, estes dois universos cruzam-se diversas vezes, como, de resto, se deteta no já mencionado artigo 16.º, n.º 1, do CCP ao referir que os procedimentos pré-contratuais devem ser adotados quando as prestações sejam, ou são suscetíveis de estar “*submetidas à concorrência de mercado*”.

Esta relação, muitas vezes difusa, entre o direito da contratação pública e o direito da concorrência, não deixa, no entanto, dúvidas num ponto: o âmbito de atuação destes regimes é significativamente diferente. Enquanto o direito da contratação pública regula o “lado da procura”, o direito da concorrência regula o “lado da oferta”⁹.

Como veremos infra, é igualmente relevante determinar, no âmbito destes direitos, quem tem as incumbências de os regular.

Nos termos do artigo 454.º-A do CCP “*o Instituto dos Mercados Públicos, do Imobiliário e da Construção, I. P., é, nos termos da lei, o organismo responsável pela regulação dos contratos públicos...*”. No entanto, esta regulação é efetuada por uma entidade que não é, ela própria, uma entidade reguladora na aceção que decorre da Lei-Quadro das Entidades Reguladoras (Lei n.º 67/2013, de 28 de agosto), desde logo por lhe faltar a autonomia perante o Governo, na medida em que se encontra perante uma tutela ministerial. Mas esta regulação está centrada, sobretudo, na perspetiva da procura, ou seja, da atividade administrativa na celebração de contratos públicos.

No que diz respeito ao direito da concorrência, a sua regulação cabe claramente à Autoridade da Concorrência (AdC), sendo o seu núcleo principal a atuação sobre as falhas de mercado¹⁰, ou seja, sobre os operadores económicos. Na realidade, decorrente do artigo 2.º, n.º 1, da Lei da Concorrência¹¹, a AdC terá por missão regular as “*atividades económicas exercidas, com carácter permanente ou ocasional, nos setores privado, público e cooperativo*”, combatendo as “*práticas restritivas da concorrência*” (artigos 9.º a 12.º) e controlando as concentrações de empresas (artigos 36.º a 57.º). Como refere Fernando Oliveira Silva “*o omega da regulação da concorrência é a existência de um mercado*

8 Gonçalves, 2013: 372 e 373.

9 Neste sentido Gonçalves, 2013: 407.

10 Trepte, 2004: 45.

11 Lei n.º 19/2012, de 08 de maio, com a última alteração operada pela Lei n.º 23/2018, de 05 de junho.

*competitivo (portanto, sem monopólios ou oligopólios) e livre de práticas restritivas da concorrência...*¹².

Interessa-nos particularmente, para o presente estudo, o combate às práticas restritivas da concorrência. Estas práticas, nos termos do artigo 9.º da Lei da Concorrência, consubstanciam-se em “*acordos entre empresas, as práticas concertadas entre empresas e as decisões de associações de empresas que tenham por objeto ou como efeito impedir, falsear ou restringir de forma sensível a concorrência no todo ou em parte do mercado nacional, nomeadamente os que consistam em: a) Fixar, de forma direta ou indireta, os preços de compra ou de venda ou quaisquer outras condições de transação; b) Limitar ou controlar a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos; c) Repartir os mercados ou as fontes de abastecimento; d) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes, colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência; e) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objeto desses contratos.*”

Recuperemos o que dispõe o artigo 70.º, n.º 2, al. g), do CCP: “*São excluídas as propostas cuja análise revele (...) a existência de fortes indícios de atos, acordos, práticas ou informações suscetíveis de falsear as regras de concorrência*”.

Parece-nos, salvo melhor opinião, que os “*atos, acordos, práticas ou informações suscetíveis de falsear as regras de concorrência*”, correspondem ao que artigo 9.º da Lei da Concorrência define como “*práticas restritivas da concorrência*”, ou seja, não o dizendo, o CCP estabelece claramente uma ponte com a Lei da Concorrência, de tal modo que o alcance do disposto no seu artigo 70.º, n.º 2, al. g) deve ser aferido nos termos do artigo 9.º da Lei da Concorrência.

Tal interpretação sai reforçada pela exigência constante do n.º 4 do artigo 70.º do CCP, segundo o qual “*a exclusão de quaisquer propostas com fundamento no disposto na alínea g) do n.º 2, bem como a existência de indícios de práticas restritivas da concorrência, ainda que não tenham dado origem à exclusão da proposta, devem ser comunicadas à Autoridade da Concorrência*”. Daqui resulta que a AdC – entidade que, como vimos, regula a concorrência na perspetiva da oferta, ou seja, dos operadores económicos e não das entidades adjudicantes – tem um papel essencial nesta matéria, para dentro dos seus poderes regulatórios – incluindo, obviamente os poderes sancionatórios – poder intervir. Mas este é, apenas, um aspeto a ter em consideração. A ele voltaremos mais tarde.

¹² Silva, 2016: 76.

Para a dissecação da questão ora em análise, urge, desde já, abordar os conceitos de concorrentes e de empresas.

3. OS CONCEITOS DE “CONCORRENTES” E DE “EMPRESAS”

Nos termos do artigo 53.º do CCP “*é concorrente a entidade, pessoa singular ou coletiva, que participa em qualquer procedimento de formação de um contrato mediante a apresentação de uma proposta*”. Constata-se, sem margem para dúvidas, que releva, para este efeito, o elemento subjetivo da personalidade jurídica. Cada pessoa jurídica (singular ou coletiva) é claramente distinta de outra pessoa jurídica para efeitos da determinação da qualificação de concorrente. Esta definição está perfeitamente alinhada com o conceito de concorrente constante das Diretivas europeias, *maxime* a Diretiva 2014/24/UE, que considera “Proponente”, “*um operador económico que tenha apresentado uma proposta*”, sendo que um “Operador económico”¹³, é “*qualquer pessoa singular ou coletiva, entidade pública ou agrupamento de tais pessoas e/ou entidades, incluindo agrupamentos temporários de empresas, que realize empreitadas e/ou obras, forneça produtos ou preste serviços no mercado*”¹⁴.

Já o conceito de empresa, para efeitos do direito da concorrência, tem contornos diferentes. Efetivamente, de acordo com o disposto no artigo 3.º da Lei da concorrência “*1 – Considera-se empresa, para efeitos da presente lei, qualquer entidade que exerça uma atividade económica que consista na oferta de bens ou serviços num determinado mercado, independentemente do seu estatuto jurídico e do seu modo de financiamento. 2 – Considera-se como uma única empresa o conjunto de empresas que, embora juridicamente distintas, constituem uma unidade económica ou mantêm entre si laços de interdependência decorrentes, nomeadamente: a) De uma participação maioritária no capital; b) Da detenção de mais de metade dos votos atribuídos pela detenção de participações sociais; c) Da possibilidade de designar mais de metade dos membros do órgão de administração ou de fiscalização; d) Do poder de gerir os respetivos negócios*”¹⁵.

Existe então um “choque” entre as noções de concorrente para efeitos do direito da contratação pública – conceito assente na personalidade jurídica – e o conceito de empresa no direito da concorrência – uma unidade económica ainda que existam pessoas juridicamente distintas.

¹³ Artigo 2.º, n.º 1, 11), da Diretiva 2014/24/UE.

¹⁴ Artigo 1.º, n.º 1, 10) da Diretiva 2014/24/UE.

¹⁵ Sobre os conceitos em causa ver Cunha Rodrigues, 2017: 57-65.

Para efeitos da aplicação da norma constante da al. g) do n.º 1 do artigo 70.º do CCP, deve-se ter em consideração o conceito de concorrente ou o conceito de empresa? Esta pergunta é tanto mais pertinente quanto sendo uma norma integrante do direito da contratação pública, remete para matéria claramente do âmbito do direito da concorrência.

Dito de outra forma: considerando que os conceitos em causa têm contornos diferentes, com significativas consequências igualmente diferentes, para efeitos da admissibilidade de propostas apresentadas por concorrentes diferentes, mas constituindo uma única empresa, deve prevalecer o direito da contratação pública ou o direito da concorrência? O que se pretende acautelar no artigo 70.º, n.º 1, al. g), do CCP é a concorrência na perspetiva de procura ou da oferta?

Para Joana Azeredo, quando o artigo 3.º da Lei da Concorrência define o conceito de empresa, começa por afirmar que a definição é “*para efeitos da presente lei*”, o que implica ser este conceito de empresa privativo da lei da concorrência¹⁶. Assim, nos termos desta posição, propostas apresentadas por dois concorrentes coligados ou associados têm necessariamente de ser analisadas como propostas perfeitamente autónomas, podendo a sua apresentação num mesmo procedimento ser, em si mesmo, um indício – e apenas isso – da existência de práticas restritivas da concorrência. Se o júri considerar ter existido uma concertação na apresentação das propostas, deverá excluí-las com o fundamento artigo 70.º, n.º 2, al. g), do CCP.

Já Miguel Sousa Ferro não concorda com esta posição. Admitindo que “*não é fácil destrinçar, nesta discussão, a aplicação do princípio da concorrência, no puro plano do direito da contratação pública (...), e a aplicação da norma de contratação pública que remete para as regras de concorrência*”, considera que “*é estranha a afirmação de que uma unidade económica concorre consigo mesma (...). O que é certo é que a apresentação de múltiplas propostas por uma mesma unidade económica não suscita qualquer questão na ótica do direito da concorrência, não*

16 Conforme refere “...na senda, aliás, do que sucede com o conceito de “sociedades coligadas”, sendo este aplicável no domínio do CSC e tendo como consequências as exaradas em tal regime. Este conceito apenas se deverá considerar aplicável fora do âmbito jurídico-societário apenas e quando o próprio diploma legal que utilize contenha a competente remissão para a lei societária. Ademais, o CCP não ignorou a existência dos conceitos de “empresa” do Direito da Concorrência, nem de “sociedades coligadas” do Direito das Sociedades Comerciais. Prova disso são as disposições constantes do artigo 14.º do CCP e das alíneas c) a f) do n.º 1 do artigo 13.º. Pelo que se o Legislador do CCP tivesse pretendido a aplicação do conceito de empresas associadas na definição de concorrentes, nada lhe teria custado proceder à respetiva remissão para o artigo 14.º do CCP. Não o tendo feito (como, de facto, não o fez), não pode o intérprete querer substituir-se-lhe, impondo-se-lhe antes diversa conclusão: a de que o Legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados” – Azeredo, 2016: 8.

podendo justificar a exclusão de propostas ao abrigo do artigo 70.º(2)(g) do CCP, porque o direito da concorrência só proíbe acordos entre empresas, e as entidades incluídas no mesmo grupo são uma única e mesma empresa – os acordos e práticas concertadas entre si nunca serão proibidos pelo direito da concorrência” (sublinhado nosso). Acrescenta, noutro momento da sua obra que “...as pessoas jurídicas em causa (que tinham a mesma estrutura societária e os mesmos gerentes, tendo as propostas sido assinadas pela mesma pessoa) eram a mesma empresa para efeitos do direito da concorrência...”¹⁷.

Importa, agora, analisar qual tem sido a posição da jurisprudência nacional e comunitária sobre o tema.

4. POSICIONAMENTO DA JURISPRUDÊNCIA NACIONAL

Os tribunais portugueses têm tido uma posição algo “errática” no que a esta matéria diz respeito.

1. O Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul (TCAS), de 31 de agosto de 2010 (Processo n.º 6516/10), decidiu que “I- De acordo com o Código de Contratos Públicos (art.º 70.º, n.º 2, al. a) e 146.º n.º 2, al. i)), cada concorrente só pode apresentar uma proposta, sob pena de violação dos princípios da igualdade e concorrência. II- O artigo 29.º da Diretiva Comunitária 92/50, de 18 de Junho, ao estabelecer sete causas de exclusão na participação nos concursos de serviço, não impede que os Estados membros possam prever outras, a fim de garantir, em cada caso, o respeito por aqueles princípios. III- O Júri pode excluir concorrentes que pertencem a uma única empresa, constituindo sociedades coligadas (cfr. art.º 59.º n.º 7 do C.C.P.), a fim de evitar práticas de distorção e violação das regras da concorrência.”
2. O Acórdão do TCAS, de 30 de setembro de 2010 (Processo n.º 06517/10), acolhendo de forma titubeante os ventos resultantes do Acórdão *Assitur* – que analisaremos infra –, tem, no entanto, uma variante interessante. De facto, diz este arresto que “I – O princípio da concorrência, que se reporta à própria função do concurso público e constitui um corolário do princípio da igualdade, exige que todos os concorrentes ao concurso sejam opositores entre si. II – Não sendo proibida a participação simultânea num mesmo procedimento adjudicatório de empresas que se encontram numa relação de domínio ou de grupo, é perante as circunstâncias

¹⁷ Sousa Ferro, 2017: 62.

concretas que terá de se avaliar se foi falseada a concorrência. III – Verifica-se uma violação do princípio da concorrência, quando os administradores de duas das empresas concorrentes a um concurso público são exatamente os mesmos, as propostas de ambas estão assinadas por um administrador comum e estas apresentam uma estrutura formal e gráfica muito idêntica e, nalguns casos, mesmo igual”.

3. No extrato da fundamentação, interessante para se compreender o seu alcance, afirma-se a determinado ponto que *“não existindo qualquer norma que proíba a participação simultânea num mesmo procedimento adjudicatório de empresas que se encontrem numa relação de domínio ou de grupo, a questão que se coloca é a de saber se os factos provados demonstram que a concorrência foi falseada. Assim, tal como entendeu o Acórdão recorrido, há que atender às circunstâncias concretas do caso, não sendo automática a exclusão das propostas dessas empresas, por a tal obstar o princípio da proporcionalidade. Ora, em face dos aludidos factos provados, parece-nos que não pode deixar de se concluir que as duas empresas conheciam as propostas mutuamente, não concorrendo ao concurso como verdadeiras opositoras entre si. Aliás, bastaria o facto de ambas as propostas estarem assinadas por um administrador comum dessas empresas para que se entendesse que não se verificava a sua confidencialidade, pois, pelo menos esse, conhecia as duas propostas antes da sua abertura pública, o que violava os princípios da igualdade e da concorrência por os restantes concorrentes apenas conhecerem a sua proposta antes dessa abertura”.*
4. Também o Tribunal de Contas, no seu Acórdão n.º 23/2013 – 30.set. – 1ª S/SS (Processo n.º 1061/2013) vem determinar que *“1. Nos termos do art.º 70.º, n.º 2 al. g) do Código dos Contratos Públicos (CCP), as propostas devem ser excluídas sempre que se verifiquem fortes indícios de atos, acordos, práticas ou informações suscetíveis de falsear as regras da concorrência. 2. Assim, os membros de um agrupamento concorrente não podem ser concorrentes no mesmo procedimento, nem integrar outro agrupamento concorrente (cfr. art.º 54.º, n.º 2 do CCP). 3. Tendo duas das empresas concorrentes tido conhecimento mútuo das suas propostas, que por via da intervenção pessoal do mesmo representante na assinatura das propostas, que pela afirmação de que uma das empresas participaria em parte na proposta da outra, através da assistência técnica, ocorreram práticas suscetíveis de falsear a concorrência”.*
5. Já em sentido contrário, e sendo o primeiro Aresto da jurisprudência hoje dominante, o Acórdão do TCAS de 3 de fevereiro de 2011

(Processo n.º 6545/10), decidiu que “I – O conceito de “empresa associada” (artigo 14.º do Código dos Contratos Públicos (CCP)) é idêntico ao de “empresa” (artigos 2.º e 10.º n.º 1 da Lei n.º 18/2003) e de “sociedades coligadas” (artigo 486.º do Código das Sociedades Comerciais). II – O legislador do CCP optou por introduzir um conceito próprio de “empresas associadas”, não remetendo diretamente para os conceitos de “empresa” e de “sociedades coligadas”, e apenas para proibir a participação daquelas, verificados certos pressupostos, nos procedimentos de contratação de sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais, e não para proibir a participação de empresas associadas na generalidade dos procedimentos concursais. III – Inexiste assim qualquer norma no nosso ordenamento jurídico que proíba a participação, no mesmo concurso, de empresas que se encontrem entre si em relação de domínio ou de grupo, não podendo, deste modo, ser determinada a exclusão automática de duas ou mais concorrentes apenas por se encontrarem numa relação de subordinação. IV – Não se pode confundir a unidade económica decorrente do n.º 2 do artigo 2.º da Lei n.º 18/2003, com o acordo ou a prática concertada proibidos pelo artigo 4.º n.º 1 da mesma Lei. V – A verificação de uma prática concertada entre empresas não decorre porém de qualquer presunção, mas há de traduzir-se na ocorrência de factos concretos que se consubstanciem nos pressupostos de facto exarados na norma do artigo 4.º da Lei n.º 18/2003. VI – De igual modo, a jurisprudência comunitária entende que é necessário avaliar o conteúdo das propostas para concluir se a relação de domínio teve influência na atuação dos concorrentes (Acórdão “ASSITUR” do Tribunal de Justiça da Comunidade, de 19 de Maio de 2009). VII – O artigo 70.º n.º 2 al. g) do CCP prevê a exclusão das propostas cuja análise revele a existência de fortes indícios de atos, acordos, práticas ou informações suscetíveis de falsear as regras da concorrência. VIII – Do confronto das propostas apresentadas pelas concorrentes G..... e I..... decorre a absoluta divergência entre ambas, impondo-se a conclusão de que, no caso concreto, inexistem aspetos indiciadores de ter havido qualquer espécie de articulação entre as empresas, pelo que não se verifica a previsão do artigo 70.º n.º 2 al. g), inexistindo qualquer fundamento para a exclusão dessas propostas...” (sublinhado nosso).

Este Aresto, vem, pela primeira vez, e já tendo presente o Acórdão do TJCE “Assitur”, determinar que a mera apresentação de duas (ou mais) propostas por empresas pertencentes a um mesmo grupo – ou numa relação de domínio –, não permite a assunção da existência de práticas suscetíveis de falsear a concorrência. Ao invés, só mediante uma análise

concreta das propostas apresentadas se poderá concluir se as mesmas foram, ou não, influenciadas pela “relação de domínio”. Decorre claramente deste Acórdão do TCAS que o ónus de provar a existência de sinais de “falseamento” da concorrência é, indubitavelmente, da entidade pública contratante. Existindo “factos concretos”, então, na linha de raciocínio deste Acórdão, deverão as propostas ser excluídas com o fundamento da *existência de fortes indícios de atos, acordos, práticas ou informações suscetíveis de falsear as regras de concorrência*, situação prevista no artigo 70.º n.º 2 al. g) do CCP

6. No Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo (STA) de 31 de março de 2011, Processo n.º 017/10 (quase em simultâneo com o anteriormente referido) foi decidido que “I- A existência de uma relação de domínio ou de grupo em que se encontrem determinadas empresas, não obsta, por si só, a que estas participem, simultaneamente, num mesmo procedimento adjudicatório, com propostas autónomas e distintas. II- Só perante as circunstâncias concretas da atuação dessas empresas no procedimento concursal e da análise das propostas por elas apresentadas se deverá avaliar se foi falseada a concorrência, não podendo fundar-se o juízo neste sentido em mera presunção, decorrente daquela antecedente e originária relação de domínio”¹⁸ (sublinhado nosso).

Este Acórdão do STA, marco na jurisprudência nacional recente sobre a matéria, tendo uma correspondência, quase em absoluto com o Acórdão do TCAS (Processo n.º 6545/10), vem dar uma tônica que nos parece interessante. O que deve ser aferido em concreto é se as propostas apresentadas são, ou não, “autónomas e distintas”. Só se não o forem será motivo de exclusão de ambas.

7. Também o Acórdão do TCAS de 12 de maio de 2011 (Processo n.º 7536/11)¹⁹, referindo-se a duas propostas apresentadas por duas

18 No discurso fundamentador, este aresto refere o seguinte: “A questão essencial a decidir consiste em saber se a ligação de duas sociedades por relações jurídicas de domínio, por ser o respetivo capital social integralmente detido por uma mesma SGPS, constitui fundamento, por si só, para a exclusão daquelas sociedades do concurso, a que se apresentaram, isolada e separadamente, com propostas distintas. O Acórdão recorrido, confirmando a decisão proferida em 1.ª instância, respondeu negativamente a essa questão, decidindo que, no caso sujeito, o júri do concurso em causa não poderia excluir, como excluiu, as propostas das ora recorridas A e B, com fundamento, exclusivamente, em que o respetivo capital social era detido a 100% pela sociedade C...”

19 Abordando igualmente a questão de poder aplicar à questão em análise o instituto dos “agrupamentos de concorrentes”, previsto no artigo 54.º do CCP, tendo concluído que não, seguindo o sentido constante do Acórdão do TCAS de 14.09.2010, confirmado, em recurso de revista, pelo Ac. do STA de 31.03.2011, Processo n.º 017/10.

empresas coligadas concluiu que “*efetivamente, as disposições invocadas – arts. 70.º, n.º 2, al g) e 146.º, n.º 2, al. i), ambas do CCP –, não proibem a situação verificada. E, se proibissem não poderiam ser aplicadas por, como se viu, serem contrárias ao direito comunitário, já que no caso não está demonstrada a existência de fortes indícios de actos, acordos, práticas ou informações susceptíveis de falsear as regras de concorrência, sendo certo que as concorrentes eram a e a que apresentaram, cada uma delas, uma única proposta (cfr. art. 53.º do CCP)*” (sublinhado nosso).

Este Acórdão, continuando a ter como referência legal o disposto no artigos 70.º, n.º 2, al. g) e 146.º, n.º 2, al. i), ambos do CCP (indícios de atos, acordos, práticas ou informações suscetíveis de falsear as regras de concorrência), vem reforçar, por um lado, que não se extrai do 70.º, n.º 2, al. g) do CCP a exclusão de propostas de duas empresas coligadas sem que fique demonstrada a existência dos referidos “fortes indícios”, como também que, ainda que tal se extraísse, não poderia ser a norma aplicada, por ser desconforme com o direito comunitário, fazendo-se aqui uso do primado deste direito supra-nacional.

8. Igualmente o Acórdão do TCAS, de 30 de setembro de 2010 (Processo n.º 6517/10), vem estabelecer que “*em face do Ac. Assitur, é hoje evidente que o simples facto de duas empresas (que fazem duas propostas no mesmo concurso) fazerem parte do mesmo grupo económico, não é de per si motivo para as excluir, sem lhes permitir “demonstrar que a dita relação não teve influência sobre o seu comportamento respetivo no âmbito desse concurso.”*

Este último Acórdão, quanto a nós, tem uma particularidade que o afasta dos anteriores, uma vez que parece indiciar que caberá aos concorrentes pertencentes de um mesmo grupo económico o ónus de afastar a “suspeita” de que a sua relação de grupo não teve influência na concorrência no âmbito daquele procedimento em concreto. Salvo melhor opinião, este aresto vem interpretar o tema ora em análise no sentido de que duas propostas apresentadas no mesmo concurso por empresas do mesmo grupo económico não podem ser excluídas imediatamente, mas os respetivos concorrentes têm o dever de afastar a suspeição de ter havido distorção da concorrência, sob pena de exclusão. Não podemos concordar com esta posição, porquanto não existindo qualquer presunção de distorção de concorrência, terá necessariamente de ser a administração pública a demonstrar a existência de um comportamento lesivo suscetível de violar os princípios da contratação pública.

9. Também no Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte (TCAN), de 04 de dezembro de 2015, Processo n.º 03469/14, diz-se que *“I – Estando as diversas propostas apresentadas pelos concorrentes devidamente certificadas, não pode proceder a alegação de exclusão das mesmas. II – Num concurso não é proibida, só por si, a apresentação de duas propostas de duas empresas diferentes assinadas pela mesma pessoa. Só perante as circunstâncias concretas da atuação dessas empresas no procedimento concursal e da análise das propostas por elas apresentadas é que se terá de avaliar se foi falseada a concorrência”* (sublinhado nosso)²⁰.
10. Ainda no mesmo sentido dos arestos supra, num Acórdão mais recente do TCAS, datado de 02 de junho de 2016, Processo n.º 13205/16, foi decidido que *“As empresas coligadas mantêm a sua autonomia jurídica, que subsiste em todas as situações em que a mesma não seja afastada por lei; e, no âmbito da contratação pública, o Código dos Contratos Públicos não a afastou, pois que consagrou uma definição de concorrente alicerçada no conceito tradicional de personalidade jurídica, estabelecendo que é concorrente a “pessoa”, singular ou coletiva, que apresente uma proposta (artigo 53.), pelo que, tais pessoas, não estando agrupadas para efeitos de um concurso (de acordo com o estabelecido no artigo 54.), são pessoas autónomas com propostas autónomas”*. (sublinhado nosso). Nesse aresto, não é sequer colocada a questão da autonomia ou independência das propostas, não sendo abordada, sequer, a situação de exclusão das propostas pelo facto da existência desta “coligação” entre as propostas.

20 Por nos parecer relevante, transcreve-se um extrato da fundamentação: “A questão que se nos coloca é a de saber de podem concorrer ao mesmo procedimento concursal duas empresas, cujas propostas tenham sido assinadas pela mesma pessoa. Sustenta o recorrente que tal situação viola o princípio da concorrência, uma vez que, no caso em apreço, uma empresa sabia necessariamente da proposta da outra. Como se refere na decisão recorrida não se vê que não se possam apresentar a um concurso público duas empresas diferentes ainda que as propostas tenham sido assinadas pela mesma pessoa. A situação em causa não se encontra prevista no Código dos Contratos Públicos e a mesma apenas poderá ser considerada irregular se vier a violar o princípio da concorrência. Ora, o recorrente não refere de que forma considera que in casu, foi violado este princípio, nem aliás se vê como tal possa ter acontecido. De referir que não basta abstractamente sustentar que a mesma pessoa não pode assinar duas propostas entregues por empresas diferentes. Nada obsta, por exemplo, e tendo como base o presente concurso, que uma empresa concorra a um determinado lote e outra empresa concorra a outro. Ou então, que uma empresa concorra com materiais com determinadas características e outra com outros. Torna-se necessário provar que, no caso concreto tenha havido violação do princípio da concorrência, o que não se encontra provado nos autos. O que se encontra proibido pelo CCP é que os membros de um agrupamento candidato ou de um agrupamento concorrente não podem ser candidatos ou concorrentes no mesmo procedimento (artigo 54.º n.º 2 do CCP). Ou seja, a mesma empresa não pode concorrer duas vezes num determinado procedimento. Ou por si ou em agrupamento. Mas no caso dos autos não está em causa qualquer agrupamento de concorrentes”.

Concluída esta breve viagem pela jurisprudência portuguesa no que a este tema diz respeito, conclui-se que a esmagadora maioria dos arestos segue os ditames do Acórdão *Assitur* (que melhor analisaremos infra) no sentido de não haver qualquer limitação legal que impeça que dois ou mais por operadores económicos ligados entre si (empresas interligadas – em relação de grupo –, ou “associadas” por qualquer forma), apresentem propostas no mesmo procedimento pré-contratual. Mas esses Acórdãos apontam para que essas propostas devam ser escrutinadas no sentido de se aferir se, perante indícios fortes concretos, as mesmas deverão ser consideradas como violadoras da concorrência, devendo, neste caso, serem todas elas excluídas com o fundamento no artigo 70.º, n.º 2, al. g), do CCP, atendendo aos “*fortes indícios de atos, acordos, práticas ou informações suscetíveis de falsear as regras da concorrência*”.

5. POSICIONAMENTO DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA

1. O Acórdão do TJCE que, indubitavelmente, constitui a referência primordial na matéria que ora analisamos, é o Acórdão C-538/07, *Assitur*, EU:C:2009:317²¹. Neste aresto, o então TJCE (hoje TJUE) decidiu, em resumo, que: (i) as causas de exclusão dos concursos previstas no artigo 29.º da Diretiva n.º 92/50, de 18/6/1992, não eram taxativas, podendo os Estados Membros estabelecer outras causas capazes de permitir impedir a violação da concorrência; (ii) entre essas (outras) causas que podiam estabelecer, não podia, porém, figurar uma que excluísse sistematicamente empresas associadas entre si, pois que tal solução reduziria consideravelmente a concorrência; (iii) tal exclusão, baseada na presunção inilidível de que do simples facto de as empresas se encontrarem associadas resulta concertação no âmbito do procedimento concursal, desrespeita o princípio da proporcionalidade, exceto se se demonstrar que houve tal concertação; (iv) só através da análise concreta do comportamento dessas empresas no âmbito do concurso

21 A questão essencial que se colocava era se o direito comunitário permite que exista uma legislação nacional (neste caso Italiana) que não autoriza a participação, de maneira concorrente, num mesmo processo de adjudicação de sociedades entre as quais exista uma relação de domínio ou de influência importante.

e das propostas que nele apresentaram se pode aferir se houve ou não concertação violadora do princípio da concorrência.

Em síntese, e por outras palavras, este Acórdão determinou que é contrário ao direito comunitário uma disposição nacional que, embora prosseguindo os objetivos legítimos da igualdade de tratamento dos proponentes e da transparência no âmbito dos processos de adjudicação dos contratos públicos, instaure uma proibição absoluta, para as empresas entre as quais exista uma relação de domínio ou que estejam associadas entre si, de participar de forma simultânea e serem proponentes num mesmo concurso, sem se demonstrar que a dita relação teve influência sobre o seu comportamento respetivo no âmbito desse concurso²².

Importa reter que no discurso fundamentador do Acórdão, diz-se que uma norma que proíba a participação simultânea de dois concorrentes “*é destinada a afastar toda a potencial colusão entre os participantes num mesmo processo de adjudicação de um contrato público e a salvaguardar a igualdade de tratamento dos candidatos e a transparência do processo*”²³, mas há que ter em conta que num “*mercado interno único e de concorrência efetiva, é do interesse do direito comunitário que seja assegurada a maior participação possível de proponentes num concurso*”²⁴, pelo que a previsão de tal norma “*reduziria consideravelmente a concorrência a nível comunitário*”²⁵ e “*excede o que é necessário para alcançar o objetivo de assegurar a aplicação dos princípios da igualdade de tratamento e da transparência*”²⁶, sendo por isso violadora do princípio da proporcionalidade.

Tendo em conta que a importância deste aresto na jurisprudência subsequente, não resistimos a recuperar mais uns excertos do excursus do mesmo. Salientamos o disposto no seu ponto 31, segundo o qual “*cabe sublinhar que os agrupamentos de empresas podem revestir formas e objetivos variáveis, e não*

22 Importa ter presente que, de igual modo, no Acórdão C-213/07, *Michaniki*, EU:C:2008:731, relativo a um concurso de empreitada de obras públicas, regulado pela Diretiva 93/37/CEE do Conselho, de 14/6/1993, entendeu que “*se opõe ao direito comunitário a norma nacional que institui uma presunção inilidível de incompatibilidade entre a qualidade de proprietário, sócio, acionista importante ou quadro dirigente de uma empresa que exerce uma atividade no sector dos meios de comunicação social e a de proprietário, sócio, acionista importante ou quadro dirigente de uma empresa à qual o Estado ou outra pessoa coletiva do sector público em sentido lato atribuem a execução de empreitadas de obras, de fornecimentos ou de serviços*”.

23 Parágrafo 22 do Acórdão.

24 Parágrafo 26 do Acórdão.

25 Parágrafo 28 do Acórdão.

26 Parágrafo 29 do Acórdão. Ver a este propósito, também, os Acórdãos C-376/08, *Serrantoni e Consorzio stabile edili*, EU:C:2009:808, e C-425/14, *Impresa Edilux e SICEF*, EU:C:2015:721.

excluem forçosamente que as empresas dominadas gozem de uma certa autonomia na condução da sua política comercial e das suas atividades económicas, designadamente no domínio da participação em adjudicações públicas (...) as relações entre empresas de um mesmo grupo podem ser regidas por disposições particulares, por exemplo de ordem contratual, suscetíveis de garantir tanto a independência como a confidencialidade quando da elaboração de propostas que são simultaneamente apresentadas pelas empresas em causa no âmbito de um mesmo concurso”. A “questão de saber se a relação de domínio em causa teve influência sobre o conteúdo respetivo das propostas apresentadas pelas empresas envolvidas no âmbito de um mesmo concurso público exige um exame e uma apreciação dos factos que cabe às entidades adjudicantes efetuar. A constatação de tal influência, independentemente da forma que assuma, basta para que essas empresas sejam excluídas do processo em questão. Pelo contrário, a mera constatação de uma relação de domínio entre as empresas em causa, em razão de um direito de propriedade ou do número de direitos de voto que possam exercer nas assembleias gerais ordinárias, não basta para que a entidade adjudicante possa excluir automaticamente estas empresas do processo de adjudicação, sem verificar se tal relação teve uma incidência concreta sobre o seu comportamento respetivo no âmbito desse processo” – ponto 32 do Acórdão (sublinhado nosso).

2. Na mesma linha, com invocação de outros princípios, o Acórdão C-376/08, *Serrantoni Srl, Consorzio stabile edili Scrl*do, EU:C:2009:808, do TJCE, sobre a “proibição de participação no mesmo concurso, como concorrentes, de um ‘consorzio stabile’ (‘consórcio estável’) e de uma sociedade que faz parte deste”, concluiu que “o direito comunitário deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma legislação nacional, como a que está em causa no processo principal, a qual, no procedimento de adjudicação de um contrato público cujo montante não atinge o limiar previsto no artigo 7.º, n.º 1, alínea c), da Diretiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços, mas que reveste um interesse transfronteiriço certo, prevê a exclusão automática da participação nesse procedimento e a aplicação de sanções penais tanto a um consórcio estável como às empresas que sejam membros deste, quando estas últimas tenham apresentado propostas concorrentes da proposta desse consórcio, no âmbito do mesmo procedimento, mesmo não tendo a proposta do referido consórcio sido apresentada por conta e no interesse dessas empresas” (sublinhado nosso).

Também neste Acórdão, é claro que uma previsão de exclusão automática de propostas pelo facto de entre elas existir uma relação de grupo (neste caso a apresentação simultânea de propostas de um agrupamento estável e de empresas pertencentes a esse agrupamento) é violadora do direito comunitário, mormente por desrespeito dos princípios da igualdade de tratamento e da não discriminação.

3. Recentemente, já no ano de 2018, o Acórdão C-144/17, *Lloyd's of London*, EU:C:2018:78, vem, quanto a nós, dar um passo que o TJCE no já mencionado Acórdão *Assitur* não deu. Naquele Acórdão, sobretudo quando se refere ao facto de não se poder depreender que não haja independência e confidencialidade aquando da elaboração de propostas apresentadas num mesmo procedimento por concorrentes com qualquer ligação, concluímos que o Tribunal entendia que sendo as propostas assinadas pela mesma pessoa, teria que se concluir que essa independência e confidencialidade deixaria de existir, e consequentemente, seria motivo de exclusão das duas propostas.

Ora, o Acórdão *Lloyd's of London* vem dizer que o direito comunitário não permite “a exclusão de dois «syndicates» da *Lloyd's of London* da participação num mesmo concurso público de serviços de seguros pelo simples motivo de as respetivas propostas terem sido assinadas pelo representante geral da *Lloyd's of London* para esse Estado Membro, mas permite, em contrapartida, excluí-los se se verificar, com base em elementos incontestáveis, que as suas propostas não foram formuladas de forma independente”. (sublinhado nosso).

Quando a mesma pessoa assina as duas propostas – e é exatamente com a assinatura que aqueles documentos com condições contratuais se transformam em propostas –, pelo menos ele tem, necessariamente, conhecimento do teor dessas propostas e como tal deixa de existir confidencialidade entre elas antes da sua submissão. Mas o Tribunal de Justiça vem dizer que “*essa assinatura não demonstra, em si mesma, que os sindicatos se tenham concertado quanto ao conteúdo das respetivas propostas e que, portanto, as relações entre eles assim como a intervenção do mandatário especial do representante geral da Lloyd's tenham exercido uma influência concreta nessas propostas*”²⁷. Tendo por base os princípios da transparência, da igualdade de tratamento e da não discriminação decorrentes dos artigos 49.º e 56.º do TFUE, entendeu o Tribunal

²⁷ Parágrafo 40 do Acórdão.

de Justiça que ainda que as propostas tenham sido assinadas pela mesma pessoa, deve-se demonstrar “com elementos incontestáveis” que as propostas não eram independentes aquando da sua elaboração.

4. Ainda mais recentemente, no Acórdão C-531/16, *Šiaulių regiono atliekų tvarkymo centra*, EU:C:2018:324, o TJUE produziu jurisprudência, na linha da anterior, mas com variáveis que reputamos de interessantes e que chamaremos à colação na análise que faremos ao problema. Assim, à semelhança dos anteriores arestos já mencionados, (i) considera contrário ao direito comunitário a exclusão automática de empresas interligadas que participam num mesmo processo de adjudicação de um contrato²⁸; mas acrescenta que (ii) é possível a existência de uma disposição normativa expressa ou de uma condição específica das peças do procedimento a exigir que os concorrentes interligados que apresentem propostas separadas no mesmo procedimento, sejam obrigados a declarar à entidade adjudicante, por sua própria iniciativa, as suas ligações; (iii) a entidade adjudicante, quando disponha de elementos que ponham em causa o carácter autónomo e independente das propostas apresentadas por certos proponentes, é obrigada a verificar, se necessário exigindo a esses concorrentes informações suplementares para aferir se as suas propostas são efetivamente autónomas e independentes; e (iv) caso se conclua que as propostas não são autónomas e independentes, o direito comunitário²⁹ opõe-se à adjudicação do contrato aos concorrentes que tenham apresentado tais propostas.

Para além das conclusões, assume especial importância o parágrafo 29 deste Acórdão segundo o qual “no caso de as sociedades em causa não constituírem uma unidade económica, não exercendo a sociedade-mãe uma influência determinante sobre as suas filiais, há que salientar que, em qualquer caso, o princípio da igualdade de tratamento é violado caso se admita que os proponentes interligados podem apresentar propostas coordenadas ou concertadas, isto é, não autónomas nem

28 Transcrevemos o parágrafo 21 deste Acórdão “A este respeito, importa, antes de mais, recordar que o direito da União, em particular a Diretiva 2004/18, não prevê uma proibição geral de as empresas interligadas apresentarem propostas num processo de adjudicação de contratos públicos. Além disso, resulta da jurisprudência que, atendendo ao interesse da União de que seja assegurada a maior participação possível de proponentes num concurso, seria contrário a uma aplicação eficaz do direito da União excluir sistematicamente empresas interligadas do direito de participar num mesmo processo de adjudicação de um contrato público”.

29 Na altura, o artigo 2.º da Diretiva 2004/18/CE.

independentes, que sejam suscetíveis de, desta forma, lhes conferirem vantagens injustificadas face aos outros proponentes, não sendo necessário examinar se a apresentação de tais propostas constitui também um comportamento contrário ao artigo 101.º TFUE” (sublinhado nosso).

Consideramos interessante esta passagem do Acórdão, porquanto dela ressalta o que dissemos quanto a problemática entre concorrente (pessoa jurídica) e empresa (unidade económica), e porque coloca uma tónica que os anteriores Acórdãos não colocaram: o facto de duas – ou mais – propostas apresentadas num mesmo procedimento poderem conferir vantagens injustificadas face aos outros concorrentes. Caso se constate que as propostas não são independentes e autónomas, não é sequer necessário apurar se há violação do artigo 101.º do TFUE.

6. APRECIACÃO CRÍTICA

Tendo por base o enquadramento normativo e a jurisprudência nacional e comunitária, podemos dizer que, em princípio, a mera existência de propostas distintas apresentadas por dois ou mais concorrentes interligados num mesmo procedimento pré-contratual, não consubstanciará, por si só, uma infração às normas do TFUE, significando tal conclusão que não podem essas propostas serem excluídas apenas com esse fundamento. É isso que resulta claramente da jurisprudência europeia desde o Acórdão C-538/07, *Assitur*, e na esmagadora maioria da jurisprudência dos Tribunais Administrativos Portugueses, salientando-se o Acórdão do STA de 31.03.2011, Processo n.º 017/10.

Mas existindo esta apresentação simultânea de propostas por concorrentes interligados ou associados por qualquer forma, deve o júri analisar em concreto essas propostas, por comparação, no sentido de aferir se existem elementos objetivos que permitam concluir se as mesmas, no momento da sua composição, não foram elaboradas de forma independente ou autónoma. Se, porventura, forem detetados esses elementos (incontestáveis, segundo o Acórdão *Lloyd's of London*) de não existência de independência ou autonomia entre elas, então deverão as mesmas ser excluídas.

Subscrevemos, na íntegra, esta corrente jurisprudencial, que elege como pedra de toque a autonomia e independência das propostas, sendo as relações existentes entre concorrentes um aspeto que, devendo ser tido em conta, tem importância secundária, porquanto dessa relação não resulta necessariamente que o teor das propostas tenha sido por todos conhecida em momento anterior ao da sua abertura e disponibilização pelo júri.

Pensamos que é pertinente colocar a seguinte pergunta: o que lograrão “ganhar” duas ou mais empresas relacionadas entre si, que podendo apresentar uma única proposta optam por apresentar mais do que uma, sendo que todas elas foram concertadas na sua formulação? Por outras palavras, sendo concorrentes diferentes no âmbito do direito da contratação pública, porque é que se coloca a questão da necessidade de exclusão das propostas, caso se conclua que não são independentes e autónomas?

Em princípio, se uma vai ser a destinatária do ato de adjudicação, a(s) outra(s) não o irá(ão) ser. Parece-nos que poderão ser algumas as vantagens em apresentar mais do que uma proposta. Por exemplo, se o procedimento estiver dividido em lotes, ficando limitado o número de lotes que cada concorrente pode vir a ser adjudicatário, a existência de mais de uma proposta potencia a adjudicação pela “mesma empresa” de um maior número de lotes. A participação de uma empresa com mais de uma proposta, poderá ter, igualmente, um efeito de adulterar a média das propostas apresentadas, com eventuais repercussões na definição do preço anormalmente baixo. Quanto a nós, pode ainda ser útil nas situações em que uma das propostas tem um preço anormalmente baixo e a(s) outra(s) têm um preço considerado normal, uma vez que, caso o júri não considere relevante a justificação do preço anormalmente baixo, sempre a mesma “empresa” poderá vir a ser adjudicatária através da proposta com um preço normal.

São estes, entre outros, os motivos pelos quais se deve averiguar se as propostas apresentadas por mais do que um concorrente são ou não “autónomas e independentes”.

Só que o ónus da prova recai sobre a entidade adjudicante, e a sua recolha cabe ao júri (ou eventualmente aos serviços da entidade adjudicante no procedimento de concurso público urgente quando não tiver sido designado júri, conforme previsão do artigo 67.º, n.º 3, do CCP). E, reconheça-se, provar a inexistência de independência ou autonomia entre as propostas apresentadas é uma tarefa árdua e de uma complexidade extrema, condenada ao fracasso na esmagadora maioria dos casos. Podemos dizer que existem certos indícios de concertação de propostas (alguns dos quais referidos nos Acórdãos dos Tribunais Administrativos supra referidos)³⁰, como sejam a mesma identidade dos corpos sociais ou dos próprios sócios (v.g. duas empresas com o mesmo gerente ou duas empresas com os mesmos sócios mas com gerentes diferentes), o mesmo representante na assinatura das propostas apresentadas

30 Designadamente o Acórdão Processo n.º 6157/10, de 30.09.2010.

(aqui chama-se a atenção para o Acórdão *Lloyd's of London*), a similitude da substância das propostas, quer quanto aos seus atributos, quer quanto aos seus termos e condições (v.g. a mesma solução técnica, a mesma alocação de recursos materiais e humanos) e a mesma estrutura formal e gráfica das propostas.

Voltando ao Acórdão *Lloyd's of London*, pode parecer estranho que se esteja a discutir a autonomia e a independência das propostas e se conclua que duas propostas assinadas pela mesma pessoa, continuam a ser consideradas autónomas e independentes até prova em contrário. Claro que o Tribunal não considera que o representante que assinou essas propostas o tenha feito sem as ter lido e, como tal, que não tivesse conhecimento do teor das mesmas. Mas, ainda assim, considera o Tribunal de Justiça que essa assinatura não significa que no momento da elaboração das propostas, tenha havido uma concertação entre os respetivos concorrentes. Não concordamos com esta posição porquanto, no nosso entendimento, o momento determinante é o da apresentação das propostas. Ora, sendo todas elas assinadas pela mesma pessoa singular, deverá presumir-se que, pelo menos nesse momento, os respetivos concorrentes conheciam as propostas uns dos outros o que implica que, em princípio, deixem de estar em competição entre si, devendo-se presumir que essas propostas não são independentes nem autónomas. Assim, numa situação como esta, preconizamos que o ónus da prova da independência e autonomia das propostas caberá aos respetivos concorrentes, e já não à entidade adjudicante.

O que se deve então procurar nesta análise que se quer minuciosa, quase com contornos de investigação “forense”? Não é a concertação no sentido de prática restritiva da concorrência, mas sim se há autonomia e independência das propostas apresentadas.

Para o apuramento dos indícios da falta de autonomia e independência, pensamos que poderão ser utilizados alguns dos que a AdC colocou na sua “*check list*” de práticas de conluio, sabendo nós que o conluio é umas das práticas restritivas da concorrência que pressupõe a existência de acordos ou práticas entre mais do que uma empresa para desvirtuar o mercado, e, no caso ora em análise, na esmagadora maioria das situações, estamos perante uma mesma unidade económica, ou sejam perante mais do que um concorrente mas apenas uma empresa, conforme resulta do artigo 3.º da Lei da Concorrência. Em todo o caso, a referida *check list* contém indícios interessantes, como sejam propostas diferentes que apresentam: (i) os mesmos erros (v.g., erros ortográficos, gramaticais ou de cálculo); (ii) as mesmas lacunas face

à informação requerida; (iii) a mesma terminologia, em particular quando atípica; (iv) a mesma formatação, grafia ou correções de última hora; (v) o mesmo papel timbrado, formulários semelhantes ou os mesmos dados de contacto; (vi) carimbos de registo postal idênticos ou datas de receção, em mão, coincidentes ou, em caso de envio *online*, os mesmos endereços IP; (vii) contratação da mesma consultora no apoio à elaboração de propostas.

Concluída, após análise, que as propostas apresentadas não são independentes e autónomas, como vimos, devem as mesmas ser excluídas, pois tal comportamento dos operadores económicos viola, desde logo, o princípio da concorrência, na medida em que a mesma empresa se encontra no mesmo procedimento com mais do que uma proposta. É esta a conclusão comum a todos os Acórdãos do Tribunal de Justiça de que temos conhecimento. A questão que agora se coloca é sobre a norma nacional que permite excluir de um procedimento as propostas que se encontrem nas situações de que ora falamos.

Sabemos que as causas de exclusão encontram-se taxativamente previstas na lei, e no caso em apreço, no CCP, concretamente nos artigos 70.º, n.º 2, e 146.º, n.º 2 (para além destas, encontramos igualmente uma causa de exclusão prevista no artigo 54.º, n.º 5, da Lei n.º 96/2015, de 17, de agosto³¹, relacionada com as assinaturas eletrónicas). O artigo 146.º, n.º 2, al. n), vem permitir que no programa do concurso público³² se estabeleça situações específicas de exclusão desde que expressamente previstas³³.

Parece-nos claro que o CCP não contém uma norma específica para a situação em apreço, mas como veremos, conseguimos encontrar neste “diploma” uma disposição normativa a ela aplicável.

Sabemos que o fundamento para a exclusão das propostas apresentadas por concorrentes ligados entre si tem sido, maioritariamente, o artigo 70.º, n.º 2, al. g), do CCP, segundo o qual “*são excluídas as propostas cuja análise revele (...) a existência de fortes indícios de atos, acordos, práticas ou informações suscetíveis de falsear as regras de concorrência*”.

Salvo melhor opinião, a previsão deste artigo não está pensada para o caso de duas propostas apresentadas por concorrentes “naturalmente” ligados

31 Conhecida pela “lei das plataformas eletrónicas”.

32 Entendemos que deverá ser interpretado como extensível a todos os programas do concurso e não apenas no programa do concurso público, não obstante a remissão ser para o concurso público.

33 Desde que, obviamente, tais situações não violem os princípios fundamentais aplicáveis à contratação pública.

entre si, mas por concorrentes que não tendo qualquer ligação, concertam-se para obter uma vantagem mútua, na esmagadora maioria das vezes para a celebração de contratos com melhores condições contratuais do que se estivessem efetivamente a competir entre si – com prejuízo para o interesse público – ou para afastar outros operadores económicos do mercado. É pacífico que constitui uma prática restritiva aquela que é concertada entre operadores económicos, qualquer que seja a forma que revista, que tenha como objeto ou como efeito impedir, falsear ou restringir de forma sensível a concorrência no mercado. Os casos mais frequentes são as práticas colusivas.

Pelo que supra dissemos, parece-nos inexequível que, remetendo claramente esta norma para a Lei da Concorrência, na qual empresas interligadas são consideradas uma única empresa (artigo 3.º da Lei da Concorrência), possam, ainda que no âmbito do CCP, existir acordos ou atos ou práticas, dentro de uma mesma empresa. Por outro lado, seguindo-se a teoria de que empresas interligadas que apresentassem propostas no mesmo procedimento estariam a falsear as regras da concorrência, deixaria de ser relevante – como é – analisar se as referidas propostas seriam ou não autónomas ou independentes.

Sempre se poderá dizer que o conceito de “*falsear a concorrência*” pode ser visto num prisma mais amplo de “defesa da concorrência”, ou seja, de abrangência de todas as manobras suscetíveis de prejudicar uma sã concorrência, abarcando, desta forma, a apresentação de propostas apresentadas por empresas interligadas. Segundo esta posição, os atos, acordos, práticas ou informações suscetíveis de falsear as regras de concorrência incluiriam não só as páticas de “*big rigging*” mas as práticas, dentro da mesma empresa, com impacto na distorção da concorrência.

Não concordamos com a aplicação ao caso ora em análise do artigo 70.º, n.º 2, al. g) do CCP, não só porque a jurisprudência do Tribunal de Justiça coloca a tónica, exclusivamente, na independência e autonomia das propostas (e não em acordos ou práticas suscetíveis de falsear a concorrência), mas também pela circunstância da lei da concorrência considerar como uma única empresa as sociedades que se encontrem interligadas, não podendo haver acordos entre uma mesma empresa. Convém, igualmente, trazer à colação o disposto no artigo 70.º, n.º 4, do CCP, segundo o qual “*a exclusão de quaisquer propostas com fundamento no disposto na alínea g) do n.º 2, bem como a existência de indícios de práticas restritivas da concorrência, ainda que não tenham dado origem à exclusão da proposta, devem ser comunicadas à Autoridade da Concorrência*”, sendo certo que a AdC, no âmbito das suas atribuições, dispõe de poderes de supervisão,

regulamentação e sancionatórios, constituindo estes últimos – exercidos para penalizar práticas suscetíveis de infringir a lei da concorrência nacional³⁴ e europeia³⁵ – o fito essencial da referida comunicação.

Nas situações em que uma entidade adjudicante participa à AdC a exclusão de propostas ao abrigo do artigo 70.º, n.º 2, al. g), do CCP quando os concorrentes que as apresentaram se encontram interligados, invariavelmente esta Autoridade arquiva a referida comunicação, com o fundamento de tal situação não constituir, por si só, qualquer ilícito concorrencial na aceção das normas proibitivas pela Lei da Concorrência³⁶.

Admitimos, no entanto, que a invocação do n.º 4 do artigo 70.º do CCP não constitui um argumento poderoso (ainda que efetivamente seja um argumento), pela simples razão do legislador português não ter sido muito coerente nesta matéria. De facto, se atentarmos no artigo 317.º, n.º 3, do CCP, estabelece-se que nas situações de cessão da posição contratual ou de subcontratação, deve “*o contraente público, de imediato, comunicar, à Autoridade da Concorrência e, no caso de empreitadas ou de concessões de obras públicas, igualmente ao Instituto dos Mercados Públicos, do Imobiliário e da Construção, I. P., os indícios dos atos, acordos, práticas ou informações suscetíveis de falsear as regras de concorrência*” (sublinhado nosso). O que pode fazer o IMPIC, no âmbito das suas atribuições, quando existirem “*atos, acordos, práticas ou informações suscetíveis de falsear as regras de concorrência*”? Rigorosamente nada! Até porque, os poderes regulatórios do IMPIC, no âmbito dos contratos públicos, concentram-se na órbita da “*procura*”, e a problemática das práticas restritivas da concorrência têm o seu ponto focal na “*oferta*”. Daí não retirarmos do conteúdo do disposto no artigo 70.º, n.º 4, do CCP uma importância decisiva para a posição que defendemos.

Aproveitando os ensinamentos decorrentes do Acórdão C-531/16, *Šiaulių regiono atliekų tvarkymo centra*, e tendo em conta algumas especificidades constantes do CCP, após a sua revisão operada pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto, vamos ainda abordar os seguintes aspetos:

A entidade adjudicante tem a liberdade de fixar, no seu programa do procedimento, a exigência de, quem concorrer num determinado procedimento numa relação de interligação com outro ou outros concorrentes, ter de declarar, não apenas tal ligação como também que se encontram entre eles

34 Artigos 9.º, 11.º e 12.º da Lei n.º 19/2012, de 08 de maio.

35 Artigos 101.º e 102.º do TFUE.

36 Neste sentido, Cunha Rodrigues, 2017: 62-63.

em verdadeira concorrência. Caso se venha a detetar, por elementos objetivos, que as propostas, afinal, não são autónomas e independentes, devem os respetivos concorrentes ser excluídos, também, por prestação de falsas declarações (artigo 87.º do CCP), com todas as consequências legais, designadamente as previstas no artigo 456.º, al. e), do CCP, ou seja, a prática de uma contraordenação muito grave punível com coima até 44.800 €.

Para além deste aspeto, quanto a nós, a entidade adjudicante pode, também, determinar no regulamento administrativo do procedimento, a que chamamos de programa de concurso, que para efeitos do artigo 46.º-A, n.º 4, do CCP (fixação de um limite máximo de lotes que cada concorrente poderá vir a ser adjudicatário), os concorrentes associados entre si são considerados como um único concorrente para efeitos exclusivos de rateamento dos lotes. O perigo de assim não se prever é o de vários operadores económicos interligados virem a ser adjudicatários da totalidade dos lotes, quando o espírito do legislador (também do legislador europeu, conforme de extrai claramente do artigo 46.º da Diretiva 2014/24/UE) é o de potenciar que o objeto aquisitivo seja adjudicado, efetivamente, a operadores económicos totalmente distintos entre si³⁷. Na mesma linha de pensamento, parece-nos ser defensável que a entidade adjudicante possa prever no seu programa do procedimento que, para a determinação do montante a partir do qual um preço é considerado como anormalmente baixo, os preços apresentados pelas propostas interligadas não serão tidos em consideração para a fixação da média dos preços propostos.

Esta previsão não afasta, obviamente, a possibilidade das propostas apresentadas virem a ser excluídas se se concluir não serem autónomas e independentes.

Não queremos deixar de referir que há uma significativa diferença entre os procedimentos abertos e a consulta prévia. Neste último caso, tendo a entidade adjudicante a faculdade de decidir a quem endereçar o convite, não pode deixar de ser objeto de censura o convite a mais do que um operador económico que se encontre associado por qualquer forma, pois dessa forma, estando-se a abrir à concorrência (ainda que restrita), não fica garantida que a mesma venha a existir, havendo um sério risco da concorrência vir a ser meramente aparente, uma vez que tal conduta da entidade adjudicante pode fechar artificialmente o mercado à “mesma” empresa, *fingindo* estar perante pelo menos três empresas diferentes.

37 Nesta matéria seguimos a posição de Cunha Rodrigues, 2018: 244-250.

7. CONCLUSÕES

Chegados a este ponto, continua por apurar qual o fundamento legal para a exclusão de propostas apresentadas por empresas interligadas em que se chegue à conclusão que não são independentes e autónomas.

Poder-se-á argumentar que, sendo as propostas “não independentes nem autónomas”, na verdade temos duas ou mais propostas que são apenas uma. Sendo apenas uma, contendo atributos diferentes, o júri sempre teria que propor a sua exclusão com o fundamento de as mesmas conterem atributos, que sendo diferentes, não permitiria ao júri avaliá-los.

Esta posição teria a sua sustentação no artigo 70.º, n.º 2, al. c), do CCP, segundo o qual uma proposta deverá ser excluída quando existir uma impossibilidade de avaliação da mesma em virtude da forma de apresentação de algum dos respetivos atributos. Esta interpretação, no entanto, parece-nos ter algumas fragilidades. Desde logo, porque na verdade, apesar de não existir independência nem autonomia, estamos efetivamente perante dois concorrentes, na aceção do artigo 53.º do CCP. Nesta situação, teria que se excluir duas propostas de dois concorrentes com a ficção de estarmos perante um único concorrente. Como referimos, no estrito âmbito do CCP, é relevante a personalidade jurídica e não o facto de existir apenas uma unidade económica. Esta teoria da desconsideração da personalidade jurídica, quanto a nós, não deve ser aplicada à situação ora em análise. Efetivamente, conforme tivemos oportunidade de referir neste artigo, sendo o CCP um diploma enquadrável no direito da contratação pública, é do ponto de vista da procura (e não da oferta) que o mesmo deve ser interpretado, exceto quando ele próprio remete para o lado da oferta, como é o caso da al. g) do n.º 2 do artigo 70.º, ao aludir expressamente ao direito da concorrência (uma vez que alude ao falseamento das regras da concorrência). Neste sentido, para efeito do que está em discussão, deve prevalecer o conceito de concorrente constante do artigo 73.º do CCP, e não o conceito de empresa previsto no artigo 3.º da Lei da Concorrência. Assim sendo, não concordamos com a teoria da dupla ficção de estarmos perante um mesmo concorrente com uma única proposta. Por outro lado, esta teoria sempre soçobrará nas situações em que as propostas apresentadas por concorrentes associados entre si apresentarem os mesmos atributos (v.g. o mesmo preço), mas com termos ou condições diferentes. Nestas situações, com base nesta teoria, ainda que se chegasse à conclusão da não existência de independência ou autonomia entre as propostas, nunca as mesmas poderiam ser excluídas.

Parece-nos, salvo melhor opinião, que o artigo 70.º, n.º 2, al. c), do CCP só se poderá aplicar quando, um concorrente, numa mesma proposta, apresentar um atributo de forma tal que não é possível avaliá-lo. Assim, sendo defensável, não acolhemos esta hipotética solução, por ir ao arrepio do conceito de concorrente plasmado no CCP.

Outra solução passaria por considerar a aplicabilidade do artigo 59.º, n.º 7, do CCP, segundo o qual “nos casos em que o programa do procedimento não permita a apresentação de propostas variantes, cada concorrente só pode apresentar uma única proposta”, e neste caso teríamos duas propostas apresentadas pelo mesmo concorrente, situação que acarretaria a exclusão de todas as propostas por força do artigo 146.º n.º 2 al. i) do CCP. Também não subscrevemos esta posição, porquanto a mesma tem por base, igualmente, a desconsideração da personalidade jurídica (com a qual não concordamos), mas também por se estar a aplicar uma norma que está construída, exclusivamente, para a existência de propostas variantes – as que apresentam alternativas ao caderno de encargos –, o que não é, manifestamente, o caso. Por outro lado, esta posição considera que estamos perante duas propostas autónomas, o que também não é o caso, pois se o forem, não devem ser excluídas.

A solução mais acertada, parece-nos que deverá passar pelo facto de se considerar que, tendo dois concorrentes apresentado propostas que não são independentes e autónomas, deve-se ficcionar que, não tendo sido essa a intenção, apresentaram propostas em agrupamento, conforme permitido pelo artigo 54.º do CCP.³⁸

O agrupamento de concorrentes, como todos sabemos, ocorre quando mais do que uma pessoa jurídica se “junta” e apresenta uma única proposta, sem necessidade, no momento da apresentação da mesma “*exista qualquer modalidade jurídica de associação*” (artigo 54.º, n.º 1, do CCP). A regra é a de que cada concorrente apresenta uma única proposta e cada proposta é apresentada por um concorrente. As exceções a estas regras são, no primeiro caso, a apresentação de propostas variantes nos termos do artigo 59.º do CCP, e no segundo caso, a apresentação de uma proposta por um agrupamento.

Ora, nos casos abordados no presente artigo, temos dois ou mais concorrentes que não apresentaram uma única proposta e como tal não se apresentaram no procedimento como um agrupamento. No entanto, chegando-se à conclusão que as propostas não são autónomas nem independentes, conforme já referimos, deve-se ficcionar que os dois concorrentes apresentaram

38 Esta posição já foi, de resto, preconizada no Acórdão do Processo n.º 6517/10, de 30 de setembro de 2010.

uma única proposta (repita-se: porque as duas propostas, na prática, são uma só, por lhes faltar a independência e autonomia). Então, estando perante uma proposta apresentada por mais do que um concorrente, é de um agrupamento que se trata, conforme dispõe o artigo 54.º do CCP. E, quanto a nós, não se poderá argumentar que esta norma não poderá ser aplicada ao caso em apreço uma vez que já existe uma associação entre eles. Na realidade, para este efeito, não é a associação económica que tem qualquer relevo (empresa na perspectiva da lei da concorrência), mas sim a associação jurídica, uma vez que será sempre exigível que *“todos os membros do agrupamento concorrente, e apenas estes, devem associar-se, antes da celebração do contrato, na modalidade jurídica prevista no programa do procedimento”* (artigo 54.º, n.º 4, do CCP), sob pena de caducidade da adjudicação (artigo 105.º, n.º 1, al. c), do CCP).

O artigo 54.º, n.º 2, do CCP vem dizer que *“os membros de um agrupamento candidato ou de um agrupamento concorrente não podem ser candidatos ou concorrentes no mesmo procedimento, nos termos do disposto nos artigos anteriores, nem integrar outro agrupamento candidato ou outro agrupamento concorrente”*. O escopo da norma é claro: ninguém poderá estar no mesmo procedimento com mais de uma proposta base, sob pena de estar a obter uma vantagem desproporcionada relativamente aos demais concorrentes, ou seja, pretende-se evitar que uma única empresa, que apresentou, afinal, duas propostas, disponha de vantagem relativamente aos outros concorrentes que se viram limitados à apresentação de uma só proposta.

Quanto a nós, os concorrentes que apresentaram propostas autónomas, mas que se veio a concluir que as mesmas estavam destituídas de autonomia e independência, o que na verdade esses concorrentes apresentaram no mesmo procedimento, na qualidade de agrupamento, foi mais do que uma proposta, violando desta forma o disposto no supra transcrito artigo 54.º, n.º 2, do CCP.

A violação desta norma tem cominações legais, na medida em que o artigo 146.º, n.º 2, al. b), do CCP vem determinar que as propostas devem ser excluídas quando *“sejam apresentadas por concorrentes em violação do disposto no n.º 2 do artigo 54.º”*.³⁹

Por tudo o expendido, sufragamos que a apresentação de propostas, num mesmo procedimento pré-contratual, por operadores económicos interligados, cuja análise em concreto seja conducente à conclusão de que as mesmas não são autónomas ou independentes, implica a exclusão das propostas

39 Contra a posição de perfilhamos, ver Esteves de Oliveira, 2010: 129-134.

apresentadas, por aplicação conjugada do artigo 146.º, n.º 2, al. b), e do 54.º, n.º 2, ambos do CCP.

BIBLIOGRAFIA

AZEREDO, Joana

- 2016 *A participação simultânea, num mesmo procedimento adjudicatório, de empresas que se encontram numa relação de domínio ou grupo e o princípio da concorrência*, Revista eletrónica de direito, <https://blook.pt/publications/publication/1925787d7932>.

CUNHA RODRIGUES, Nuno

- 2013 *A contratação Pública como Instrumento de Política Económica*, Coimbra, Almedina.
- 2017 O princípio da concorrência nas novas diretivas sobre contratação pública, in *A transposição das Diretivas Europeias de 2014 e o Código dos Contratos Públicos*, http://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/e-book_diretivas europeias 2014 eccp_icjp-cidp_fct.pdf.
- 2018 O conceito de concorrente e a fixação de limites à adjudicação por lotes na contratação pública, 3.º aniversário da Revista Jurídica Luso-Brasileira, http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2018/6/2018_06_0229_0256.pdf.

ESTEVES DE OLIVEIRA, Mário

- 2010 Agrupamentos de Entidades Adjudicantes e de Candidatos e Concorrentes em Procedimentos de Contratação Pública, in *Estudos de Contratação Pública – II*, Coimbra Editora.

GONÇALVES, Pedro

- 2013 *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*, Coimbra, Coimbra Editora.

PEREIRA, Pedro Matias,

- 2017 Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, in *STVDIA IURIDICA*, 110, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade*, volume III.

SILVA, Fernando Oliveira

- 2016 *A regulação dos Contratos Públicos*, Almedina.

SOUSA FERRO, Miguel

- 2017 *Jurisprudência Portuguesa de Direito da Concorrência*, <https://www.cidceff.pt>.

TREPTE, Peter

- 2004 *Regulating Procurement*, Oxford: Oxford University Press.

JURISPRUDÊNCIA

União europeia

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 16 de dezembro de 2008, *Michaniki*, C-213/07, EU:C:2008:731

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 19 de maio de 2009, *Assitur*, C-538/07, EU:C:2009:317

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 23 de dezembro de 2009, *Serrantoni e Consorzio stabile edili*, C-376/08, EU:C:2009:808

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 22 de outubro de 2015, *Impresa Edilux e SICEF*, C-425/14, EU:C:2015:721

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 8 de fevereiro de 2018, *Lloyd's of London*, C-144/17, EU:C:2018:78

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 17 de maio de 2018, *Šiaulių regiono atliekų tvarkymo centra*, C-531/16, EU:C:2018:324

Nacional

Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, de 14 de setembro de 2010, Processo n.º 017/10

Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 31 de março de 2011, Processo n.º 017/10

Acórdão do Tribunal de Contas n.º 23/2013, de 30 de setembro de 2013, Processo n.º 1061/2013

Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, de 31 de agosto de 2010, Processo n.º 6516/10

Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, de 30 de setembro de 2010, Processo n.º 06517/10

Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, de 3 de fevereiro de 2011, Processo n.º 6545/10

Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, de 12 de maio de 2011, Processo n.º 7536/11

Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte, de 4 de dezembro de 2015, Processo n.º 03469/14

Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, de 2 de junho de 2016, Processo n.º 13205/16

C&R

BREVES

BREVES

Os dez anos do Círculo dos Advogados Portugueses de Direito da Concorrência

A PROPÓSITO DOS DEZ ANOS DO CÍRCULO DOS ADVOGADOS PORTUGUESES DE CONCORRÊNCIA

*Carlos Pinto Correia**

Assinalar um aniversário é sempre um pretexto para olhar para trás. Ao falarmos do aniversário do CAPDC, é necessário passar em revista a origem e a evolução da proteção da concorrência em Portugal, o que leva a uma conclusão incontornável: o processo de desenvolvimento do direito da concorrência em Portugal foi particularmente lento. Durante boa parte do século em que, por motivos vários, a tutela jurídica da concorrência se afirmou na Europa, vivemos num sistema jurídico, ordenado a partir da Constituição de 1933, que tinha uma relação ambígua com o mercado e era alheio fundamentalmente à liberdade económica individual. Num tal quadro, a tutela jurídica dos valores da concorrência não tinha lugar assegurado.

Na sua fase final este quadro jurídico conheceu episódios surpreendentes. O mais relevante destes foi a publicação, ainda na vigência da Constituição de 1933, de um estudo fundador sobre a necessidade e a estrutura de uma lei da concorrência¹. Fê-lo em 1972 um notável professor da Faculdade de Direito de Lisboa, o Prof. Alberto Xavier que, infelizmente para quem se interessa pelo direito da concorrência, nunca mais voltou ao tema. Assinalo também que, também nessa mesma escola, o Prof. António Sousa Franco por diversas vezes se aproximou destas questões, mesmo numa altura em que elas não eram ainda objeto de tratamento legislativo autónomo. É notável que, numa altura em que os quadros jurídicos tinham as limitações que se conhecem, que na vigência da Constituição de 1933, quer já após a aprovação da Constituição de 1974, tivesse havido a perceção de que uma economia de mercado só pode funcionar bem, tanto na ótica de garantir eficiência e crescimento, como

* Advogado, presidente do Círculo dos Advogados Portugueses de Direito da Concorrência. O autor expressa-se a título pessoal.

1 Subsídios para uma lei de defesa da concorrência, Lisboa, 1970.

na de proteção dos direitos dos que nela participam, se estiver protegida por uma ordem pública da economia juridicamente tutelada.

Foi só na preparação da adesão de Portugal às então Comunidades Europeias que foram adoptadas regras de concorrência, em 1983 por um regime alterado depois em 1993. Os sistemas criados no domínio dos Decretos-Lei n.ºs 422/83 e 371/93 tinham limites óbvios, quer pela imprecisão do estatuto da autonomia privada face à Constituição da República de 1976 (sobretudo na vigência do regime criado em 1983), quer pelos limites da estrutura institucional encarregue da aplicação da lei (em ambos os casos). Apesar disso, é forçoso constatar que foram proferidas, em particular ao abrigo do Decreto-Lei n.º 371/93 diversas decisões interessantes, e conceptualmente sólidas, pelos órgãos de investigação e sanção previstos naqueles diplomas. Mas podemos afirmar que o primeiro regime de concorrência que reuniu condições para uma aplicação eficaz do direito da concorrência, na sua vertente nacional e da União, pelas autoridades portuguesas foi o introduzido pela criação da Autoridade da Concorrência e pela Lei n.º 18/2003.

O interesse e as tentativas de criar uma associação reunindo os advogados que se ocupam do direito da concorrência surgiu logo depois da adopção da Lei n.º 18/2003 em resposta aos desafios criados pela aplicação da mesma, e a associação veio a ser criada em março de 2009. Ao criar o Círculo mais não fizemos do que seguir um exemplo que nos vem de outros países europeus. Em muitos, senão em todos os países em que as questões desta área do direito são objecto de uma prática consistente, há associações deste tipo. Por vezes, é verdade, em ligação com os temas da concorrência desleal e da propriedade intelectual. Mas na maior parte dos casos, com associações próprias limitadas ao direito da concorrência. Assinale-se, pela sua importância, o exemplo alemão, com o prestigiado Studievereinigung Kartellrecht, com um grande número membros, que foi criado em 1965, sete anos após a adopção do GWB.

As razões desta necessidade de reunião dos advogados, e nalguns casos de economistas, resultam evidentes para quem estuda e aplica o direito da concorrência. O seu interesse resulta da constatação liminar de que esta é uma área onde o resultado da aplicação das regras é marcado pela incerteza jurídica, a fluidez de conceitos, o modo como eles podem oscilar em função do que a análise económica de comportamentos nos diz, e, como é evidente, a orientação política, através da chamada – e temida – política industrial. Esta complexidade é ainda reforçada pela necessidade de recorrer a regras de matriz penal – providas de um outro universo –, para reger os temas do

processo e da prova. Com efeito, as sanções aplicadas neste domínio têm uma natureza contra-ordenacional e o legislador sempre entendeu referir-se, indirectamente, ao quadro normativo dos ilícitos de mera ordenação. Essa decisão é fonte de grande número de problemas dada a dificuldade de articulação dos dois regimes. Mas é inegável que o ilícito de mera ordenação é o universo normativo que mais se aproxima das regras sobre liberdade de acção no mercado e que qualquer tentativa de cortar a ligação com o mesmo careceria da elaboração de um quadro específico que teria de ser completo.

É por isso que nos países em que as associações congéneres melhor funcionam, o reduzido corpo de advogados praticantes se associa às entidades administrativas de tutela, e aos órgãos judiciais, para tentar debater em conjunto e, se possível para reduzir, as imensas áreas de incerteza que rodeiam a aplicação das normas incriminadoras. Trata-se de uma tarefa que a todos interessa e que só se pode fazer com a reflexão conjunta de todos, no respeito da margem de autonomia, de cada interveniente e do papel que a cada um cabe. O interesse público que as autoridades de tutela devem proteger não será nunca posto em causa pelo facto de aceitarem debater temas de interesse comum com os advogados. Pelo contrário, esse diálogo pode ser útil na definição de boas regras que reforce a posição das autoridades ao esclarecer os limites da sua prática. Quanto aos advogados, um tal diálogo deve fazer-se no respeito das limitações da sua posição, já que têm um dever deontológico – não nos esqueçamos que a nossa é até certo ponto uma posição regulada –, de utilizar em defesa do interesse que patrocinam, os argumentos que a lei lhes faculta. E é justamente o facto de o número de envolvidos ser limitado, tanto ao nível das autoridades como dos advogados, que permite em geral um diálogo frutífero.

Foi isso que o Círculo tentou desde o início fazer. Recordo que se estabeleceu uma prática com a associação espanhola que permitiu a realização de conferências regulares, ora em Lisboa, ora em Espanha. Realizaram-se até agora seis dessas conferências, nas quais tivemos o gosto de ouvir representantes das autoridades nacionais de ambos os países, além naturalmente de advogados. Destaco em particular o facto de nas duas últimas conferências terem sido envolvidas associações congéneres, de Itália e, em Lisboa em 2018, também de França. Também na última conferência realizada em Lisboa tivemos o enorme prazer de beneficiar da participação dos senhores magistrados do Tribunal de concorrência e regulação, que, numa atitude que devemos absolutamente saudar, aceitaram debater estes temas com a Autoridade e com os advogados.

Além deste trabalho regular, que no que nos diz respeito ocorre a cada dois anos, o Círculo associou-se a iniciativas da Associação Portuguesa de direito Europeu, quer sobre os 60 anos do Tratado de Roma, quer sobre o brexit. Mas sobretudo participou de modo intenso no processo de adopção da actual lei da Concorrência. Fê-lo por duas formas: preparando um projecto autónomo que envolveu um grande número de membros, e participando no grupo de trabalho que funcionou junto do Governo de então. Assinalamos também duas iniciativas de grande significado da Autoridade, às quais associou o Círculo: a participação no grupo de trabalho que preparou a transposição da diretiva sobre o ressarcimento dos danos causados pelas violações das regras de concorrência; e mais recentemente, a participação no grupo que prepara a transposição da Diretiva ECN plus.

Esta última tarefa, por cuja iniciativa a Autoridade merece aplauso, e que foi discutida na conferência que assinalou o décimo aniversário da criação do Círculo, permitirá pelo menos tentar esclarecer, no domínio do exigido pela citada Diretiva, os aspectos da Lei n.º 19/2012 que a prática tem revelado serem menos acertados, e bem assim, espero-o sinceramente a título pessoal, esclarecer de uma vez por todas a posição da empresa, enquanto titular de informação potencialmente confidencial, no contexto de um processo de matriz contra-ordenacional. Essa é a principal tarefa que nos ocupa e espero que a colaboração do Círculo com Autoridade da Concorrência e com os senhores magistrados do Tribunal de Concorrência e Regulação possa contribuir para tornar mais previsível a aplicação do direito da concorrência em Portugal.

CONCORRÊNCIA E POLÍTICA INDUSTRIAL*

Margarida Matos Rosa

Sendo a promoção da concorrência uma das suas principais missões, tem sido importante para a Autoridade da Concorrência (“AdC”) poder contar com o contributo do Círculo dos Advogados Portugueses do Direito da Concorrência (“CAPDC”) para o desempenho desta missão.

Se retirarmos o chapéu institucional que cada um representa, tenho a certeza que estamos perante cidadãos interessados em que haja concorrência nos diversos sectores com os quais interagimos não profissionalmente no dia-a-dia, seja telecomunicações, grande distribuição, serviços financeiros, saúde, transportes, entre muitos outros. É esta preocupação com um verdadeiro ambiente concorrencial no nosso país, e os benefícios que daí decorrem, que nos une a todos.

Desde a sua criação, o CAPDC tem assumido um papel relevante na discussão dos temas de concorrência em Portugal. Destaco em primeiro lugar o contributo do CAPDC em processos de revisão legislativa, como por exemplo na transposição da Diretiva do *Private Enforcement*¹ em 2015-16. Atualmente contamos com a participação ativa de representantes do CAPDC no grupo de trabalho constituído pela AdC para preparar o anteprojeto legislativo para a transposição da chamada Diretiva ECN+², que visa atribuir às autoridades da concorrência as competências e os meios necessários para

* Discurso proferido pela Presidente da Autoridade da Concorrência durante a Conferência “10 anos do Círculo dos Advogados Portugueses do Direito da Concorrência” (Lisboa, 12.04.2019).

1 Diretiva 2014/104/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de novembro de 2014, relativa a certas regras que regem as ações de indemnização no âmbito do direito nacional por infração às disposições do direito da concorrência dos Estados-Membros e da União Europeia. A Diretiva foi transposta em Portugal através da Lei n.º 23/2018, de 5 de junho, e de alterações à Lei n.º 19/2012, de 8 de maio (Lei da Concorrência) e à Lei n.º 62/2013, de 26 de agosto (Lei de Organização do Sistema Judiciário).

2 Diretiva (UE) 2019/1 do Parlamento e do Conselho de 11 de dezembro de 2018, que visa atribuir às autoridades da concorrência dos Estados-Membros competência para aplicarem a lei de forma mais eficaz e garantir o bom funcionamento do mercado interno.

aplicarem a lei de forma mais eficaz. Para além destes contributos, a atuação do CAPDC tem sido importante através da organização de conferências que permitem uma discussão informada e esclarecida sobre a política da concorrência em Portugal em todas as suas vertentes e que assim trazem valor aos seus membros. Quero por isso saudar o trabalho feito até aqui.

O tema que me proponho abordar diz respeito à relação entre a política de concorrência e a política industrial. Ao nível da União Europeia (“UE”), o tema adquiriu recentemente um novo fôlego, através da discussão sobre a competitividade da economia e das empresas europeias à escala mundial.

No contexto europeu, têm surgido vozes de apoio à defesa de “campeões europeus”. De certa forma, repetem os argumentos utilizados em defesa dos “campeões nacionais” ou seja, é necessário proteger algumas empresas ou setores da pressão concorrencial, de forma a poderem, teoricamente, estar mais aptos para competir a nível internacional.

Porque é que este tema é importante para Portugal e para o público nacional? Enquanto especialistas da concorrência, devemos exprimir os nossos pontos de vista e não deixar o outro lado sozinho a convencer um público não especialista. Não sei se somos uma maioria silenciosa, mas há riscos em nos mantermos silenciosos. Honra seja feita a Jean Tirole e Patrick Rey, que em Março de 2019 escreveram o artigo “*Keep politics out of Europe’s competition decisions*”.³ Creio ser importante rebater os argumentos que têm ressurgido, cabendo-nos a todos contribuir ativamente para o esclarecimento dos cidadãos e decisores, sob pena de se correr o risco de se perder o que foi paulatinamente conquistado: o respeito pela aplicação das regras de concorrência, tanto ao nível nacional, como europeu.

Em abril de 2019 foram publicados os resultados do Eurobarómetro⁴, um estudo realizado pela Comissão Europeia em janeiro deste ano, a propósito da perceção dos cidadãos sobre a política da concorrência. O estudo indica que o público português, mesmo em comparação com o resto da UE, tem algum conhecimento sobre a concorrência e os benefícios que ela traz. Não obstante, há ainda espaço para melhorar estes indicadores.

3 Ver em <https://www.project-syndicate.org/commentary/alstom-siemens-rejected-merger-european-competition-policy-by-patrick-rey-and-jean-tirole-2019-03>.

4 Ver relatório (em língua inglesa) e ficha informativa (em língua portuguesa), disponíveis em <http://ec.europa.eu/commfrontoffice/publicopinion/index.cfm/survey/getsurveydetail/instruments/flash/surveyky/2209>.

Regresso ao tema do atual contexto europeu de apoio a “campeões europeus”, após o qual irei abordar os possíveis papéis da concorrência e da política industrial.

A nível europeu, os Estados-Membros entenderam que é necessário criar uma estratégia de longo prazo para a indústria europeia. Isto passaria por integrar a competitividade industrial nos diversos domínios de intervenção da UE. Trata-se um tema importante para a UE, tendo em conta o peso relativo cada vez menor da economia europeia e das suas empresas no contexto mundial.

No âmbito desta discussão, foi apresentada no início de fevereiro de 2019 pela Alemanha a “*Estratégia Nacional para a Indústria 2030*”.⁵ Esta estratégia tem o objetivo, não só de responder aos desafios que se colocam à indústria alemã, mas também de contribuir para o debate sobre a política industrial na Europa. Algumas semanas depois, foi apresentado o “*Manifesto franco-alemão para uma política industrial adequada ao século XXI*”,⁶ um documento que expõe uma visão conjunta da França e da Alemanha sobre o futuro da política industrial da UE.

Ambos os documentos contêm propostas com impacto na aplicação das regras europeias da concorrência. Entre outras medidas, os dois documentos defendem a criação de “campeões europeus”, empresas com dimensão europeia e global, com o objetivo de criar condições para que essas empresas consigam competir à escala mundial.

Para este tema, releva ainda o debate que surgiu em torno da proposta de concentração entre as empresas Siemens e Alstom, notificada à Comissão Europeia em junho de 2018 e objeto de uma decisão de proibição no início de fevereiro de 2019.⁷ Também neste contexto, tanto França como a Alemanha

5 O documento, intitulado “*National Industrial Strategy 2030 – Strategic guidelines for a German and European industrial policy*”, da autoria do Ministério Federal para os Assuntos Económicos e Energia alemão e publicado a 5 de fevereiro de 2019, encontra-se disponível (em língua inglesa) em https://www.bmwi.de/Redaktion/EN/Publikationen/Industry/national-industry-strategy-2030.pdf?__blob=publicationFile&v=9.

6 O documento, intitulado “*A Franco-German Manifesto for a European industrial policy fit for the 21st Century*”, da autoria do Ministério Federal para os Assuntos Económicos e Energia alemão e do Ministério da Economia e das Finanças francês, foi publicado a 19 de fevereiro de 2019 e encontra-se disponível (em língua inglesa) em https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/F/franco-german-manifesto-for-a-european-industrial-policy.pdf?__blob=publicationFile&v=2.

7 Processo M.8677 – Siemens /Alstom. Ver comunicado de imprensa (em língua inglesa) relativo à decisão que declarou a concentração incompatível com o mercado comum nos termos do artigo 8.º, n.º 3 do Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho, de 20 de Janeiro de 2004, relativo ao controlo das concentrações de empresas (“Regulamento das concentrações comunitárias”), disponível em http://europa.eu/rapid/press-release_IP-19-881_en.htm.

sugeriram a necessidade de criar exceções à aplicação das regras europeias da concorrência, de forma a permitir a criação de “campeões europeus” com capacidade para competir à escala global.

As empresas em questão são líderes mundiais na produção de equipamento de transporte ferroviário e fornecimento de serviços conexos com este tipo de transporte. Em particular, são os maiores fornecedores europeus de material circulante ferroviário e de sistemas de sinalização para a ferrovia e metropolitanos. A Comissão Europeia proibiu a concentração porque esta teria reduzido significativamente a concorrência em alguns segmentos de mercado de sistemas de sinalização e no mercado de comboios de alta velocidade. Em particular, ficou demonstrado que a concorrência potencial da parte de fornecedores localizados fora da UE não era suficiente, incluindo a concorrência de empresas chinesas, contrariando um argumento que tinha sido utilizado pela Siemens e pela Alstom.⁸

Os meios de imprensa deram nota de pressões colocadas pelos governos francês e alemão sobre a Comissão Europeia, de forma a evitar que esta se opusesse à aprovação da concentração.⁹

Perante estas iniciativas, que visam promover a indústria europeia ao arrepio dos princípios da concorrência, sob a pretensa necessidade de responder aos desafios da economia global, que resposta podemos dar, ao nível europeu e nacional?

Considero que, embora a UE e as suas empresas enfrentem desafios de competitividade a nível global, a solução não pode ser obtida à custa dos cidadãos. As regras da concorrência têm como ponto de partida e princípio orientador a proteção do consumidor final. Defender a concorrência é, portanto, defender o cidadão, enquanto consumidor, e a sua liberdade de escolha. Ao promover “campeões europeus” e proteger apenas determinadas empresas em função da sua dimensão ou setor, não existe qualquer garantia que daí resultem necessariamente benefícios para os consumidores, para a economia e para a sociedade. O mesmo raciocínio é aplicável à criação de “campeões nacionais”.

8 A Comissão concluiu que: (i) no mercado de sistemas de sinalização, só a longo prazo é que as empresas chinesas se poderão tornar concorrentes credíveis; e (ii) no mercado de comboios de alta velocidade, a sua entrada no mercado europeu não seria suficiente para contrabalançar o poder de mercado de uma nova empresa Siemens/Alstom.

9 Veja-se, por exemplo, artigo da Agência Reuters (em língua inglesa), disponível em <https://uk.reuters.com/article/uk-alstom-m-a-siemens/france-germany-step-up-pressure-over-alstom-siemens-deal-idUKKC-N1PF0PB>.

Pelo contrário, os estudos empíricos demonstram que utilizar a concorrência como ferramenta de política industrial, permitindo a criação de gigantes europeus ou nacionais, prejudica as empresas que comprem produtos e serviços desses gigantes, assim como os cidadãos, reduzindo a escolha e aumentando os preços.

Poderão naturalmente existir exceções, falhas de mercado que exijam regulação da parte do Estado. De qualquer forma, em regra, permitir a interferência política nas atividades das autoridades da concorrência, ou nas decisões da Comissão Europeia no domínio da concorrência, colocaria em perigo a independência e qualidade técnica na aplicação das regras de concorrência. Acresce que, ao nível europeu, permitir o desvio à aplicação das regras da concorrência com base em considerações de política industrial criaria o risco de utilização dessa possibilidade em prol dos interesses dos Estados-Membros com maior influência no Conselho, em detrimento dos restantes cidadãos europeus. Em resumo, está também em causa a defesa de um pilar da construção europeia: a igualdade entre os Estados-Membros e entre os seus cidadãos.

Que alternativas estão então disponíveis para promover a competitividade ao nível europeu e nacional? A concorrência é a melhor forma de potenciar a criação de verdadeiros campeões da economia, em Portugal ou no estrangeiro. Proteger as empresas da concorrência desincentiva a eficiência e a inovação. É necessário que as empresas sejam competitivas, mas que o consigam com mérito próprio, sem recurso a auxílios de Estado ou subsídios. A AdC é agnóstica em termos de nacionalidade, não tem favoritos, apenas quer que o mercado dê condições aos reais campeões para o serem. Só a concorrência desafia as empresas a serem mais eficientes e inovadoras, a crescer e a exportar os seus produtos e serviços.

Isto não significa que a política industrial deva ser ignorada. Qual é então a melhor forma de utilizar a política industrial em prol da economia, mas respeitando os princípios da concorrência?

A rivalidade económica com a China ou Estados Unidos não se resolve baixando a exigência das regras de concorrência apenas para alguns, os escolhidos. Esta rivalidade, ou desigualdade de condições, pode melhorar através da reciprocidade em termos de acesso a concursos públicos – que ainda não existe para empresas europeias na China – e pode também melhorar através de uma política industrial que não distorça a concorrência, isto é, que seja horizontal. Uma economia deve ser atrativa devido à sua estabilidade macroeconómica, a uma política fiscal estável e competitiva, à qualidade e

competitividade das infraestruturas, *utilities* e do mercado de trabalho, a uma regulação económica efetiva e a um sistema judicial eficaz. É com base nestes fatores que uma economia pode gerar empresas capazes de competir nos mercados internacionais e ao mesmo tempo originar benefícios para os consumidores.

Em todo o caso, é possível reservar um papel para a política industrial, por exemplo, no financiamento à inovação, desde que este não distorça a concorrência.

Para concluir, o crescimento de algumas empresas, nacionais ou europeias, não deve ser alcançado à custa das restantes empresas e do bem-estar dos cidadãos. Apenas uma aplicação das regras da concorrência imparcial, objetiva e independente assegurará uma economia livre e justa para todos: as empresas e os consumidores. Terminando lançando um desafio a todos aqueles que diariamente lidam com a aplicação das regras da concorrência, nos quais se incluem os membros do CAPDC: enquanto cidadãos e enquanto *stakeholders* com conhecimento de causa sobre os benefícios da concorrência, têm um papel único a desempenhar no reforço da política de concorrência em Portugal.

INOVAÇÃO E CONTROLO DE CONCENTRAÇÕES – BREVES NOTAS SOBRE A SUA PRÁTICA EM PORTUGAL*

Joaquim Caimoto Duarte

Em primeiro lugar, gostaria de agradecer o convite endereçado pelo Presidente do Círculo dos Advogados Portugueses de Direito da Concorrência, Dr. Carlos Pinto Correia. É para mim um prazer enorme poder participar, com todos os meus colegas presentes, nesta conferência que marca a primeira década do Círculo, sobretudo fazendo-o na Faculdade de Direito de Lisboa, onde me formei.

De igual modo, cumprimento o Dr. Carlos Botelho Moniz, moderador deste debate, distinto advogado de Direito da Concorrência, cumprimentando também os restantes ilustres colegas de painel, a Senhora Professora Sofia Oliveira Pais, o meu estimado colega e amigo Ricardo Oliveira, bem como o Nuno Alvim, distinto Economista e companheiro para a parte económica em muitas das lides em que intervimos nestes últimos anos.

Cumprimo-me falar neste debate, tentando contribuir o máximo possível com a minha experiência de advogado, sobre o papel da Inovação no controlo de concentrações em Portugal, nomeadamente sobre as ferramentas de que a Autoridade da Concorrência (“AdC” ou “Autoridade”) dispõe nesse domínio e a sua atividade até à data.

O *track record* da Autoridade ainda não será bem o da Comissão Europeia, tal qual já versado anteriormente neste debate. Encontramos ainda poucos casos onde esta matéria foi objeto de análise específica, mas curiosamente um

* Texto correspondente à apresentação efetuada na Conferência dos 10 anos do Círculo dos Advogados Portugueses de Direito da Concorrência, realizada no dia 12 de abril de 2019. Qualquer opinião expressa refletirá unicamente a visão pessoal do autor, nunca podendo representar qualquer opinião da Uría Menéndez – Proença de Carvalho, ou de qualquer empresa alguma vez representada por esta sociedade de advogados ou pelo advogado em questão.

pouco ao longo da vida da Autoridade a questão da inovação foi valorizada, ou pelo menos equacionada, na análise jus-concorrencial.

Nesta breve exposição, irei em primeiro sublinhar as ferramentas legais nacionais de que a Autoridade dispõe, para de seguida tecer algumas considerações de como entendo poder ser a abordagem da AdC nesta temática da inovação, referindo-me também, por fim, a alguns casos onde isso foi efetuado.

Começando pela vertente legal, importa em primeiro lugar frisar que as normas aplicáveis ao controlo de concentrações em Portugal (tal qual na União Europeia) têm por objetivo primordial assegurar que os consumidores beneficiam das vantagens associadas à concorrência efetiva no mercado. Incluindo aqui, não somente os preços baixos, como também a inovação nos produtos e serviços oferecidos¹.

Considerando essa segunda perspetiva, é frisado no Artigo 41.º da Lei da Concorrência², na al. *k*) do seu n.º 2, que na apreciação (na avaliação) das operações de concentração será tida em conta também “a evolução do progresso técnico e económico”, desde que “não constitua um obstáculo à concorrência” e que da operação de concentração se retirem ganhos de eficiência beneficiando os consumidores.

Encontramos depois, no próprio Formulário de notificação da AdC³, uma referência mais precisa à Inovação, ao requerer a Autoridade, na secção relativa aos Mercados Relevantes, informação das partes na concentração sobre a eventual importância da Investigação & Desenvolvimento nos mercados relevantes, devendo-se descrever inclusive o ciclo de inovação e a posição ocupada pelas empresas.

Mas é sobretudo ao nível da denominada *soft law* da AdC, nas suas linhas de orientação sobre a avaliação das concentrações horizontais⁴, que se acautela o fator da Inovação expressamente e de modo naturalmente mais detido.

1 Para esta temática, em particular quanto à componente da União Europeia, vide Faria, Tânia Luísa, “Inovação e Controlo de Concentrações no Plano da União Europeia: o Princípio da Incerteza?”, in *Revista Jurídica Lusó-Brasileira*, Ano 4 (2018), n.º 5.

2 Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, tal qual alterada.

3 Regulamento n.º 60/2013 da Autoridade da Concorrência, in D.R., 2.ª série, n.º 32, 14 de fevereiro de 2013.

4 *Linhas de Orientação para a Análise Económica de Operações de Concentração* da Autoridade da Concorrência, disponível em: http://www.concorrenca.pt/vPT/Noticias_Eventos/ConsultasPublicas/Documents/Linhas%20de%20Orientação%20para%20a%20Análise%20Económica%20de%20Operações%20de%20Concentração%20Horizontais.pdf

Em primeiro lugar, a AdC dedica nas referidas linhas de orientação, especial atenção aos mercados com Inovação ou de rápida evolução tecnológica.

Em particular frisando, que a característica da constante mutação nos mercados com Inovação pode colocar desafios à análise jus-concorrencial das operações, tornando mais complexa a delimitação dos mercados relevantes, delimitação essa que se pode tornar rapidamente desajustada (em resultado da criação de novos mercados, ou mesmo da convergência de mercados anteriormente separados).

Em segundo lugar, afirma a AdC, na parte específica sobre efeitos unilaterais, que em certas operações o investimento em Inovação pode assumir-se como o principal aspeto a analisar, devendo aí ser avaliado necessariamente o impacto esperado nos mercados em causa.

Chamando ainda a atenção, nas mencionadas linhas de orientação, de que as partes não têm necessariamente de ser concorrentes efetivos para que a operação possa levar a uma redução significativa sobre o incentivo de inovar. Pense-se em operações envolvendo a aquisição de *players* desenvolvendo atividades de investigação com vista à entrada no próprio mercado de atuação da adquirente.

De igual modo, o ritmo da Inovação pode também ter implicações para a avaliação jusconcorrencial. Pense-se aqui sobretudo em mercados de rápida evolução tecnológica, onde a elevada volatilidade das quotas pode atenuar um eventual poder de mercado das empresas. Nestes casos, a quota das partes na operação, aferida aqui com dados (sublinhamos) sempre “históricos”, não constituirá certamente um bom indicador da sua futura dimensão.

Feita esta resenha inicial sobre as ferramentas legais nacionais (sem prejuízo, claro está, de se poder sempre utilizar o património e experiência da Comissão Europeia, nomeadamente quanto às referências que as suas *guidelines* sobre operações não-horizontais⁵ fazem em relação à Inovação), desejaria somente enfatizar, numa perspetiva mais prática, de que a questão da Inovação em sede de controlo de concentrações se poderá analisar a dois grandes níveis:

A um primeiro nível, dentro de uma perspetiva mais tradicional da análise dos temas da Inovação em concentrações, se a operação em causa (em sectores em que a Inovação é o parâmetro-chave de concorrência) reforça (ou

5 *Orientações para a apreciação das concentrações não horizontais nos termos do Regulamento do Conselho relativo ao controlo das concentrações de empresas*, da Comissão Europeia (2008/C 265/07).

não) a capacidade, ou o incentivo, à Inovação por parte das empresas parte da concentração. Dentro de uma lógica de eficiência dinâmica.

A pergunta será, então, se a operação reforça os incentivos à Inovação, ou se, pelo contrário, acentua a parte negativa desta perspetiva, como ocorre por exemplo nas denominadas *killer acquisitions*.

Pense-se no caso da indústria farmacêutica, onde determinada *target* poderá deter produtos no seu *pipeline* de inovação que após a aquisição não chegam a ser desenvolvidos.

Ou então, a questão da Inovação em sede de controlo de concentrações pode ser avaliada noutro nível, na perspetiva da concorrência potencial ou das barreiras à entrada.

Como veremos, dos casos portugueses que mencionarei de seguida, esta última perspetiva é aquela onde aparentemente, na minha opinião, tais casos se inserem até à data.

Entrando agora nos casos da AdC em que a questão da Inovação foi valorizada na análise jus-concorrencial, é notório destacar que, aparentemente, o número desses casos é todavia muito reduzido.

Destacamos duas operações, curiosamente logo em 2005, onde esta questão foi um tema central (sem prejuízo, claro está, de outras que com certeza poderão também versar esta temática).

Em primeiro lugar, referimos o caso *Adobe / Macromedia*⁶ (o único citado nas linhas orientadoras da AdC) relativo ao mercado da criação e comercialização de *software* para aplicações standard. Na referida operação a Adobe ficaria a maior empresa nos mercados relevantes, incluindo uma quota entre 70 a 80% num determinado mercado de software, o que poderia dar origem a preocupações de natureza horizontal. Não obstante, a AdC aprovou a operação logo em primeira fase, tendo em conta a elevada importância da propriedade intelectual nos mercados (como patentes e licenciamentos) e um forte ritmo de inovação que os caracterizava, em que a concorrência se efetuava ao nível precisamente da Inovação, mais do que ao nível do preço, acarretando assim um elevado dinamismo e uma acentuada relativização das quotas das empresas concorrentes, afastando assim qualquer eventual poder de mercado.

Em segundo lugar, destacamos também um outro caso, apesar de não citado nas *guidelines* horizontais da AdC, mas que sabemos ser tido em conta pelos serviços da Autoridade nestas temáticas. Caso esse, com ligação ao sector agrícola, habituado à relevância da Inovação.

6 Caso Ccent. 51/2005 – *Adobe / Macromedia*.

Referimo-nos ao caso *Florimond / Advanta*⁷, relacionado precisamente com a produção de sementes (no caso concreto, sementes de beterraba sacarina). Encontramos nesse caso, também como no da *Adobe*, o fator Inovação como central na análise jus-concorrencial. O mercado relevante nessa operação era também fortemente caracterizado pela Inovação, tendo a análise da AdC tido especificamente em conta que os mercados das sementes são consideravelmente dinâmicos, devido à necessidade constante de desenvolvimento de novas variedades, operando precisamente a concorrência ao nível desses desenvolvimentos. Mais concluindo, que esses mercados são, normalmente, caracterizados por uma forte volatilidade das quotas de mercado das empresas (no caso concreto, inclusive, com exemplos de oscilação entre 20 a 80% em 3 anos).

Por último, quis também destacar um outro par de casos, mais recentes, onde apesar da Inovação não ter sido o ponto absolutamente central ou determinante da análise jus-concorrencial (como as duas operações citadas anteriormente), este fator foi esgrimido entre as partes e a AdC na sua discussão.

Em primeiro lugar destacaria o recente caso *SIBS / Unicre*⁸, relacionado com a tentativa de aquisição pelo principal processador de meios de pagamento, a SIBS, do principal *acquirer* de cartões de débito e crédito em Portugal, a Unicre (uma operação vertical relevante, que terminou com a retirada da notificação pela SIBS antes da emissão da decisão final).

A questão da Inovação terá sido colocada concretamente ao nível da concorrência potencial e barreiras à entrada. Em particular, e nas teses da AdC, até que ponto os pretensos efeitos verticais de encerramento nos mercados a jusante, de *acquiring* de cartões de pagamento, também poderiam afetar os próprios projetos de Inovação dos concorrentes da Unicre.

E em segundo lugar destacarei um outro caso, também recente, também vertical e de igual modo retirado no fim da segunda fase pela notificante, o caso *Altice / Media Capital*⁹ (relacionado com a tentativa de integração vertical entre a entidade proprietária do operador de telecomunicações e *pay TV*, a MEO, e o grupo económico detentor dos canais TVI).

Uma das discussões em sede de avaliação jus-concorrencial passou pela questão de a concentração ser uma tentativa de resposta aos novos modelos de negócio de visualização de conteúdos, como o *streaming* (v.g., a Netflix e

7 Caso Ccent. 27/2005 – *Florimond Desprez / Advanta Lambda*.

8 Caso Ccent. 37/2016 – *SIBS / Ativos Unicre*.

9 Caso Ccent. 35/2017 – *Altice / Media Capital*.

outros operadores), naturalmente muito arreigados ao conceito de Inovação. Nomeadamente, até que ponto representavam uma concorrência efetiva ou (pelo menos) potencial ao negócio alvo. A discussão envolvia uma dupla vertente. Em primeiro lugar, sobre o crescimento no mercado nacional dessas novas realidades, que relativizaria o alegado poder de mercado da empresa pós-concentração. E em segundo lugar, e nas teses da AdC, sobre o alegado encerramento de mercado que poderia ocorrer sobre essas novas realidades, por parte da entidade concentrada. Se por um lado se tratavam de operadores oriundos de mercados de rápida evolução tecnológica, seria necessário apurar (também nas teses da AdC) o momento exato da efetivação relevante da concorrência, em que esta seria bastante para anular o poder de mercado das partes.

Também de curioso nesta última operação, foi o facto de a mesma ter corrido em paralelo com o caso norte-americano *AT&T / Time Warner*, uma operação algo semelhante à da *Altice/Media Capital*, inclusive como enfatizado por alguns dos contrainteressados no processo português. Muito desse ênfase, em virtude da oposição inicial da autoridade de concorrência norte-americana (o Departamento de Justiça, o “DOJ”) a essa transação da AT&T, semelhante, digamos, à da Altice. Poderá ter passado um pouco despercebido nos *media* nacionais, na minha opinião, mas no passado dia 26 de fevereiro de 2019, um acórdão do *US Court of Appeals* (o tribunal de recurso norte-americano) autorizou finalmente a aquisição da Time Warner pela AT&T, pondo fim a uma longa batalha legal iniciada em novembro de 2017, aquando da mencionada oposição inicial pelo DOJ¹⁰.

Recorde-se que a histórica AT&T é uma das principais empresas de telecomunicações e de *pay TV* dos Estados Unidos, sendo a Time Warner um dos maiores grupos de media a nível mundial, detentor de canais e conteúdos emblemáticos, como a HBO e a CNN (canais esses claramente *premium*).

A operação, também de cariz vertical, visava, de igual modo, criar uma nova entidade capaz de enfrentar a recente vaga de inovação e consolidação no plano das indústrias de media e telecomunicações.

No seguimento da mencionada oposição inicial do DOJ norte-americano, conforme referido a operação em causa foi então permitida em sede de recurso, tendo os tribunais federais norte-americanos (incluindo o de

10 *United States v. AT&T, Inc.*, n.º 18-5214 (D.C. Cir. 2019). *UNITED STATES OF AMERICA, APPELLANT v. AT&T, INC., ET AL., APPELLEES*, appeal from the United States District Court for the District of Columbia (n.º 1:17-cv-02511), argued December 6, 2018, decided February 26, 2019. Vide em: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/cadc/18-5214/18-5214-2019-02-26.html>

primeira instância) concordado com o argumento esgrimido pelas partes, na minha leitura, do dinamismo que as indústrias de media e *telecom* adquiriram nos últimos anos, nomeadamente com o surgimento de novas realidades, como as plataformas de *streaming* Netflix, Hulu e Amazon Prime.

Creio que a mensagem que se extrai deste importante caso norte-americano é a de que as autoridades de concorrência devem necessariamente ter em conta na sua análise, de modo mais acentuado hoje em dia, o dinamismo dos mercados, como sucede por exemplo, de modo muito relevante, ao nível da evolução dos media e *telecom*, desde logo por causa do óbvio interface com as novas realidades digitais.

Mais ainda, em transações de natureza vertical, com menos potencial restritivo e onde se presumem à partida benefícios para os consumidores.

Em jeito de conclusão, vimos que a AdC tem as ferramentas legais adequadas, semelhantes às da Comissão Europeia, para valorizar a inovação em sede de controlo de concentrações. Mas devendo haver também aí, junto da Comissão, e em particular no seio da ECN (que necessariamente engloba a AdC), um esforço de coerência da prática futura, a bem da segurança jurídica.

Vimos também que a AdC já teve casos onde o fator da Inovação foi devidamente tido em conta, como tema central na análise jus-concorrencial, em termos de concorrência potencial, dinamismo dos mercados e consequente relativização do poder de mercado das partes na concentração.

Em termos de desafios para o futuro, será naturalmente esperada alguma tendência de intensificação de análises deste tipo, à medida que a consolidação dos mercados se vai acentuando em determinados setores, com destaque para os referidos setores agrícola, farmacêutico e IT, mais propensos à Investigação & Desenvolvimento, incluindo a “*economia digital*” e *start-ups* com acento na evolução tecnológica.

Este impacto não escapará certamente a Portugal, tendo em conta o critério de notificabilidade das operações por quota de mercado, que apanhará assim, mais facilmente, transações de negócios nascentes e com baixo volume de negócios (pelo menos na génese das atividades em causa).

A AdC terá então de estar preparada para essas análises, em particular quanto ao horizonte temporal a ter em conta na avaliação do impacto da Inovação nas concentrações, nomeadamente quanto à relevância da concorrência potencial em mercados em que as rápidas Inovação e evolução tecnológica desempenham um papel-chave.

ARTIGO 101.º, LAW IN BOOKS, LAW IN ACTION E O MUNDO REAL

Eduardo Maia Cadete*

Este busquejo configura uma súmula das principais reflexões veiculadas em apresentação efetuada em debate da Conferência comemorativa do 10.º aniversário do Círculo dos Advogados Portugueses de Direito da Concorrência, realizada na Faculdade de Direito de Lisboa a 12 de abril de 2019, subordinada ao subtema *Restrições de jaez horizontal por objeto, em que fase estamos?*

Entre os acordos *clássicos* para-ilícitos (*nota bene* cada caso é um caso), entre concorrentes, por *objeto* arrimam-se as condutas de fixação de preços de venda de produtos a terceiros, de limitação da produção ou das vendas e da repartição de mercados ou clientes.

A redução temporária da abertura das portas para as restrições por *objeto*, deu-se, parece-me, com o acórdão *Cartes bancaires*, C-67/13¹, em que o Tribunal estabelece que o conceito de restrição de concorrência por objeto “*deve ser interpretado de forma restritiva*”, numa tentativa de desinflacionar o poder para-discricionário da DG COMP em almejar condutas por *objeto*.

Ainda assim, e dado que a ciência jurídica não é matemática, e a subjetividade e insegurança jurídica muitas vezes prevalecem em desabono das empresas, o Tribunal, com *tail winds* para a DG COMP, tem vindo a reforçar a validade das restrições por *objeto* a outro tipo de condutas ditas *não clássicas*.

Hoc sensu, no processo C-179/16, *Hoffmann-La Roche Ltd*², o tribunal consagra *ex novo* no dispositivo do aresto que “*constitui uma restrição da concorrência «por objetivo», na aceção dessa disposição, o acordo entre duas empresas que comercializem dois medicamentos concorrentes, que tem por objeto, num contexto*

* Advogado, sócio da Moraes Leitão. As reflexões apresentadas refletem apenas a opinião pessoal do autor, enquanto homem livre.

1 C-67/13P *Groupement des Cartes Bancaires*, EU:C:2014:2204.

2 C-179/16 F. *Hoffmann-La Roche* e o., ECLI:EU:C:2018:25.

marcado por uma incerteza científica, a difusão junto da Agência Europeia de Medicamentos, dos profissionais de saúde e do grande público de informações enganosas quanto aos efeitos indesejáveis da utilização de um desses medicamentos para o tratamento de patologias não abrangidas pela autorização de introdução no mercado deste, com o fim de reduzir a pressão concorrencial resultante dessa utilização sobre a utilização do outro medicamento.”

Isto quando, e sempre salvo melhor opinião, estaria em causa, quanto muito, num plano não penal, uma prática de concorrência desleal que não pode ser, sequer, despoletada *ex officio*.

Destarte, a subjetividade e a plasticização do artigo 101.º para aplicação e conformação aos casos sob investigação de uma conduta por *objeto* pode tender a imperar em abono da mediatização dos processos, da torrente de comunicados de imprensa e dos destaques aos decisores das autoridades nacionais e da DG COMP e de futuros *voos para outras paragens*, mas é efetuado em contraciclo com os princípios da tipicidade e da legalidade e, claro está, das empresas: motor económico do desenvolvimento, do emprego e da coesão social, sem as quais a economia e o emprego são, seguramente, um imenso deserto.

Não devemos também olvidar que quando a DG COMP aplica coimas de milhões ou biliões de euros, o pagamento das coimas não é feito pelas empresas com recurso ao *quantitative easing*, carregando num *botão* para gerar euros, ou recorrendo a alguma *árvore das patacas*.

Outrossim a coima aplicada é umbilicalmente, direta ou indiretamente, paga pelos consumidores (com preços mais elevados), pelos colaboradores que trabalham diariamente nas empresas em causa (seja via redução de postos de trabalho ou com ausência de incrementos salariais ou de correlativos benefícios sociais), ou pela redução ou descontinuação do investimento em investigação, desenvolvimento e inovação.

Os recursos das empresas são finitos e quando são afetadas pela aplicação de uma coima de milhões ou biliões de euros, saem ainda mais prejudicados.

Questiona-se: na ótica da prevenção geral e especial não seria mais adequado criminalizar formalmente as condutas e deixar a *mão invisível* do *private enforcement* atuar?

Infelizmente, *data venia*, tal subjetivização e plasticização das normas, não é um exclusivo do do plano europeu, sendo também, ainda que de forma não recorrente, uma realidade em Portugal.

Atente-se no caso em que a Autoridade da Concorrência considerou que duas empresas (bem conhecidas do grande público e consabidamente não

concorrentes) celebraram um acordo horizontal entre concorrentes, reproduzindo-se, para que dúvidas não restem, dois segmentos da respetiva decisão adotada “*as referidas empresas participaram na celebração e implementação de um pacto de não-concorrência nos setores da comercialização de energia elétrica e de gás natural e da distribuição retalhista de bens alimentares, em Portugal continental, pelo período de dois anos, que consubstancia, à luz da Lei da Concorrência, um acordo ilícito de repartição de mercados*” e “*a Autoridade conclui que o Pacto de não-concorrência implementado pelas Visadas tem uma natureza intrinsecamente anticoncorrencial, consubstanciando uma restrição por objeto*”.

Isto quando a segunda empresa estava *de jure et de facto* somente ativa no setor do retalho alimentar e a primeira no setor da comercialização de energia elétrica.

Destarte, a busca de mediatização e de visibilidade no espaço público pelas autoridades de concorrência, em particular com alavanca no nome e reputação de empresas conhecidas do grande público, deve ser descontinuada.

Os alçapões atualmente existentes, sem aviso prévio, para as empresas com base no complexo jargão jurídico, incompreensível para o cidadão comum e para as empresas, e com sedimentação também na descoordenação entre os planos europeu e nacional na aplicação, que deve ser uniforme, do Direito Europeu aparenta também tender a dilatar-se.

Por exemplo no acórdão *Expedia Inc*, proc. C-226/11³, o tribunal estatui, em segmento que se passa a reproduzir, que “*O artigo 101.º, n.º 1, TFUE [e o Regulamento 1/2003] ... devem ser interpretados no sentido de que não se opõem a que uma autoridade nacional em matéria de concorrência aplique o artigo 101.º, n.º 1, TFUE a um acordo entre empresas que seja suscetível de afetar o comércio entre Estados-Membros, mas que não atinja os limiares fixados pela Comissão Europeia na sua Comunicação relativa aos acordos de pequena importância que não restringem sensivelmente a concorrência nos termos do n.º 1 do artigo 81.º [CE] (de minimis), desde que esse acordo constitua uma restrição sensível da concorrência no sentido dessa disposição.*”

Dito por outras palavras, o tribunal estabelece materialmente que caso o acordo seja sujeito ao crivo da DG COMP, as empresas em causa beneficiam do *safe harbour*, dado que o acordo não restringe sensivelmente a concorrência para efeitos do artigo 101.º ao abrigo da Comunicação *de minimis*, à qual a DG COMP está auto-vinculada. Não obstante, e o tribunal passa um *cheque em branco* nesta matéria, se esse mesmo acordo for objeto de escrutínio

3 C-226/11 *Expedia*, ECLI:EU:C:2012:795.

por parte de uma autoridade da concorrência nacional, em sede de aplicação precisamente da mesma norma (artigo 101.º), o acordo pode não beneficiar desse mesmo *safe harbour* ao abrigo da Comunicação *de minimis*.

Questiona-se, onde fica a justiça material, o princípio da igualdade, da certeza e segurança jurídicas e da uniformização na aplicação do Direito Europeu originário na União?

O avançado pelo tribunal pode ter potencial aplicação no *Olimpo*, mas não se coaduna com a realidade terrena do mundo real em que a empresa tem a todo o tempo de saber com aquilo que conta, em que termos, e o que pode implementar sem estar sujeita à aplicação de coima de milhões ou de biliões de euros.

A tudo isto acresce que as restrições por *objeto*, com um menor peso na recolha de elementos factuais e de parca valoração das circunstâncias concretas associados à conduta, favorecem uma atuação *rubber-stamping*, acrítica e pouco sofisticada pelas autoridades da concorrência: se as empresas acordaram preços, se repartiram mercados então é porque é ilícito. Mas será sempre assim?

Espero sinceramente que não caminhemos a passos largos para uma *gig economy* do Direito da Concorrência, de cujo caso ilustrativo é a decisão de proibição adotada pelo *Bundeskartellamt* na Alemanha contra o *Facebook* em tema concreto e específico de dados pessoais e de privacidade com pseudo âncora nas normas de Direito da Concorrência.

Em tese, pode ser *chique* e *populista* demonizar e ir atrás das empresas para se ter tempo de antena, notoriedade e visibilidade nos *media*, e tentar alcançar por essa via outros patamares, mas isso não é seguramente Direito, muito menos da Concorrência.

Uma última reflexão. Vejo com preocupação que o anteprojeto de transposição da Diretiva ECN+ para a Lei da Concorrência foi cometido à Autoridade da Concorrência que atuará *ex post* também como órgão de polícia criminal aquando da sua aplicação, em disfunção, para dizer o menos, com o princípio da separação de poderes e do exclusivo do poder legislativo do Governo e do Parlamento, eleitos democraticamente por sufrágio direto e universal.

OLD CLASSICS DIE HARD. A FEW COMMENTS ON VERTICAL RESTRAINTS AS OBJECT INFRINGEMENTS

João Pateira Ferreira*

Not long ago, mentioning object infringements in European Union (EU) competition law would entice few, but hardly surprising reactions: post-modernization and well into the *more effects-based approach to article 101 TFEU*, object infringements would be confined to that very clear and undisputed category of competition restraints that no-one is able to reasonably argue against, such as price-fixing horizontal agreements or bid-rigging cartels.

As the orthodox approach to efficiency arguments in the Commission's 2004 guidelines on article 81(3) EC resonates, "*as a matter of principle all restrictive agreements that fulfil the four conditions of Article 81(3) are covered by the exception rule. However, severe restrictions of competition are unlikely to fulfil the conditions of Article 81(3)*" (§46). Even if the same guidelines recall that this reasoning applies indistinctly to object or effect infringements (§20), they go on to state that "*these [object infringement] are restrictions which in light of the objectives pursued by the Community competition rules have such a high potential of negative effects on competition that it is unnecessary for the purposes of applying Article 81(1) to demonstrate any actual effects on the market*" (§21). The two-pronged approach to article 101 TFEU (Is it prohibited? Can it be justified?) would somewhat look out of fashion in such cases, since in object infringements the prohibition rule in article 101(1) TFEU would hardly be met by the exception of article 101(3) TFEU, and at last, the transatlantic divide between the EU and US approaches would be closed, as the debate in

* PhD Law, lawyer at Linklaters LLP (Lisbon) and researcher at CIDEFF (Lisbon University Law School). I would like to thank Carlos Pinto Correia for the kind invitation to be part part of CAPDC's 10th Anniversary Conference (12-13 April 2019). The present article summarizes my contribution to the Conference's panel on object infringements, which I had the pleasure to share with Mário Marques Mendes (Gomez-Acebo & Pombo, chair), Rita Vasconcelos (Cuatrecasas) and Eduardo Maia Cadete (Morais Leitão). All views expressed on that occasion (and on this article), are strictly personal.

Europe would surely shift towards an efficiency, or to be more precise from a Chicagoan perspective, a *consumer-welfare* approach, with only the most serious offences being treated as *object* infringements, akin to *per se* prohibitions in US antitrust.

A few notes of dissent, however, clouded this otherwise clear horizon. Firstly, a handful of cases brought before the European Court of Justice (Court) from the late-2000's onwards appeared to unravel that prospective consensus surrounding object infringements; then, vertical infringements, long gone from the Commission's case docket, were again brought to the fore, generally to reinstate, on the eve of the expiration of the Block Exemption Regulation (to occur in 2022), decades-old principles of EU competition law on vertical restraints. I would like to focus my comments on these two points.

THE COURT'S APPROACH TO OBJECT INFRINGEMENTS

Starting from *T-Mobile* (delivered in 2009¹), moving on to *Allianz Hungária* (from 2013²), and ending in *Groupe-ment des Cartes Bancaires* (delivered in 2014³), the Court issued an array of decisions the focus of which was the exact scope, and boundaries, of object infringements in EU competition law. To recap, in *T-Mobile* – dealing with a preliminary ruling request – the Court faced a request to assess if an isolated exchange of sensitive information could be qualified as an infringement of competition, and an object restriction at that; in *Allianz Hungária* – again, a preliminary ruling request – the Court had to deal with the qualification of a “*complex bundle of agreements*”⁴, including horizontal and vertical agreements involving insurance companies, car dealers and their association, as an object infringement. Finally, in *Groupe-ment des Cartes Bancaires* – on appeal against a General Court judgement upholding a Commission decision against the *Groupe-ment*, an association of French banks in charge of the management of a card-based payment system – the Court had to assess if a set of fees established by the *Groupe-ment* and applicable to its members according to their card issuing and acquiring activities should be considered an object infringement.

1 Case C-8/08 *T-Mobile*, EU:C:2009:343.

2 Case C-32/11 *Allianz Hungária*, EU:C:2013:160.

3 Case C-67/13P *Groupe-ment des Cartes Bancaires*, EU:C:2014:2204.

4 In the words of Advocate General Cruz Villalón, in his opinion on the case (EU:C:2012:663), §51.

While other judgements from the same period could be mentioned here, I will focus on the topical conclusions that can be drawn from these examples, especially since they could not cover more distinct behaviours nor economic and legal contexts: if the exchange of information in *T-Mobile* could easily be configured as a textbook cartel (since the case dealt with a meeting between competitors where information on future prices was being exchanged and, arguably, agreed upon), the bundle of agreements in *Allianz Hungária* and its complex arrangement raised more doubts from a qualification standpoint, since arguably an effects analysis would have to be carried out to fully understand the impact of these agreements in the market; in *Groupement*, the Court had to deal with the notion of object infringements in two-sided markets (or more generally, in complex markets), where the negative effects of a restriction of competition in one side of the market can generate clearly positive benefits on the other side⁵.

The first conclusion that can be drawn from these judgements is that, unlike US's *per se* approach, or closest to home, Richard Whish's *object box*⁶, there is no closed catalogue of object infringements: any agreement or collusive behaviour can be found to be restrictive by object, as long as it fulfils the criteria according to which certain behaviours can be regarded as being injurious to competition by their very nature, without the need to consider their effects on the market. This, however, should not be regarded as a *carte blanche* to authorities keen on extending the object boundaries beyond their reach. In fact, in *T-Mobile* the Court apparently veered towards a very open-ended definition of object infringement when affirming that “*it is sufficient that it [the behaviour] has the potential to have a negative impact on competition. In other words, ... must simply be capable in an individual case, having regard to the specific legal and economic context, of resulting in the prevention, restriction or distortion of competition within the common market*” (*T-Mobile*, §31). However, this statement should always be read together with §29 of the same judgement, where assessing if “*by their very nature, being injurious to the proper functioning of normal competition*” is the deciding factor when adjudicating

5 Remarkably, on the same day of *Groupement des Cartes Bancaires* (11 September 2014), the Court delivered its *MasterCard* judgement, another case where two-sided markets were discussed, again, in card-based payment systems, although the infringements in question had been qualified by the Commission as infringements by effect. Case C-382/12 P *MasterCard*, EU:C:2014:2201.

6 To be clear, Whish's proposition was not about offering a closed list of object infringements, but to summarize the cases where an object infringement had been found and should be regarded as a learning tool, not a policy proposal.

between “infringements by object” and “infringements by effect”. This was repeated, again, in *Groupement*, where the Court clearly set out that “*the essential legal criterion for ascertaining whether coordination between undertakings involves such a restriction of competition ‘by object’ is the finding that such coordination reveals in itself a sufficient degree of harm to competition*” (*Groupement*, §57), and that “*the concept of restriction of competition ‘by object’ can be applied only to certain types of coordination between undertakings which reveal a sufficient degree of harm to competition*” (*Groupement*, §58).

Such *sufficient degree of harm* escapes the mere finding of a competition restriction isolated from the assessment of the legal and economic context of which it forms part, something the Court has been affirming since *Société Technique Minière*⁷, and, in my opinion, the most sensitive test to be considered when assessing if an infringement should be qualified “by object” or “by effect”. Only when – after assessing that context – we can say that a certain behaviour causes sufficient harm to competition, can we forego an effects analysis.

A second conclusion is that context analysis cannot (at least always) be satisfied with a *quick look*. It can be so, when facing “plain vanilla” infringements such as cartels or clearly restrictive contractual clauses, but complex markets or contractual arrangements may justify a more in-depth analysis of the context of which those behaviours are part of, short of a full-blown effects analysis. This, arguably, was something the Court came very close to in *Allianz Hungária*, especially since, when directing the national court to conduct a context analysis, “*that court should in particular take into consideration the structure of that market, the existence of alternative distribution channels and their respective importance and the market power of the companies concerned*” (*Allianz Hungária*, §48). The Court stopped short of telling the national court to show that competition was harmed (or to what extent such harm should be demonstrated), but only to say that to assess the likelihood of such impact on the proper functioning of the market it may be necessary to dig deeper into the market features surrounding the conduct.

This was repeated by the Court in *Groupement*, where, quoting directly from *Allianz Hungária*, the Court recalled the need to “*to take into consideration the nature of the goods or services affected, as well as the real conditions of the functioning and structure of the market or markets in question*” (*Groupement*, §53). However, this should not be considered an effect analysis, something

⁷ Case 56/65 *Société Technique Minière*, EU:C:1966:38.

the Court had markedly refused, for instance, in its 2009 *GlaxoSmithKline* judgement⁸, by setting aside the need to show potential for consumer harm in an object infringement. What can be inferred from this is that the Court is willing to accept object infringements beyond the scope of price-fixing agreements and “black listed” contractual clauses, but only if the *sufficient degree of harm to competition* is clearly revealed. And that should place a greater burden on authorities choosing to rely on default object qualifications, especially when assessing corporate conduct in complex or dynamic markets. This should be kept in mind as I move on to the next point.

THE REBIRTH OF VERTICAL RESTRAINTS AS AN ENFORCEMENT PRIORITY

While possibly not as glamorous as horizontal restraints, and clearly out of the scope of enforcement priorities in Europe for several years, EU competition law and policy owe much to vertical issues.

From *Consten* onwards⁹, vertical restraints were in the forefront of EU competition law’s unique role in supporting market integration. In the 1990’s, from Barry Hawk’s 1995 *System Failure*, to the Commission’s 1997 *Green Paper on Vertical Restraints in EC Competition Policy*, much of the discussion surrounding the modernization of EU Competition Policy, from a form-based approach to an effects-based approach, focussed on vertical restraints and on the competition assessment of distribution agreements, where an economic analysis of contractual restraints shows a generically more favourable outcome between positive and negative effects. In the US, the Supreme Court’s decision in *Leegin* (2007), overruling *Dr. Miles* (1911), the precedent according to which resale price maintenance (i.e., price fixing between manufacturers and distributors) was *per se* illegal under the Sherman Act, renewed this discussion, with the legal acknowledgment across the Atlantic that resale price maintenance may have pro-competitive benefits and should be assessed on a case by case basis.

In the EU, however, that was not be the case. If the review of EU’s rule-book on vertical restraints from 1999 resulted in a less formalistic approach to distribution agreements, the Commission’s 2004 Guidelines on article 81(3) EC kept resale price maintenance as an object infringement under EU

8 Case C-501/06 P *GlaxoSmithKline Services*, EU:C:2009:610.

9 Case 56-58/64 *Établissements Consten*, EU:C:1966:41.

competition law, and that would remain the “law of the land” with the 2010 Block Exemption Regulation. And, if the enforcement side seemed dormant, at least since the Commission’s last resale price maintenance decision, with *Yamaha* back in 2003¹⁰, a resurgence of resale price maintenance cases from 2017 onwards showed that the Commission was clearly looking into vertical restraints with renewed interest, mostly to uphold and reaffirm those same old principles in relation to vertical price fixing.

Timing is a factor not to be discarded in this revival: the 2015 Commission e-commerce sector inquiry, and its 2017 final report, revealed that pricing limitations were (still) the most common type of vertical restraints, even in online marketplaces, which are facilitated by the specific features of the digital economy, especially since the use of algorithms, and price comparison and market monitoring tools, is leading to increased transparency, potentially facilitating price alignment and (at least) vertical price fixing. Coupled with the potential negative effects of old-school contractual clauses, such as most-favoured customer-type arrangements, and old-style territorial restraints, such as geo-blocking¹¹, when transplanted to this new environment, it is easy to conclude why the Commission found here a perfect ground to assert old principles.

Also, in 2022 the current Block Exemption Regulation will expire, and if some might argue whether specific rules on vertical agreements are still required, the development of an increasingly dynamic digital economy (with interesting challenges elsewhere for Competition Policy, as recurring dominance investigations at EU and national levels involving digital platforms show), reveals that the current set of rules and guidelines is looking increasingly outdated, and clear approaches to online marketplace conduct, new players such as digital marketplace platforms and comparison websites, and to new distribution arrangements, are required. The consultation launched by the Commission between February and May 2019 on the relevance of the block exemption and its guidelines had many of these issues in sight, and I expect the publication of the consultation’s contributions and report will clarify major concerns and, hopefully, show the major trends in the assessment of such issues.

10 Case COMP/37.975 PO/*Yamaha*.

11 Which justified a standalone regulatory approach for geo-blocking measures imposed unilaterally by non-dominant undertakings. See Regulation 2018/302 on addressing unjustified geo-blocking and other forms of discrimination based on customers’ nationality, place of residence or place of establishment (OJ 2018 L60/1).

Looking forward, the opportunity brought by the expiration of the Block Exemption Regulation should allow for a renewed debate on the assessment of vertical restraints, especially concerning long-held certainties (this side of the Atlantic) surrounding the qualification of vertical price-fixing agreements as object infringements in light of the careful balancing act required to uphold competition policy goals and formal prohibitions in highly dynamic markets. In this regard, the Court, in its assessment of object infringements, can be shown to be giving plentiful guidance when addressing the need to consider the “*nature of the goods or services affected, as well as the real conditions of the functioning and structure of the market or markets in question*” (*Groupe-ment*, §53, quoting from *Allianz Hungária*) before a final conclusion on the object of the infringement is reached. I would certainly expect the Commission to strongly argue the case for resale price maintenance as an object infringement in a renewed Block Exemption, in light of developments in Competition legal and economic analysis.

However, it would appear that the stage is being set for a more cautious and formal approach to competition policy in the digital economy. The April 2019 Commission-sanctioned report “*Competition Policy for the Digital Era*”, while prepared by three experts independent from the Commission, favours a more formal approach to enforcement, while (ominously) advocating a greater reliance on presumptions of harm and shifts of the burden of proof from the authorities to the market players. While these proposals are mostly based on the risks of under-enforcement largely resulting from the inability (or incapacity) of competition authorities to keep track of developments in a rapidly-changing environment, it would seem strange – at least from a legal perspective – to err on the side of over-enforcement and give rise to a succession of false positives, at the expense of innovation and market dynamics.

Hopefully, open debate within the “competition community” will help to shed some light on this discussion and find a right balance between legal certainty (for enforcers and market players alike) and innovation; but certainly, it will keep the 50-year old debate “object vs. effect” well alive in the foreseeable future.

IMPACTO DO E-COMMERCE NA POLÍTICA DE CONCORRÊNCIA*

Ana Ferreira Neves

A implementação efetiva do mercado único digital é um objetivo claro da Comissão Europeia, sendo o desenvolvimento do comércio eletrónico uma pedra angular na realização integral deste objetivo. No âmbito da sua estratégia relativamente ao mercado único digital a Comissão Europeia lançou em 2015 um inquérito setorial sobre o comércio eletrónico no qual procurou recolher o máximo de informação sobre as vendas online de bens de consumo e conteúdo digital.

A 10 de maio de 2017 a Comissão Europeia adotou o relatório final sobre o inquérito setorial, o qual confirmou que o crescimento do comércio eletrónico na última década levou a uma maior transparência de preços e a uma maior concorrência pelo preço com impacto direto na estratégia comercial das empresas e no comportamento dos consumidores. As conclusões do relatório final identificaram uma tendência crescente dos grandes fabricantes venderem os seus produtos diretamente aos consumidores através de lojas *online* próprias e de assim concorrerem com os seus distribuidores. Por outro lado, identificou também o uso crescente de sistemas de distribuição seletiva os quais permitem um maior controlo da rede em termos de qualidade e preço. O inquérito detetou ainda a existência de várias restrições relacionadas com limitações à venda em *marketplaces*, com o uso de ferramentas de comparação de preços ou com a exclusão de distribuidores de venda online das redes de distribuição.

Com o objetivo de eliminar barreiras que impeçam os cidadãos e empresas de beneficiar totalmente dos bens e serviços disponíveis *online*, a União Europeia trabalhou em diversas alterações legislativas que passaram pela revisão da diretiva dos serviços de pagamento (DSP2), pela publicação do

* Este texto corresponde, no essencial, à apresentação oral que efetuei na Conferência dos 10 anos do Círculo dos Advogados Portugueses de Direito da Concorrência, realizada no dia 12 de abril de 2019.

Regulamento (UE) 2018/302 do Parlamento Europeu e do Conselho de 28 de fevereiro de 2018 que visa prevenir o bloqueio geográfico injustificado (doravante “Regulamento *Geo-blocking*”) e pela revisão das normas de proteção de direitos dos consumidores. Neste último ponto foram recentemente publicadas as Diretivas (UE) do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio, n.º 2019/770 sobre contratos de fornecimento de conteúdos e serviços digitais e n.º 2019/771 relativa aos contratos de compra e venda de bens, as quais pretenderam harmonizar certos aspetos relativos aos contratos de fornecimento de conteúdos ou serviços digitais procurando adotar como base um nível elevado de proteção do consumidor.

O comércio eletrónico abarca uma grande diversidade de bens e serviços que vão desde os bens de consumo, aos serviços para utilização fora de rede (como bilhetes de avião ou de comboio) ou a venda de conteúdos digitais. A variedade de bens comercializados teve como consequência a criação de diversos modelos de negócio. Muitos produtores optaram pela integração vertical através da criação de lojas *online* próprias e outros mantiveram a intermediação na venda dos seus produtos utilizando quer distribuidores mistos (distribuidores no canal tradicional e distribuidores no canal *online*), quer apenas distribuidores no canal *online* (“*e-tailers*”). Um dos canais de distribuição característico da venda *online* é a venda através de plataformas de terceiros comumente designadas de *marketplaces*, as quais são plataformas *multisided* que ligam vendedores e compradores. Os *marketplaces* podem ser meras plataformas de intermediação como ocorre com o *e-bay*, ou modelos híbridos em que a plataforma oferece bens próprios e serviços de intermediação (ex. Amazon). O fenómeno das plataformas *multisided* não se cinge apenas aos *marketplaces* abrangendo também outras atividades como as redes sociais ou os motores de busca, sendo denominador comum a todas estas plataformas a interdependência entre os diferentes lados da plataforma. Uma definição ampla de comércio eletrónico inclui assim todas estas realidades as quais colocam questões muito específicas sobretudo se considerarmos que a grande maioria destes serviços são prestados a “aparente” custo zero para os consumidores. O financiamento assenta assim apenas em um dos lados da plataforma através do preço cobrado aos distribuidores e anunciantes. Esta estrutura de pagamentos cria uma interdependência entre os diversos grupos que utilizam a plataforma e pode colocar questões de definição de mercado relevante e de determinação de critérios para corretamente aferir o poder de mercado das empresas.

O crescimento expressivo do comércio eletrónico e dos diversos modelos de negócio implementados trouxe para a ordem do dia o tema das restrições

verticais, o qual não foi até ao presente uma área prioritária de atuação por parte das autoridades da concorrência que sempre concentraram os seus esforços nas infrações de natureza horizontal.

Em diversas jurisdições foram abertos processos relacionados com a manutenção de preços de venda (grande parte no Reino Unido), preços diferenciados (consoante os produtos são vendidos no canal *online* ou *offline*), ou mesmo a proibição de venda online ou a proibição de venda em *marketplaces*. Outro tema que originou uma intervenção por parte das autoridades de concorrência, nem sempre em sentido coincidente, foram as “cláusulas de nação mais favorecida” existentes em diversos contratos celebrados entre as plataformas e os fornecedores que oferecem bens ou serviços através dessas plataformas.

O impacto do comércio eletrónico na política de concorrência tem sido analisado em detalhe não apenas pela Comissão Europeia mas também pela OCDE [ver o relatório “*Implications of E-Commerce for Competition Policy – Background Note 6*” de 6 de junho de 2018 (doravante “Relatório OCDE”)] e por painéis de especialistas como ocorreu recentemente no Reino Unido com o relatório “*Unlocking Digital Competition*” de março de 2019 emitido a pedido do governo.

Os relatórios mencionados oferecem uma análise consistente dos desafios colocados pela transformação digital e em especial pelo comércio eletrónico. Como ponto de partida salientam a clara vantagem para os consumidores e empresas do crescimento do comércio eletrónico, o qual permite aos consumidores aceder a novas categorias de bens e serviços, muitas vezes a um preço mais baixo, e às empresas uma redução dos custos de entrada no mercado e o acesso facilitado a novos canais de distribuição. Sem prejuízo, identificam também potenciais restrições à concorrência e possíveis alternativas para melhor solucionar os problemas e barreiras à entrada identificados no setor.

Neste último ponto o Relatório da OCDE acima referido sublinha que muitas das soluções para as questões de mercado identificadas poderão exceder o âmbito de atuação da concorrência e que poderá ser necessário olhar para fora do direito da concorrência para encontrar soluções. O relatório aborda três alternativas possíveis que passam: (i) pela publicação de legislação específica para alguns dos problemas detetados. Tal abordagem foi adotada em matérias como o Regulamento *Geo-bloking* e também a nível nacional em França com a intervenção do legislador francês na proibição de uso de cláusulas de “nação mais favorecida” no setor Francês dos hotéis. Esta opção tem também as suas desvantagens uma vez que como referido no relatório a regulação pode sacrificar a flexibilidade conferida pelas normas de concorrência;

(ii) pelo fortalecimento da proteção do consumidor nos canais de *e-commerce*, designadamente em matéria de proteção de dados pessoais. A verdade é que a falta de harmonização nas normas de direito de consumo nos países da OCDE foi identificada como uma barreira chave à venda transfronteiriça *online*; e, por último, (iii) pela regulamentação específica das plataformas *multisided* consideradas “essenciais” no acesso à economia digital (ex: requisitos de conduta de mercado relativos a preços ou acesso ao investimento).

No caso do Relatório “*Unlocking Digital Competition*” este apresenta recomendações concretas para desbloquear os entraves identificados ao crescimento da economia digital. Assim, o relatório considera que os mercados digitais apenas podem funcionar efetivamente se suportados por políticas pró-concorrenciais fortes, não sendo suficiente o mero procedimento de controlo de concentrações (com carácter prévio) e os processos instaurados *a posteriori* por infração às normas de concorrência. Nestes termos, defendem a criação de uma Unidade Digital com as seguintes funções: (i) desenvolvimento com os operadores de mercado de um código de conduta (tal seria aplicável apenas às empresas com dimensão relevante no mercado e que detivessem um carácter estratégico); (ii) implementação de uma política de mobilidade dos dados pessoais (e não apenas portabilidade) e de uso de sistemas de *standards* abertos (exemplo desses sistemas é o caso do e-mail que usa protocolos que permitem que as mensagens sejam transmitidas na internet); e (iii) utilização da abertura de dados como uma ferramenta para promover a concorrência, permitindo acesso a dados anonimizados e reduzindo assim esta barreira à entrada num mercado em que o acesso aos dados tem um papel crucial.

Como refere o poeta Antonio Machado “*Caminante no hay camino, se hace camino al andar.*”, o que é especialmente adequado ao desenvolvimento da economia digital e do *e-commerce* em particular. O crescimento do *e-commerce* e a solução dos problemas identificados dependerá essencialmente de políticas mistas, as quais passam por regulação do que for estritamente necessário (por exemplo no âmbito da harmonização da proteção dos direitos dos consumidores), acompanhamento atento destes mercados por parte das autoridades de concorrência e implementação de políticas pró-concorrenciais, as quais poderão incidir, na senda das recomendações constantes do Relatório “*Unlocking Digital Competition*”, no incentivo à utilização de sistemas de *standards* abertos que permitam a interoperabilidade entre sistemas, na mobilidade de dados pessoais entre empresas a pedido do consumidor e no acesso a dados anonimizados que permitam às empresas mais facilmente concorrer no mercado.

BREVE APONTAMENTO SOBRE OS DESAFIOS DAS PLATAFORMAS DIGITAIS EM PROCESSOS DE ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE*

*Luís do Nascimento Ferreira***

Muito se tem debatido, em tempos recentes, a melhor forma de o direito da concorrência, e particularmente a figura do abuso de posição dominante para o que aqui releva, abordar as falhas da economia digital. A propensão natural e quase intuitiva é a de considerar que as regras *antitrust* têm forçosamente que ser aplicadas aos problemas e comportamentos da era digital, quanto mais não seja porque, fruto da elasticidade e da lógica casuística em que assenta a implementação e desenvolvimento dessas regras, elas encontrarão o seu lugar, seja como reação de primeira linha às fragilidades identificadas, seja como último reduto para fazer face às limitações das outras áreas do ordenamento.

Em geral, não contestamos que as atuais ferramentas de concorrência de que as autoridades se socorrem em processos, as quais foram criadas numa época analógica, podem e devem ser usadas em ambiente digital. Porém, esta abordagem comporta alguns riscos e desafios que importa avaliar. Cremos que a melhor forma de o fazer será seguirmos sequencialmente as etapas que uma investigação de abuso de posição dominante comporta.

O primeiro passo dessas investigações é identificar e caracterizar os mercados relevantes. E, logo aqui, saltam à vista as especificidades dos modelos de negócio das plataformas digitais, uma vez que, na larga maioria das situações, os serviços que elas disponibilizam aos utilizadores não implicam custo, ou, pelo menos, não implicam um custo que seja monetizado, assentando antes na utilização de dados pessoais como “moeda de troca”.

* O presente texto tem por base uma intervenção feita na conferência comemorativa dos 10 anos de atividade do Círculo dos Advogados Portugueses de Direito da Concorrência. As opiniões expressas refletem somente a visão pessoal do autor.

** Sócio, Morais Leitão.

Ora, a verdade é que isto complexifica a tarefa de delimitar os mercados. Basta pensar que o teste SSNIP (*small but significant non-transitory increase in price*), que é largamente usado para circunscrever as fronteiras de um mercado, assenta exclusivamente numa análise de sensibilidade às oscilações de preço em função das opções dos consumidores e, nessa medida, não tem como ser aplicável *qua tale* às atividades que não envolvem um sinalagma monetário.

O mesmo se diga quanto à fase seguinte de uma investigação de abuso, que passa por examinar o poder de mercado do *player* visado. Esta avaliação faz-se tipicamente por via de estimativas de quotas de mercado, que são medidas a partir das percentagens de venda de bens ou serviços. Dado que normalmente as plataformas digitais não recebem dinheiro dos consumidores em troca dos serviços que disponibilizam, não há forma de apurar a sua posição relativa com base na respetiva faturação ou na quantidade de vendas realizadas.

Servem estas duas realidades para ilustrar que a estrutura concorrencial destes novos mercados terá de ser analisada através de outras perspetivas, que não sejam exclusivamente baseadas em parâmetros de preço. Embora não exista ainda uma metodologia única e suficientemente testada para o fazer, cremos que essas análises alternativas terão de contemplar aspetos como a qualidade do serviço, a inovação e – muito importante – os efeitos de rede. Isto, porque a atratividade das plataformas digitais, tanto para os utilizadores como para a indústria da publicidade, é tanto maior quanto maior for o número de aderentes. No fundo, poderá entender-se que a atividade base e de custo-zero destas indústrias pode, ainda assim, constituir um mercado, se considerarmos que os grandes *players* digitais competem, não apenas pela obtenção de publicidade, mas também pelo tempo e pela atenção dos utilizadores: uma espécie de “mercado da atenção”.

Isto dito, as dificuldades que a era digital convoca, ao nível da definição e caracterização dos mercados relevantes e do apuramento do poder de mercado dos seus agentes, tornam-se ainda mais visíveis quando se passa para a última e crucial etapa de um processo de abuso de posição dominante, que consiste justamente em averiguar se o comportamento da empresa em causa foi abusivo, designadamente, em Portugal, à luz do artigo 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia e do artigo 11.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio.

Assim é, desde logo, porque a ausência de um “preço” associado ao serviço que é disponibilizado pelas plataformas digitais condiciona a valência de algumas das teorias de dano que são usadas para se escrutinar as condutas das empresas dominantes em moldes tradicionais. Pensamos, por exemplo, nos

preços predatórios, nos descontos de fidelização, nos preços excessivos, nas restrições de produção ou na discriminação baseada em fatores quantitativos. Assim sendo, também neste particular terá de haver muita ponderação e rigor ao selecionar as metodologias de análise que melhor permitam captar os reais impactos de concorrência resultantes da atuação das *big techs*.

Chegados a este ponto, gostaríamos de fazer uma ressalva. Tem havido um intenso e alargado debate em torno das “mal feitas” da economia digital e da necessidade de uma maior intervenção das autoridades de concorrência. Não temos a pretensão de considerar que está tudo bem e que nada há a fazer neste domínio. Entendemos, aliás, que esta é uma boa oportunidade para se testar e, se necessário, afinar a adequação de algumas das ferramentas de concorrência mais convencionais aos modelos de negócio digitais. Em particular, cremos que as características destes novos mercados darão azo a um maior surgimento de casos centrados em teorias de danos conglomerados, à medida que as plataformas digitais cruzam e alargam o seu âmbito de atuação a diferentes mercados e criam aquilo que normalmente se designam por “ecossistemas digitais”. Isto pode acontecer, não só por via das chamadas *killer acquisitions*, mas também de estratégias de *bundling* e alavancagem que importa naturalmente monitorizar à luz das regras sobre abusos de posição dominante. Também nos parece, num registo mais prático, que, nas investigações de abuso que envolvam estas indústrias, deve ser conferida uma atenção particular aos documentos de estratégia das empresas (designadamente, sobre a forma como percecionam o enquadramento e a evolução dos mercados em que atuam).

Em qualquer caso, confessamos uma certa crítica e desconfiança face a algumas das sugestões que têm sido avançadas como forma de reação ao poder de mercado dos grandes operadores digitais. Logo à partida, porque, antes de se partir para a discussão de possíveis mudanças, há que perceber se existe um problema; e, se existir, identificar concretamente onde é que ele reside. E, pelo menos nesta fase, não estamos inteiramente convencidos de que esse diagnóstico esteja feito e bem feito.

Fazemos notar que boa parte das sugestões que têm vindo a ser apontadas partem da premissa de que as *big techs* são os incumbentes do respetivo setor e concentram demasiado poder de mercado. Ainda recentemente foi publicado o relatório solicitado pela Comissão Europeia, sobre a política de concorrência na era digital, que dá grande foco à *incumbency advantage*¹.

1 Jacques Crémer, Yves-Alexandre de Montjoye e Heike Schweitzer, *Competition Policy for the Digital Era*, 2019, disponível em <http://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>.

Sucede, porém, que, quando pensamos no incumbente de um determinado mercado e nas vantagens competitivas que daí derivam, estamos normalmente a reportar-nos a uma empresa cuja posição de mercado beneficiou no passado de algum tipo de proteção jurídica ou económica (como direitos exclusivos ou especiais). No caso das *big techs*, pelo contrário, estamos a falar de empresas que criaram os seus negócios de raiz – muitas vezes “inventaram” novos mercados – e que construíram do zero os seus acervos de dados. Não nos parece, portanto, que a ideia de poder de mercado do incumbente, que tipicamente abre esta discussão, seja a mais certa. Por outro lado, se há coisa que este novo mundo digital nos tem ensinado é que há sempre espaço para mais uma invenção, mais uma ideia ou, para usar um jargão da gíria, mais uma *app*. E não consta que os atuais grandes potentados da era digital tenham destronado os seus predecessores à custa de se apoderarem dos seus dados.

Daí que discordemos de algumas das ideias mais disruptivas que têm circulado, como o *unbundling* das grandes empresas tecnológicas ou algum tipo de relaxamento dos direitos de defesa dessas empresas (designadamente em matéria de inversão do ónus da prova no contexto de investigações das autoridades de concorrência).

Por outro lado, sem termos ideias fechadas sobre o tema, confessamos grandes reservas sobre as vantagens de, na fase atual, se começar a impor às empresas dominantes uma obrigação de disponibilização dos seus dados a concorrentes atuais ou potenciais.

Primo, porque temos dificuldade em aceitar que os dados recolhidos pelas plataformas digitais sejam perçecionados como uma espécie de *essential facility* equiparável aos ativos de uma *utility* convencional: (i) não se trata de um serviço público essencial; (ii) os dados não constituem um monopólio natural; e (iii) enquanto uma infraestrutura física serve um propósito específico, que é claro para todos, os dados podem ter usos e objetivos muito distintos (muitas vezes nem será fácil determinar se a essencialidade do *input* está nos dados em bruto ou no tratamento que lhes é dado pela empresa que os detém).

Secundo, parece-nos que a hipótese de abertura obrigatória das bases de dados pode facilmente dar origem a vários inconvenientes, porventura até superiores aos que se pretendem resolver:

- (i) Existe um risco de colusão entre concorrentes. Se as maiores empresas forem forçadas a disponibilizar os seus dados através de esquemas de portabilidade ou interoperabilidade, isso pode levar a uma atenuação

- da concorrência, à customização da oferta e, em última instância, ao alinhamento de comportamentos;
- (ii) Há o risco de se prejudicar a inovação, se os incentivos de entrada e expansão no mercado não forem adequadamente protegidos;
 - (iii) Pelo menos quando estejam em causa dados pessoais, esse tipo de solução pode colidir com uma política de privacidade equilibrada;
 - (iv) Uma vez que os líderes de mercado e as empresas maiores tenderão a influenciar os *standards* de acesso e disponibilização de dados, a medida pode acabar por funcionar como uma barreira à entrada, que é precisamente o que se quer prevenir;
 - (v) Julgamos igualmente que as autoridades de concorrência não são as entidades mais bem posicionadas para impor e monitorizar uma obrigação de acesso a dados.

A par de tudo isto, julgamos que não existe ainda tempo de reflexão suficiente sobre esta indústria para se estarem já a equacionar soluções estruturais desta natureza.

As reservas que acabamos de manifestar adensam-se mais quando, como tem ocorrido, se apela a uma maior intervenção do direito da concorrência para lidar com os potenciais perigos da economia digital sob a veste dos abusos exploratórios de posição dominante, *i.e.* já não na modalidade de abuso de exclusão de concorrentes atuais ou potenciais, mas antes enquanto exploração abusiva dos utilizadores das plataformas digitais. Na verdade, esta parece-nos ser a área em que mais facilmente se pode – permita-se a liberdade estilística – “cair na tentação” de instrumentalizar as regras de abuso para fazer face a problemas que, com grande probabilidade, devem ser tratados no terreno da proteção de dados ou do direito do consumo.

Um dos melhores exemplos desta “tentação” é a recente decisão do Bundeskartellamt, que condenou o Facebook por abuso de posição dominante em resultado da sua política de recolha e tratamento de dados². A utilização das regras de proteção de dados como *benchmark* exclusivo para a aferição de uma violação das regras de concorrência afigura-se-nos delicada sob vários prismas. Muito sinteticamente, não nos parece que toda e qualquer violação

2 A decisão integral (em língua alemã) está disponível em https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/DE/Entscheidungen/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.pdf?__blob=publicationFile&v=8, podendo ser consultada alguma informação sobre o processo (em língua inglesa) através do seguinte endereço: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2019/07_02_2019_Facebook.html.

de uma lei por parte de uma empresa dominante, neste caso assente numa alegada restrição da livre e informada escolha dos consumidores – ou, para usar a expressão do Bundeskartellamt, numa “perda de controlo sobre o uso dos seus dados” – possa substanciar automaticamente a constatação de um abuso, o qual requiere a demonstração *(i)* de uma afetação da concorrência no mercado em causa, *(ii)* de que a conduta proibida ocorre como manifestação causal do poder de mercado da empresa e *(iii)* de que a conduta foi significativamente mais lesiva do que teria ocorrido num cenário contrafactual em que o mercado fosse competitivo.

Em síntese, estes são tempos desafiantes para os estudiosos e práticos da concorrência. Os estímulos trazidos pelo mundo digital não nos devem, contudo, iludir quanto à natureza dos problemas que temos pela frente e que, em nossa opinião, não poderão ser todos melhor dirimidos apenas por via de uma maior intervenção do direito da concorrência. Nem nos parece que isso seja necessariamente benéfico para os consumidores. Terá, pois, a nosso ver, de se seguir uma abordagem prudente, pois esta é uma área em que a probabilidade de erros de análise – que conduzam a “falsos negativos” ou “falsos positivos” – é ainda significativa na fase atual. Em paralelo, vemos vantagem num maior apelo à regulação e à auto-regulação para lidar com as falhas da indústria digital.

C&R

JURISPRUDÊNCIA

Jurisprudência geral

JURISPRUDÊNCIA GERAL

JURISPRUDÊNCIA NACIONAL DE CONCORRÊNCIA – ABRIL DE 2019 A JUNHO DE 2019

elaborado por Margarida Caldeira

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa (3.^a secção), de 3.04.2019, proferido no Processo n.º 71/18.3YUSTR-F.L1.

Sumário: Julga não provido o recurso interposto pela visada/recorrente, confirmando-se integralmente a decisão interlocutória da AdC recorrida.

Normas relevantes: arts. 9.º, 13.º, n.º 1, 15.º, n.º 1 e 2, 17.º, n.º 2, 18.º, n.º 1, al. a), 31.º, n.º 5, 32.º, n.ºs 1, 2 e 4, 33.º, n.ºs 3 e 4, 68.º, n.º 1, al. b) e 69.º, n.º 3 da LdC; arts. 17.º, n.º 1, al. a), 18.º e 43.º, n.º 3 da Lei n.º 18/2003, de 11 de junho; arts. 1.º, 2.º, 16.º, 18.º, n.º 2, 20.º, n.º 4, 25.º, 26.º, 30.º, n.º 3, 32.º, n.ºs 1, 4, 8 e 10, 38.º, n.º 2 e 268.º, n.º 3 da CRP; arts. 101.º, n.º 1, al. a), e 102.º do TFUE; art. 6.º da CEDH; art. 164.º do CPC; arts. 59.º, n.º 2, 61.º, n.ºs 1, al. d), 3, al. d), 86.º, 87.º, 119.º, n.º 1, 123.º, n.º 2, 125.º, 126.º, n.ºs 1, 2, als. a) e c) e 3, 133.º, n.º 2, 172.º, n.º 1, 261.º, 342.º, n.º 2, 374.º, n.º 2, 379.º, n.ºs 1, al. c), 2 e 410.º, n.º 2, als. a), b) e c) do CPP; art. 41.º, 54.º e 75.º, n.º 1 do RGCO; arts. 5.º e 12.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem; art. 7.º do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos; arts 9.º, n.º 1, 28.º, n.ºs 1 e 2, 29.º e 30.º do Decreto-Lei n.º 413/98, de 31 de dezembro; arts, 31.º, n.º 2 e 59.º, n.º 4 da Lei Geral Tributária; arts. 116.º e 120.º do RGICSF; art. 361.º do CVM; art. 18.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, de 16 de Dezembro de 2002.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa (3.^a secção), de 10.04.2019, proferido no Processo n.º 249/18.0YUSTR-D.L1.

Sumário: Julgam não provido o recurso, mantendo a decisão recorrida.

Normas relevantes: arts. 30.º, 33.º, n.º 4, 84.º, n.º 1 e 85.º, n.º 1 da LdC; arts. 18.º, 26.º, 32.º, n.ºs 3 e 10 e 35.º da CRP; art. 335.º, n.º 1 do CC; art. 410.º, n.º 2 do CPP; arts. 41.º, 55.º, n.º 1 e 75.º, n.º 1 do RGCO; arts. 5.º e

6.º, n.º 1, al. *a*) do Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados).

Sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, de 24.04.2019, proferida no Processo n.º 228/18.7YUSTR-D.

Sumário: Julga o recurso procedente nos seguintes termos: *(i)* Revoga uma decisão interlocutória da AdC, declarando a irregularidade do um pedido de elementos e; *(ii)* Em consequência, ordena o desentranhamento e devolução dos elementos prestados pela Recorrente.

Normas relevantes: arts. 9.º, 13.º, 15.º, n.º 1, al. *a*), 17.º, n.º 2, 18.º, n.º 1, al. *a*), 68.º, n.º 1, al. *b*) e 69.º, n.º 3 da LdC; art. 101.º do TFUE; art. 620.º, n.º 1 do CPC; arts. 4.º, 98.º, 118.º, n.º 2 e 123.º do CPP; arts. 2.º e 41.º do RGCO.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa (3.ª secção), de 24.04.2019, proferido no Processo n.º 71/18.3YUSTR-G.L1.

Sumário: Nega provimento ao recurso interposto mantendo na íntegra a decisão recorrida.

Normas relevantes: arts. 5.º, n.º 1, 7.º, n.ºs 1 e 2, 17.º, n.º 2 e 18.º da LdC; arts. 403.º, 410.º, n.º 2, 412.º 416.º, n.º 1, 417.º, n.º 9, 418.º e 419.º, n.ºs 1, 2, 3, al. *c*) do CPP; arts. 41.º, n.º 1 e 74.º, n.º 4 do RGCO.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça (2.ª Secção), de 30.05.2019, proferido no Processo n.º 4/17.4YQSTR.S1.L1.S1 – Extraída dos autos de Revista (Concorrência), n.º 4/17.4YQSTR.S1.L1.S1 do Supremo Tribunal de Justiça - Secção da Concorrência.

Sumário: Admite o recurso para o Supremo Tribunal de Justiça interposto pela AdC.

Normas relevantes: arts. 7.º, 8.º e 93.º da LdC; art. 150.º do CPTA.

Sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, de 06.06.2019, proferida no Processo n.º 71/18.3YUSTR-D.

Sumário: Julga totalmente improcedentes os recursos de impugnação de medidas administrativas, interpostos pelas visadas/recorrentes no âmbito de um processo contraordenacional.

Normas relevantes: arts. 13.º, 18.º, n.ºs 1, als. *c*) e *d*), 2 e 3, al. *c*), 19.º, 20.º, n.ºs 1, 3 e 5, 21.º, 30.º, n.º 1, 68.º, n.º 1, al. *j*), 73.º, n.ºs 1 e 2, 83.º, 84.º, 85.º, n.ºs 1, 2 e 3, 87.º, n.º 2 e 88.º da LdC; arts. 18.º, 26.º, 29.º, n.ºs 1, 3 e 4, 32.º, n.ºs 4,

8 e 10, 34.º, 61.º, 62.º, 202.º, 219.º e 268.º, n.º 4 da CRP; art. 6.º da CEDH; art. 608.º, n.º 2 do CPC; arts. 4.º, 57.º, 58.º, 59.º, 118.º-123.º, 119.º, 120.º, 126.º, n.º 3, 174.º-186.º, 179.º, 262.º, 267.º-269.º, 399.º, 400.º, 407.º, n.º 1 e 408.º, n.º 3 do CPP; arts. 41.º, n.º 1, 42.º, n.º 1, 50.º e 55.º do RGCO; art. 112.º, n.ºs 1, al. *a*) e 2, al. *b*) da Lei n.º 62/2013; art. 17.º da Lei do Cibercrime (Lei n.º 109/2009, de 15 de Setembro), art. 32.º da Diretiva (UE) 2019/1 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro de 2018.

Sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, de 07.06.2019, proferida no Processo n.º 228/18.7YUSTR-G.

Sumário: Julga o recurso totalmente improcedente, mantendo-se a decisão interlocutória recorrida.

Normas relevantes: arts. 13.º, 30.º, n.ºs 1, 2 e 4, 31.º, n.º 3, 33.º, n.º 4, e 83.º da LdC; art. 5.º, n.º 3 do CPC; arts. 4.º, 119.º, 120.º, n.º 1, 123.º, n.º 1 e 400.º, n.º 1, al. *b*), do CPP; arts. 41.º, n.º 1, 62.º, n.º 1, 64.º, n.º 3 e 72.º do RGCO; arts. 3.º, n.º 1, 66.º, n.º 1 e 71.º, n.º 2 do CPTA; art. 2.º, n.ºs 1 e 4, al. *c*) do CPA; art. 313.º do Código da Propriedade Industrial.

Sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, de 07.06.2019, proferida no Processo n.º 228/18.7YUSTR-E.

Sumário: Julga o recurso totalmente improcedente, mantendo-se a decisão interlocutória recorrida.

Normas relevantes: arts. 5.º, n.º 1, 13.º, 30.º, n.ºs 1, 2 e 4, 31.º, n.ºs 3 e 4, 33.º, n.º 4, e 83.º da LdC; art. 35.º da CRP; art. 5.º, n.º 3 do CPC; arts. 4.º, 120.º, n.º 1, 123.º, n.º 1 e 400.º, n.º 1, al. *b*), do CPP; arts. 41.º, n.º 1, 62.º, n.º 1, 64.º, n.º 3 e 72.º do RGCO; arts. 3.º, n.º 1, 66.º, n.º 1 e 71.º, n.º 2 do CPTA; art. 2.º, n.ºs 1 e 4, al. *c*) do CPA; art. 313.º do Código da Propriedade Industrial; arts. 4.º, n.ºs 1 e 2, 5.º e 6.º, n.º 1, al. *e*) do Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados).

Sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, de 12.06.2019, proferida no Processo n.º 228/18.7YUSTR-F.

Sumário: Julga o recurso totalmente improcedente, mantendo-se a decisão interlocutória recorrida.

Normas relevantes: arts. 13.º, 30.º, n.ºs 2-5, 33.º, n.º 4 e 89.º da LdC; art. 7.º do CPC; arts. 97.º, n.ºs 1, al. *b*) e 5, 118.º, n.º 2 e 121.º, n.º 1, al. *c*) do CPP; arts. 41.º, n.º 1 e 50.º do RGCO.

Sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, de 12.06.2019, proferida no Processo n.º 228/18.7YUSTR-H.

Sumário: Julga o recurso totalmente improcedente, mantendo-se a decisão interlocutória recorrida.

Normas relevantes: arts. 9.º, n.º 1, 13.º, n.º 1, 30.º, n.ºs 1, 4 e 5, 32.º, n.ºs 2, 3 e 4, 83.º e 84.º, n.ºs 1 e 2 da LdC; arts. 2.º, 20.º e 268, n.º 3 da CRP; art. 101.º do TFUE; art. 620.º, n.º 1 do CPC; arts. 86.º, n.ºs 2 e 4, 97.º, n.ºs 1, al. b) e 5, 118.º, n.º 2, 121.º, n.º 1, al. c), 123.º, 379.º, n.º 2 e 400.º, n.º 1, al. b) do CPP; arts. 41.º, n.º 1, 50.º e 64.º, n.º 3 do RGCO; arts. 3.º e 71.º, n.º 2 do CPTA; arts. 152.º, n.º 1, al. a), 153.º, n.º 2 e 163.º, n.º 1 do CPA.

Sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, de 19.06.2019, proferida no Processo n.º 228/18.7YUSTR-I.

Sumário: Julga o recurso totalmente improcedente, mantendo-se a decisão interlocutória recorrida.

Normas relevantes: arts. 13.º, 30.º, n.ºs 1, 2, 4 e 5, 31.º, n.º 3, 32.º, n.º 1, 33.º, n.º 4, e 83.º da LdC; art. 5.º, n.º 3 do CPC; arts. 4.º, 118.º, n.º 2, 119.º, 120.º, n.º 1, 123.º, n.º 1 e 400.º, n.º 1, al. b), do CPP; arts. 41.º, n.º 1, 62.º, n.º 1, 64.º, n.º 3 e 72.º do RGCO; arts. 3.º, n.º 1, 66.º, n.º 1 e 71.º, n.º 2 do CPTA; art. 2.º, n.ºs 1 e 4, al. c) do CPA; art. 313.º do Código da Propriedade Industrial.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa (3.ª secção), de 26.06.2019, proferido no Processo n.º 228/18.7YUSTR-J-L.1.

Sumário: Acorda (i) pelo indeferimento da reclamação apresentada e (ii) pela consequente confirmação da decisão sumária.

Normas relevantes: arts. 83.º e 89.º, n.º 2, al. a) da LdC; art. 652.º, n.º 3 do CPC; arts. 97.º, n.ºs 1, als. a) e b) e 2, 400.º, n.º 1, al. a), 405.º, n.º 1, 414.º, n.ºs 1, 2 e 3, 417.º, n.º 6, al. b), 419.º, n.ºs 1 e 2, 420.º, n.º 3 e 446.º do CPP.

JURISPRUDÊNCIA DE CONCORRÊNCIA DA UNIÃO EUROPEIA – DE ABRIL A JUNHO DE 2019

Elaborado por Fernando Pereira Ricardo

Abusos de posição dominante

Acórdão do Tribunal de Justiça de 3 de abril de 2019, proferido no âmbito do Processo C-617/17; ECLI:EU:C:2019:283

Partes: Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie S.A./ Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

Descritores: Reenvio prejudicial – Concorrência – Artigo 82.º TCE – Abuso de posição dominante – Regulamento (CE) n.º 1/2003 – Artigo 3.º, n.º 1 – Aplicação da legislação nacional em matéria de concorrência – Decisão da autoridade nacional responsável em matéria de concorrência que aplica uma coima com fundamento no direito nacional e uma coima com fundamento no direito da União – Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia – Artigo 50.º – Princípio *ne bis in idem* – Aplicabilidade

Acordos, decisões de associações de empresas e práticas concertadas

Acórdão do Tribunal Geral de 23 de maio de 2019, proferido no âmbito do Processo T-222/17; ECLI:EU:T:2019:356

Partes: Recylex SA, e o./Comissão

Descritores: Concorrência – Acordos, decisões e práticas concertadas – Mercado da reciclagem de baterias para automóveis de chumbo-ácido – Decisão que declara uma infração ao artigo 101.º do TFUE – Coordenação dos preços de compra – Coimas – Ponto 26 da comunicação sobre a cooperação de 2006 – Ponto 37 das orientações para o cálculo do montante das coimas – Competência de plena jurisdição

Acórdão do Tribunal Geral de 8 de maio de 2019, proferido no âmbito do Processo T-185/18; ECLI:EU:T:2019:298

Partes: Lucchini SpA in AS/Comissão

Descritores: Concorrência – Acordos, decisões e práticas concertadas – Mercado dos varões para betão em barras ou rolos – Decisão que constata uma infração ao artigo 65.º Tratado CECA, após a expiração do Tratado CECA, com base no Regulamento (CE) n.º 1/2003 – Anulação parcial da decisão da Comissão – Rejeição de uma queixa visando obter o reembolso de uma coima paga em execução de decisão parcialmente anulada – Rejeição de uma queixa visando a admissão na participação no procedimento administrativo reaberto na sequência da anulação parcial da decisão – Direitos de defesa – Ato inexistente – Responsabilidade extra contratual – Prescrição

Auxílios de Estado

Acórdão do Tribunal Geral de 27 de junho de 2019, proferido no âmbito do Processo T-20/17; ECLI:EU:T:2019:448

Partes: Hungria /Comissão

Descritores: Auxílios de Estado – Imposto húngaro sobre o volume de negócios relativo à publicidade – Progressividade das taxas dos impostos – Dedução da matéria coletável de 50% das perdas transferidas para empresas que não registraram lucros em 2013 – Decisão que qualifica as medidas como auxílios incompatíveis com o mercado interno e ordena a sua recuperação – Noção de auxílio de Estado – Condição relativa à seletividade

Acórdão do Tribunal Geral de 20 de junho de 2019, proferido no âmbito do Processo T-578/17; ECLI:EU:T:2019:437

Partes: a&o hostel and hotel Berlin GmbH/Comissão

Descritores: Auxílios de Estado – Albergue da juventude em Berlim – Utilização de um imóvel público sem pagamento de arrendamento – Decisão que declara a eventual ajuda como compatível com o mercado interno – Artigo 107, n.º 3, alínea c), do TFUE – Dificuldades sérias

Acórdão do Tribunal Geral de 19 de junho de 2019, proferido no âmbito do Processo T-373/15; ECLI:EU:T:2019:432

Partes: Ja zum Nürburgring eV/Comissão

Descritores: Auxílios de Estado – Auxílios individuais a favor do complexo do Nürburgring para a construção de um parque de diversões, de hotéis e de restaurantes bem como para a organização de corridas de automóveis – Decisão que declara os auxílios incompatíveis com o mercado interno – Decisão que declara que o reembolso dos auxílios declarados incompatíveis não afeta o novo proprietário do complexo do Nürburgring – Recurso de anulação – Não afetação substancial da posição concorrencial – Associação – Estatuto de negociador – Inadmissibilidade – Decisão que declara a inexistência de auxílio de Estado no termo da fase de análise preliminar – Recurso de anulação – Parte interessada – Interesse em agir – Admissibilidade – Violação dos direitos processuais dos interessados – Inexistência de dificuldades que exijam a abertura de um procedimento formal de investigação – Denúncia – Venda dos ativos dos beneficiários dos auxílios de Estado declarados incompatíveis – Processo de concurso aberto, transparente, não discriminatório e incondicional – Dever de fundamentação – Princípio da boa administração

Acórdão do Tribunal Geral de 19 de junho de 2019, proferido no âmbito do Processo T-353/15; ECLI:EU:T:2019:434

Partes: NeXovation, Inc., /Comissão

Descritores: Auxílios de Estado – Auxílios individuais a favor do complexo do Nürburgring para a construção de um parque de diversões, hotéis e restaurantes bem como para a organização de corridas de automóveis – Decisão que declara os auxílios incompatíveis com o mercado interno – Decisão que declara que o reembolso dos auxílios declarados incompatíveis não afeta o novo proprietário do complexo do Nürburgring – Recurso de anulação – Inexistência de afetação substancial da posição concorrencial – Inadmissibilidade – Decisão que declara a inexistência de auxílio de Estado no termo da fase de análise preliminar – Recurso de anulação – Parte interessada – Interesse em agir – Admissibilidade – Violação dos direitos processuais – Inexistência de dificuldades que exijam a abertura de um procedimento formal de investigação – Denúncia – Venda dos ativos dos beneficiários dos auxílios de Estado declarados incompatíveis – Processo de concurso aberto, transparente, não discriminatório e incondicional – Exame diligente e imparcial – Dever de fundamentação

Acórdão do Tribunal Geral de 18 de junho de 2019, proferido no âmbito dos Processos T-624/15, T-694/15 e T-704/15; ECLI:EU:T:2019:423

Partes: European Food SA, e o. /Comissão

Descritores: Auxílios de Estado – Sentença proferida por um tribunal arbitral constituído sob os auspícios do Centro Internacional para a Resolução de Diferendos relativos a Investimentos (CIRDI) – Pagamento de uma indemnização atribuída a certos operadores económicos – Decisão que declara o auxílio incompatível com o mercado interno e ordena a sua recuperação – Competência da Comissão

Acórdão do Tribunal de Justiça de 13 de junho de 2019, proferido no âmbito do Processo C-505/18; ECLI:EU:C:2019:500

Partes: Copebi SCA/Établissement national des produits de l’agriculture et de la mer (FranceAgriMer)

Descritores: Reenvio prejudicial – Auxílio de Estado – Decisão 2009/402/CE – Planos de campanha no setor das frutas e dos produtos hortícolas executados pela República Francesa – Declaração de incompatibilidade do auxílio – Ordem de recuperação – Âmbito de aplicação da decisão – Comitês económicos agrícolas

Acórdão do Tribunal Geral de 22 de maio de 2019, proferido no âmbito do Processo T-791/16; ECLI:EU:T:2019:346

Partes: Real Madrid Club de Fútbol /Comissão

Descritores: Auxílios de Estado – Auxílio concedido pelas autoridades espanholas a um clube de futebol profissional – Acordo que visa compensar a não realização de uma transação imobiliária inicialmente acordada entre um município e um clube de futebol – Montante excessivo da compensação acordada com o clube de futebol – Decisão que declara o auxílio incompatível com o mercado interno – Vantagem

Acórdão do Tribunal Geral de 16 de maio de 2019, proferido no âmbito dos Processos T-836/16 e T-624/17; ECLI:EU:T:2019:338

Partes: Polónia/Comissão

Descritores: Auxílios de Estado – Imposto polaco no setor da venda a retalho – Imposto progressivo sobre o volume de negócios – Decisão de dar início ao procedimento formal de investigação – Decisão final que qualifica a medida como auxílio de Estado incompatível com o mercado interno – Conceito de auxílio de Estado – Requisito relativo à seletividade

Acórdão do Tribunal de Justiça de 15 de maio de 2019, proferido no âmbito do Processo C-706/17; ECLI:EU:C:2019:407

Partes: AB «Achema» e o./ Valstybinė kainų ir energetikos kontrolės komisija

Descritores: Reenvio prejudicial – Auxílios de Estado – Conceito de “auxílios concedidos pelos Estados através de recursos estatais” – Medidas destinadas a compensar os prestadores de serviços de interesse público no setor da eletricidade – Conceito de “auxílios que afetam as trocas comerciais entre Estados-Membros” e “que falseiam ou ameaçam falsear a concorrência” – Conceito de “vantagem seletiva” – Serviço de interesse económico geral – Compensação de custos inerentes à execução de obrigações de serviço público

Acórdão do Tribunal Geral de 14 de maio de 2019, proferido no âmbito do Processo T-728/17; ECLI:EU:T:2019:325

Partes: Marinvest d.o.o e o./ Comissão

Descritores: Auxílios de Estado – Infraestruturas portuárias turísticas – Concessão da gestão de um porto e disponibilização de infraestruturas e serviços sem contrapartida económica – Decisão que consta a inexistência de auxílio de Estado – Afetação do comércio entre Estados membros

Acórdão do Tribunal Geral de 6 de maio de 2019, proferido no âmbito do Processo T-135/17; ECLI:EU:T:2019:287

Partes: Scor SE/ Comissão

Descritores: Auxílios de Estado – Mercado dos resseguros de riscos de catástrofes naturais – Auxílio sob a forma de garantia estatal ilimitada concedida à CCR – Decisão que declara o auxílio compatível com o mercado interno na fase preliminar de investigação – Artigo 107.º, n.º 3, alínea c), do TFUE – Recurso de anulação – Legitimidade processual – Não afetação substancial da posição concorrencial – Inadmissibilidade parcial – Direitos processuais das partes interessadas – Qualidade de parte interessada – Inexistência de dificuldades sérias

Acórdão do Tribunal de Justiça de 2 de maio de 2019, proferido no âmbito do Processo C-598/17; ECLI:EU:C:2019:352

Partes: A-Fonds/ Inspecteur van de Belastingdienst

Descritores: Reenvio prejudicial – Auxílios existentes e novos auxílios – Conceito de novo auxílio – Reembolso de um imposto sobre os dividendos

– Regime alargado às sociedades estabelecidas fora do território do Estado-Membro em causa – Livre circulação de capitais – Obrigações dos órgãos jurisdicionais nacionais

Acórdão do Tribunal Geral de 30 de abril de maio de 2019, proferido no âmbito do Processo T-754/17; ECLI:EU:T:2019:270

Partes: Chambre de commerce et d'industrie métropolitaine Bretagne-Ouest (port de Brest), /Comissão

Descritores: Auxílios de Estado – Regime de isenção do imposto sobre as sociedades executado pela França a favor dos seus portos – Decisão que declara o regime de auxílios incompatível com o mercado interno – Auxílios existentes – Conceito de atividade económica – Serviços de interesse geral – Princípio da boa administração – Dever de fundamentação – Erro de apreciação

Acórdão do Tribunal Geral de 30 de abril de 2019, proferido no âmbito do Processo T-747/17; ECLI:EU:T:2019:271

Partes: Union des ports de France – UPF/Comissão

Descritores: Auxílios de Estado – Regime de isenção do imposto sobre as sociedades executado pela França em benefício dos seus portos – Decisão que declara o regime de auxílios incompatível com o mercado interno – Auxílios existentes – Conceito de atividade económica – Dever de fundamentação – Distorções da concorrência e afetação das trocas comerciais entre Estados-Membros – Princípio de boa administração

Acórdão do Tribunal Geral de 12 de abril de 2019, proferido no âmbito do Processo T-492/15; ECLI:EU:T:2019:252

Partes: Deutsche Lufthansa AG/Comissão

Descritores: Recurso de anulação – Auxílios de Estado – Medidas postas em execução pela Alemanha a favor do aeroporto de Frankfurt Hahn e das companhias aéreas que utilizam esse aeroporto – Decisão que qualifica as medidas concedidas ao aeroporto de Frankfurt Hahn de auxílios de Estado compatíveis com o mercado interno e que declara a inexistência de auxílio de Estado a favor das companhias aéreas que utilizam esse aeroporto – Falta de afetação individual – Falta de afetação direta – Inadmissibilidade

Acórdão do Tribunal Geral de 10 de abril de 2019, proferido no âmbito do Processo T-388/11; ECLI:EU:T:2019:237

Partes: Deutsche Post AG/Comissão

Descritores: Auxílios de Estado – Domínio postal – Financiamento dos sobrecustos salariais e sociais relativos a uma parte do pessoal da Deutsche Post mediante subvenções e receitas obtidas com a remuneração dos serviços de preços regulados – Decisão de alargar o procedimento formal de investigação – Decisão que declara a existência de auxílios novos no termo da fase de investigação preliminar – Recurso de anulação – Ato impugnável – Interesse em agir – Admissibilidade – Consequências da anulação da decisão final – Dever de fundamentação

Concentrações

Acórdão do Tribunal Geral de 23 de maio de 2019, proferido no âmbito do Processo T-370/17; ECLI:EU:T:2019:354

Partes: KPN BV/Comissão

Descritores: Concorrência – Concentrações – Mercado holandês dos serviços televisivos e dos serviços de telecomunicações – Empresa comum em pleno exercício – Decisão que declara a concentração compatível com o mercado interno e com o acordo EEE – Compromissos – Mercado relevante – Efeitos verticais – Erro manifesto de apreciação – Dever de fundamentação

Procedimento administrativo

Acórdão do Tribunal Geral de 9 de abril de 2019, proferido no âmbito do Processo T-371/17; ECLI:EU:T:2019:232

Partes: Qualcomm, Inc., e o./Comissão

Descritores: Concorrência – Comercialização de chips em banda de base utilizados em dispositivos eletrónicos de consumo – Procedimento administrativo – Artigo 18.º, n.º 3, e artigo 24.º, n.º 1, alínea d), do Regulamento (CE) n.º 1/2003 – Decisão de pedido de informações – Dever de fundamentação – Necessidade das informações solicitadas – Proporcionalidade – Ónus da prova – Princípio da proibição de autoincriminação – Princípio da boa administração

NOTAS CURRICULARES

ANA FERREIRA NEVES

Ana Ferreira Neves é associada principal no departamento de IP/IT da Garrigues Portugal desde janeiro de 2018. Atualmente faz parte da equipa da “Garrigues Digital” a qual é composta por advogados de várias jurisdições capazes de identificar os riscos legais e o enquadramento regulatório que afetam as empresas na sua vertente digital. Ana Ferreira Neves faz parte da comissão para a economia digital criada pela Câmara de Comércio Internacional (ICC) em Lisboa e do *Legal Advisory Board* da Aliança Portuguesa de Blockchain. Desde janeiro de 2001 a dezembro de 2017 foi Associada Principal do Departamento de direito europeu e da concorrência da Garrigues Portugal. É membro da ordem dos advogados Portuguesa e do círculo dos advogados portugueses de direito da concorrência (CAPDC), do qual foi secretária geral da direção no mandato entre 2015-2016. É monitora em diversos seminários e cursos em matérias relacionadas com direito da concorrência e recentemente também em comércio eletrónico. Licenciada em direito pela faculdade de direito da Universidade Católica de Lisboa com uma pós-graduação em direito comercial da mesma faculdade. Frequenta atualmente a pós-graduação de e-commerce na faculdade de direito da Universidade de Lisboa.

Ana Ferreira Neves is a Principal Associate in the IP/IT department of Garrigues Portugal as from January 2018. She is currently part of the “Garrigues Digital Team” which was formed by Garrigues to specifically accompany companies in their digital transformation strategy and is composed of lawyers of several jurisdictions able to identify industry-specific legal risks and regulatory changes affecting all companies from the digital standpoint. She is also part of the commission created by the International Chamber of Commerce (ICC) in Lisbon for the digital economy and the Legal Advisory Board of the Portuguese Alliance of Blockchain. From January 2001 to December 2017 Ana was Principal Associate in the Competition Law department of Garrigues Portugal. She is a member of the Portuguese Bar Association and of the Portuguese Association of Competition Lawyers (CAPDC) in which she was secretary general of the Board between 2015-2016. She is a speaker in several conferences in the area of competition law and e-commerce. She has a Degree in Law from

Universidade Católica de Lisboa and a postgraduate qualification in Commercial law from the same University. Ana is currently attending a pos-graduation in e-commerce at the Law School of the Universidade de Lisboa.

CARLOS PINTO CORREIA

Advogado. Sócio responsável pelo departamento de Competition & Antitrust do escritório da Linklaters em Lisboa. Licenciado e Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Assistente da mesma Faculdade (1982/1987 e 1998/2004). Administrador no Tribunal de Justiça da União e referendário no respetivo Tribunal de Primeira Instância (1987/1993 e 1994/1998). Membro fundador e atual Presidente do Círculo dos Advogados Portugueses de Direito da Concorrência (CAPDC), editor da revista Concorrência & Regulação, publicada pela Autoridade da Concorrência.

Lawyer and Partner and Head of the Competition & Antitrust department of the Linklaters office in Lisbon. Law degree and master in law by the Faculty of Law of the University of Lisbon. Assistant in the same faculty (1982/1987 and 1998/2004). Administrator and legal secretary at the European Court of Justice (1987/1998). President of CAPDC – Círculo de Advogados Portugueses de Direito da Concorrência (the Portuguese Competition Lawyers Circle).

EDUARDO MAIA CADETE

Eduardo Maia Cadete é advogado e colabora com a Morais Leitão desde 2001, da qual é atualmente sócio. A sua experiência inclui o aconselhamento e a representação de clientes perante a AdC, Comissão Europeia, OLAF, Agência Europeia de Produtos Químicos, Tribunais nacionais e da UE e Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Coautor da Lei da Concorrência Anotada, da Almedina. Vencedor do Prémio Jacques Delors, patrocinado pela Fundação Calouste Gulbenkian e pelo Banco de Portugal, com a dissertação *Concorrência e Serviços de Interesse Económico Geral*. Palestrante em temas de Direito da Concorrência e autor de artigos-vários em publicações especializadas.

Eduardo Maia Cadete is qualified as a lawyer and joined the firm Morais Leitão in 2001, where he is a partner. His experience includes advising and representing clients (both defendants and plaintiffs), before the National Competition Authority, European Commission, OLAF, ECHA, as well as EU and national courts and the European Court of Human Rights. Coauthor of the Annotated Portuguese Competition Act, Almedina. Winner of the Jacques Delors award, sponsored by the Portuguese Central Bank and by the Calouste Gulbenkian Foundation, with the

thesis Competition and Services of General Economic Interest. Regular speaker in Competition Law matters and author of articles in specialized publications.

FERNANDO BATISTA

Licenciado em direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (1990), e pós-graduado em “Direito dos Contratos Públicos” (2008) e “Direito da Contratação Pública, Direito internacional e Europeu, Direito Nacional e Concorrência (2015). Diretor da Direção Jurídica e da Contratação Pública do Instituto dos Mercados Públicos, do Imobiliário e da Construção, I.P.

Representante do Estado Português em grupos de peritos em contratação pública na Comissão Europeia. Agente do governo Português em processos no Tribunal de justiça da União Europeia relacionados com contratação pública. Formador do INA, do Tribunal de Contas e da Inspeção-Geral de Finanças. Conferencista em vários Congressos, conferências e workshops. Perito do Ministério Público na área da contratação pública desde 2008.

Graduate in Law from the University of Lisbon Law School (1990), and post-graduate in “Public Procurement Law” (2008) and “Public Procurement Law, International and European Law, National Law and Competition” (2015). Head of the Directorate of Legal Affairs and Public Procurement at the Institute of Public Procurement, Real Estate and Construction. Representative of the Portuguese State in the European Commission’s expert groups on public procurement. Agent of the Portuguese Government in public procurement cases before the Court of Justice of the European Union. Trainer at INA (the Directorate-General for the Qualification of Public Workers), the Court of Auditors and the Inspectorate-General for Finance. Speaker at various congresses, conferences and workshops. Expert in the field of public procurement at the Public Prosecutor’s Office since 2008.

JOÃO PATEIRA FERREIRA

Advogado (desde 2004), associado coordenador no departamento de Direito da Concorrência da sociedade de advogados Linklaters LLP Portugal desde 2014. Entre 2007 e 2014 foi jurista sénior no Departamento de Práticas Restritivas da Autoridade da Concorrência. Doutorado em Direito pela Universidade de Lisboa, onde defendeu em 2018 a sua tese de doutoramento sobre restrições por objeto no Direito Europeu da Concorrência. Fundador e investigador associado do CIDEFF – Centro de Investigação em Direito Económico, Financeiro e Fiscal, membro do IDEFF – Instituto de Direito Económico Financeiro e Fiscal, e do Instituto Europeu, da Faculdade de

Direito da Universidade de Lisboa. Desde 2016 é Diretor executivo do curso de pós-graduação em Concorrência e Regulação do IDEFF, atualmente na sua 13.^a edição.

Lawyer (since 2004), managing associate in the Competition department of law firm Linklaters LLP Portugal, since 2014. Between 2007 and 2014 was senior legal officer in the Antitrust Department of the Portuguese Competition Authority. PhD Law from Lisbon University. Founder and associate researcher of CIDEFF – Centre for Research in Economic, Financial and Tax Law, member of IDEFF and of the European Institute of Lisbon University Law School. Executive Director of IDEFF's Post-Graduation Course in Competition and Regulation, currently in its 13th edition, since 2016.

JOAQUIM CAIMOTO DUARTE

Joaquim Caimoto Duarte é *counsel* da Uría Menéndez – Proença de Carvalho e responsável pela área de Direito Europeu e da Concorrência do escritório de Lisboa. Centra a sua atividade profissional em assuntos de Direito Europeu e de Direito da Concorrência, abarcando a sua experiência diversos sectores, tais como o financeiro, segurador, farmacêutico, aeronáutico, indústria automóvel, energético, telecomunicações, media e grande distribuição. Intervém regularmente em operações de concentração e processos de infração por condutas abusivas e acordos restritivos perante a Autoridade da Concorrência Portuguesa, Comissão Europeia e Tribunal de Justiça da UE, detendo também ampla experiência em sede de auxílios estatais. É membro fundador do Círculo dos Advogados Portugueses de Direito da Concorrência e habitualmente destacado pelos principais diretórios internacionais pela sua experiência como advogado de Direito da Concorrência em Portugal.

Joaquim Caimoto Duarte is a counsel in the Lisbon office of Uría Menéndez – Proença de Carvalho, where he heads the EU and Portuguese Competition Law practice area. He focuses his professional activity on European and competition law, advising on matters in various sectors, including the pharmaceuticals, banking and insurance, air transport, motor vehicle, energy, telecommunications, media and large retailer industries. Joaquim is regularly involved in merger control and infringement proceedings for abusive conduct and restrictive agreements before the Portuguese Competition Authority, the European Commission and the EU courts, and also has ample experience in state aids. He is a founding member of the Portuguese Competition Lawyers Association (Círculo dos Advogados Portugueses de Direito da Concorrência) and is usually highlighted by the main international directories for his experience as a competition lawyer in Portugal.

LUÍS DO NASCIMENTO FERREIRA

Sócio da equipa de direito europeu e da concorrência da Morais Leitão, sociedade que integra desde 2003. Mestrado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Católica (2013). LL.M. em *International Business Law* pela Faculdade de Direito da Universidade Católica (2011). Pós-Graduação em Estudos Europeus pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (2005). Licenciatura em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (2003). Leciona e publica regularmente, sobretudo nas áreas do direito da União, direito da concorrência e direito da energia.

Partner of the EU and competition law team of Morais Leitão, firm that he joined in 2003. Master's Degree in Law from Universidade Católica Law School (2013). LL.M. in International Business Law from Universidade Católica Law School (2011). Postgraduate Studies in European Studies from Universidade de Lisboa Law School (2005). Law Degree from Universidade de Lisboa Law School (2003). He lectures and publishes regularly, particularly on EU law, competition law and energy law.

LUÍS GUILHERME CATARINO

Secretário do Conselho Nacional de Supervisores Financeiros (CNSF) desde Fevereiro de 2018. Assessor Jurídico do CdA da Comissão do Mercado de Valores Mobiliários. Exerceu funções jurídicas no Departamento Jurídico da CMVM, nas direções de supervisão de intermediação financeira, de estruturas de mercado e produtos financeiros complexos e do Gabinete de Estudos, após funções de advocacia e assessoria no Departamento Jurídico e de Contencioso do Banco BPI, SA. Foi assessor do Provedor de Justiça para as áreas financeira e da concorrência até 2000. Licenciado em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito de Lisboa, mestre em Ciências jurídico Políticas e doutorado em Ciências do Direito Público, na vertente de direito da regulação, pela Faculdade de Direito de Coimbra. No âmbito da investigação académica foi investigador do Centro de Estudos de Direito Público e da Regulação (CEDIPRE) da Faculdade de Direito de Coimbra, onde participa nos Seminários de Pós-Graduação, bem como do Instituto dos Valores Mobiliários (IVM) da Faculdade de Direito de Lisboa, onde mantém a sua participação no Seminários de Pós-Graduação. Tendo lecionado em diversos estabelecimentos de ensino superior (Faculdade de Direito de Lisboa, ISEG, ISLA, Universidade Autónoma de Lisboa), tem contribuído para o estudo do direito administrativo da regulação também através de escritos publicados em diversas Revistas jurídicas.

Secretary of the National Council of Financial Supervisors (CNSF) since February 2018. Advisor to the Board of the Portuguese Securities Market Commission (CMVM), he previously acted as a lawyer and advisor of the Legal Department of CMVM, and Deputy Director of the Research Office (with the responsibility to prepare legal analysis and coordinate the editorial content of CMVM publications) and afterwards of the Intermediary and Market Structures Supervision Department with a focus on the areas of financial intermediation, market infrastructures, and complex financial products regulation. His professional experience in the financial sector also includes positions at Banco BPI, SA (as a lawyer and legal advisor in 1995), and at the Portuguese Ombudsman (as advisor for financial and competition areas in 2000). Luís Guilherme Catarino holds an undergraduate degree in Legal sciences at Universidade de Lisboa (Lisbon law School), a Master's in political sciences and Public Affairs from Universidade Lusíada, and a PhD at Public Legal and Financial Sciences at Universidade de Coimbra (Coimbra Law School). He was an investigator at the Centre for Public Sciences and Regulation of Coimbra Law School (CEDIPRE), where he teaches postgraduate studies, and also at the Portuguese Capital Markets Institute of Lisbon Law School (IVM).

MARGARIDA MATOS ROSA

Margarida Matos Rosa é Presidente da Autoridade da Concorrência (AdC), desde novembro de 2016. A sua experiência profissional anterior inclui, na esfera pública, a Comissão do Mercado de Valores Mobiliários (CMVM) e, no setor privado, o BNP Paribas e UBS Bank. Margarida Matos Rosa é licenciada em economia pela Université Catholique de Louvain (Bélgica) e detentora de um M.P.A. (Master in Public Affairs) pela Princeton University.

Margarida Matos Rosa is President of the Portuguese Competition Authority (Autoridade da Concorrência – AdC), since November 2016. Her previous professional experience includes, in the public sphere, the Portuguese Securities Markets Commission (CMVM) and, in the private sector, BNP Paribas and UBS Bank. Margarida Matos Rosa holds an undergraduate degree in Economics from Université Catholique de Louvain (Belgium) and an M.P.A. from Princeton University.

MARTA BORGES CAMPOS

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). Frequenta 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.

Marta Borges Campos, LL.B., Law School, University of Coimbra (2001) and postgraduate degree in Law Enforcement, Compliance and Criminal Law, University of Lisbon Law School (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.

REVISTA DE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO

ÍNDICE TEMÁTICO CONSOLIDADO – N.ºs 1 a 37

| | |
|----|--|
| 2 | Concorrência – Questões gerais |
| 2 | <i>Questões processuais</i> |
| 4 | <i>Private enforcement</i> |
| 6 | <i>Nemo tenetur se ipsum accusare</i> |
| 7 | <i>Outros</i> |
| 7 | Concorrência – Práticas restritivas |
| 8 | <i>Geral</i> |
| 8 | <i>Abuso de posição dominante</i> |
| 9 | <i>Restrições verticais</i> |
| 10 | <i>Restrições horizontais</i> |
| 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/ Dorothee Serzedelo | <i>O Estado português seria condenado? As buscas efetuadas pela Autoridade da Concorrência e o artigo 6.º, n.º 1, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem</i> |
| 6 | Carla Farinhas | <i>Acórdão do Tribunal de Justiça de 3 de Maio de 2011 no Processo C-375/09 –Tele2Polska</i> |
| 7-8 | Alexander Italianer | <i>The European Commission's New Procedural Package: Increasing Interaction With Parties and Enhancing the Role of the Hearing Officer</i> |
| 9 | João Espírito Santo Noronha | <i>Impugnação de decisões da Autoridade da Concorrência em procedimento administrativo</i> |
| 9 | Helena Gaspar Martinho | <i>Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem de 27 de setembro de 2011, Petição n.º 43509/08, A. Menarini Diagnostics SLR c. Itália</i> |
| 10 | Márcio Schlee Gomes | <i>As buscas e apreensões nos escritórios de advogados de empresas</i> |
| 11-12 | Paulo de Sousa Mendes | <i>O problema da utilização de elementos recolhidos em ações de supervisão como meios de prova em processo sancionatório</i> |
| 16 | Paulo de Sousa Mendes | <i>Eficácia das sanções e transações</i> |
| 17 | Helena Gaspar Martinho | <i>Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos de 2 de outubro de 2014, Petição n.º 97/11, Delta Pekárny A.S. c. República Checa [Buscas e inspeções]</i> |
| 22 | Jeroen Capiiau/Virgílio Mouta Pereira | <i>The Easyjet Case and the rejection of complaints when they have already been dealt with by another Member of the ECN</i> |
| 23-24 | Eva Lourenço | <i>O Acórdão Vinci Construction e GTM Génie Civil et Services c. França, do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH), de 2 de abril de 2015, n.ºs 63629/10 e 60567/10</i> |

| | | |
|-------|---|--|
| 25 | Francisco Marcos | <i>Blowing hot and cold: the last word of the Supreme Court on setting fines for competition law infringements in Spain</i> |
| 25 | Mateusz Blachuki | <i>Judicial control of guidelines on antimonopoly fines in Poland</i> |
| 25 | Luís Miguel Romão/ Miguel Alexandre Mestre | <i>Conteúdo e extensão do direito à confidencialidade das comunicações entre advogado e cliente à luz do direito comunitário e do direito nacional – Parte I</i> |
| 26 | Margarida Caldeira | <i>Acórdão do Tribunal Constitucional de 8 de junho de 2016, Peugeot Portugal Automóveis, S.A. contra Autoridade da Concorrência – Efeito devolutivo da interposição do recurso de impugnação judicial</i> |
| 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> |
| 35 | Sérgio Martins P. de Sousa | <i>Reflexões "soltas" sobre a jurisprudência do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão em matéria de confidencialidade e acesso à prova</i> |
| 36 | Maria José Costeira | <i>Direito da concorrência: o controlo jurisdicional das decisões proferidas em processos sancionatórios</i> |
| 36 | Inês Azevedo | <i>A utilização jusconcorrencial de compromissos como mecanismo de regulação</i> |
| 37 | Maria João Melícias & Rita Prates | <i>Diretiva ECN+: um processo de transposição pautado pela abertura, transparência e participação</i> |

Private enforcement

| N.º RCR | Autor | Título do Artigo |
|---------|---------------------------------|---|
| 4 | Alberto Saavedra | <i>The relationship between the leniency programme and private actions for damages at the EU level</i> |
| 9 | Assimakis Komninos | <i>Private Antitrust Damages Actions in the EU: Second Generation Questions</i> |
| 10 | Alberto Saavedra | <i>Access by National Courts and Private Plaintiffs to Leniency Documents Held by the Commission</i> |
| 10 | Leonor Rossi/Miguel Sousa Ferro | <i>Private Enforcement of Competition Law in Portugal (I): An Overview of Case-law</i> |
| 10 | Catarina Anastácio | <i>Acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de junho de 2011, no Processo C-360/09, Pfeiderer AG v. Bundeskartellamt</i> |
| 11-12 | José Robin de Andrade | <i>Apresentação sobre a nova Lei de Arbitragem Voluntária e a aplicação do direito da concorrência pelos tribunais arbitrais</i> |
| 11-12 | Christopher Hodges | <i>New Modes of Redress for Consumers and Competition Law</i> |
| 11-12 | Laurence Idot | <i>Arbitration, European Competition Law and Public Order</i> |
| 11-12 | Assimakis P. Komninos | <i>Arbitration and EU Competition Law</i> |
| 13 | Leonor Rossi/Miguel Sousa Ferro | <i>Private Enforcement of Competition Law in Portugal (II): Actio Popularis – Facts, Fictions and Dreams</i> |
| 14-15 | Fernanda Paula Stolz | <i>A defesa da concorrência no Mercosul e a responsabilidade civil por ilícitos concorrenciais</i> |
| 14-15 | Fernando Xarepe Silveiro | <i>Acórdão do Tribunal de Justiça de 6 de junho de 2013, no Processo C-536/11, Bundeswettbewerbsbehörde v. Donau Chemie AG</i> |
| 18 | Nuno Calaim Lourenço | <i>The European Commission's Directive on Antitrust Damages Actions</i> |
| 19 | João Espírito Santo Noronha | <i>Litigância jurídico-privada e Direito da Concorrência – A Diretiva n.º 2014/104/UE, de 26 de novembro de 2014: divulgação de elementos de prova, efeitos das decisões nacionais, prazos de prescrição e responsabilidade solidária</i> |
| 20-21 | Marco Botta/Natalie Harsdorf | <i>The Judgement of the European Court of Justice in Kone: Any Real Added Value?</i> |

| | | |
|-------|--|--|
| 22 | Ricardo Alonso Soto | <i>La aplicación privada del Derecho de la competencia</i> |
| 22 | Antonio Robles Martín-Laborda | <i>La Directiva 2014/104/UE sobre daños antitrust y la configuración del Derecho español de daños</i> |
| 22 | Leonor Rossi/Miguel Sousa Ferro | <i>O “private enforcement” do direito da concorrência e o acesso a elementos de prova</i> |
| 22 | Antonio Davola | <i>Empowering consumers through competition: A study on the creation of a European antitrust claims market</i> |
| 22 | Vasil Savov | <i>Quel role du regroupement de creances indemnitaires par voie de cession pour la reparation du prejudice subi en raison d’infractions commises au droit de la concurrence ?</i> |
| 26 | Maria João Melícias | <i>The art of consistency between public and private antitrust enforcement: practical challenges in implementing the Damages Directive in Portugal</i> |
| 26 | Miguel Sousa Ferro | <i>Workshop consultivo sobre o anteprojecto de transposição da diretiva 2014/104/UE – Relatório Síntese</i> |
| 26 | Autoridade da Concorrência | <i>Enquadramento da consulta pública da proposta de anteprojecto de transposição da Diretiva Private Enforcement; Relatório sobre a consulta pública da proposta de anteprojecto de transposição da Diretiva Private Enforcement; Exposição de motivos anexa à Proposta de Anteprojecto submetida ao Governo; e Proposta de Anteprojecto de transposição da Diretiva Private Enforcement</i> |
| 27-28 | Maria Elisabete Ramos | <i>Situação do “private enforcement” da concorrência em Portugal</i> |
| 31 | Catarina Varajão Borges, Inês Neves, Ricardo Tavares & Tiago Monfort | <i>Sobre o prazo de prescrição e outros aspetos da Diretiva 2014/104/UE</i> |

Nemo tenetur se ipsum accusare

| N.º RCR | Autor | Título do Artigo |
|---------|-----------------------|---|
| 1 | Paulo de Sousa Mendes | <i>As garantias de defesa no processo sancionatório especial por práticas restritivas da concorrência confrontadas com a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem</i> |

| | | |
|-------|-----------------------------|--|
| 1 | Helena Gaspar Martinho | <i>O direito ao silêncio e à não auto-incriminação nos processos sancionatórios do Direito da concorrência – Uma análise da jurisprudência comunitária</i> |
| 1 | Vânia Costa Ramos | <i>Nemo tenetur se ipsum accusare e concorrência – Jurisprudência do Tribunal de Comércio de Lisboa</i> |
| 1 | Catarina Anastácio | <i>O dever de colaboração no âmbito dos processos de contra-ordenação por infração às regras de defesa da concorrência e o princípio nemo tenetur se ipsum accusare</i> |
| 1 | Augusto Silva Dias | <i>O direito à não-inculpação no âmbito das contra-ordenações do Código dos Valores Mobiliários</i> |
| 11-12 | Diana Alfagar | <i>O dever de colaboração e o nemo tenetur se ipsum accusare no direito sancionatório da concorrência</i> |
| 23-24 | Angélica Rodrigues Silveira | <i>“Nemo tenetur se ipsum accusare” e o dever de colaboração: análise do caso 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> |
| 36 | Marta Campos | <i>De novo o direito à não autoincriminação em processos de contraordenação por práticas restritivas da concorrência contra pessoas coletivas</i> |

Outros

| N.º RCR | Autor | Título do Artigo |
|---------|---|---|
| 1 | João Espírito Santo Noronha | <i>Algumas reflexões na perspectiva de uma reforma da Lei da Concorrência</i> |
| 1 | Luís Silva Morais | <i>Evolutionary Trends of EC Competition Law – Convergence and Divergence with US Antitrust Law in a Context of Economic Crisis</i> |
| 5 | Gonçalo Anastácio | <i>Aspectos normativos decisivos para a modernização do direito da concorrência em Portugal</i> |
| 7-8 | Fernando Herren Aguillar/ Diogo R. Coutinho | <i>A evolução da legislação antitruste no Brasil</i> |
| 7-8 | Vinícius Marques de Carvalho/Ricardo Medeiros de Castro | <i>Política industrial, campeões nacionais e antitruste sob a perspectiva brasileira: Uma avaliação crítica</i> |

| | | |
|-------|-----------------------------|--|
| 10 | João Espírito Santo Noronha | <i>A aplicação no tempo do novo Regime Jurídico da Concorrência</i> |
| 10 | Paulo de Sousa Mendes | <i>O contencioso da concorrência: Balanço e perspectivas em função da reforma do direito da concorrência português</i> |
| 19 | Lúcio Tomé Feteira | <i>Entre eficiência e desenvolvimento: Reflexões sobre o Direito da Concorrência nos países em vias de desenvolvimento</i> |
| 22 | Francisco Portugal | <i>Impact of taxes on competition: the legal status quo in the European Union</i> |
| 23-24 | António Ferreira Gomes | <i>IV Conferência de Lisboa sobre Direito e Economia da Concorrência: discursos de abertura e de encerramento</i> |
| 26 | Miguel Moura e Silva | <i>As operações sobre valores mobiliários e o direito da concorrência</i> |
| 27-28 | Mary Catherine Lucey | <i>Economic crisis and competition law in Ireland and Portugal</i> |
| 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> |
| 35 | Marta Borges Campos | <i>Competition Law and the Competition, Regulation and Supervision Court</i> |
| 35 | Sofia Oliveira Pais | <i>Considerações de lealdade e equidade no direito da concorrência da União: breves reflexões</i> |
| 35 | Abel Mateus | <i>Portugal precisa de uma política de concorrência mais ativa</i> |
| 35 | António Ferreira Gomes | <i>Com concorrência todos ganhamos</i> |
| 35 | António Saraiva | <i>15 anos ao serviço da concorrência nos mercados</i> |
| 35 | Manuel Sebastião | <i>Concorrência. Um valor, uma lei, uma instituição, uma praxis</i> |
| 35 | Margarida Matos Rosa | <i>Direito à Concorrência</i> |
| 35 | Vasco Colaço | <i>Concorrência, Inovação digital e dados pessoais: os novos desafios das Autoridades de Concorrência</i> |
| 36 | José Luís da Cruz Vilaça | <i>Challenges to the judiciary in the enforcement of competition rules in the digital age</i> |

| | | |
|----|-----------------------|--|
| 36 | María Ortiz | <i>Competition enforcement and advocacy in the financial sector in Spain</i> |
| 36 | Ana Patrícia Carvalho | <i>Competition compliance: a mudança do paradigma</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> |
| 37 | Francisco Marcos | <i>A desordem judicial e a defesa da concorrência</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 Emmmanuel 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> |
| 37 | John Davies & Jorge Padilla | <i>Another look at the role of barriers to entry in excessive pricing cases</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> |
| 37 | Tânia Luísa Faria, Maria Francisca Couto e Francisco Chilão Rocha | <i>Comércio eletrónico e restrições verticais da concorrência: regresso ao futuro?</i> |

Restrições horizontais

| N.º RCR | Autor | Título do Artigo |
|---------|---------------------------------|---|
| 1 | João Matos Viana | <i>Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 8 de Julho de 2008 – Processo T-99/04 (Os conceitos de autor e cúmplice de uma infração ao artigo 81.º TCE)</i> |
| 2 | João Pateira Ferreira | <i>Acórdão do Tribunal de Justiça de 4 de Junho de 2009 (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> |
| 35 | Bernardo Sarmento & Jorge Padilla | <i>Another look at the competitive assessment of information exchanges amongst competitors in EU Competition Law</i> |
| 36 | Richard Whish | <i>Hub and spoke concerted practices</i> |
| 37 | João Miranda Poças | <i>O enquadramento da figura hub-and-spoke na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia e dos tribunais britânicos</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> |
| 35 | Carlos Oliveira Cruz & Joaquim Miranda Sarmiento | <i>A fusão da Estradas de Portugal com a REFER: o caso da integração do operador rodoviário com o operador ferroviário</i> |
| 36 | Ricardo Horta | <i>Articulação AdC-ERC no âmbito do artigo 55.º do regime jurídico da concorrência: cenas dos próximos capítulos</i> |
| 37 | Alípio Codinha, Mariana Costa, Marta Ribeiro & Pedro Marques | <i>Input foreclosure em concentrações verticais nos media: o caso Altice/Media Capital</i> |
| 37 | Rita Prates | <i>Partial implementation and gun-jumping, how original. What will they think of next? – Chapter One</i> |

Concorrência – Auxílios de Estado

| N.º RCR | Autor | Título do Artigo |
|---------|---|---|
| 3 | Piet Jan Slot | <i>The credit crisis and the Community efforts to deal with it</i> |
| 3 | Manuel Porto / João Nogueira de Almeida | <i>Controlo negativo, controlo positivo ou ambos?</i> |
| 3 | António Carlos dos Santos | <i>Crise financeira e auxílios de Estado – risco sistémico ou risco moral?</i> |
| 3 | Ana Rita Gomes de Andrade | <i>As energias renováveis – Uma luz verde aos auxílios de Estado?</i> |
| 3 | Marco Capitão Ferreira | <i>Decisão da Comissão Europeia relativa à garantia estatal concedida pelo Estado português ao Banco Privado Português</i> |
| 11-12 | Alexandra Amaro | <i>Auxílios de Estado e contratos públicos: Os limites do concurso</i> |
| 17 | Ricardo Pedro | <i>Auxílios de minimis 2014-2010: notas à luz do Regulamento (UE) n.º 1407/2013</i> |
| 20-21 | João Zenha Martins | <i>Consultoria em inovação e o redesenho dos apoios ao emprego e à formação no Regulamento (UE) n.º 651/2014</i> |
| 27-28 | Edmilson Wagner dos Santos Conde | <i>Poderão as decisões dos órgãos jurisdicionais que atribuem indemnizações constituir auxílios de Estado?</i> |
| 27-28 | Luis Seifert Guincho | <i>State aid and systemic crises: appropriateness of the European State aid regime in managing and preventing systemic crises</i> |
| 27-28 | Mariana Medeiros Esteves | <i>Os auxílios de Estado sob a forma fiscal e o combate da concorrência fiscal prejudicial na União Europeia</i> |
| 27-28 | Ricardo Quintas | <i>A incongruência judicativa de uma deliberação positiva de compatibilidade de um auxílio de Estado não notificado</i> |

Financeiro e bancário

| N.º RCR | Autor | Título do Artigo |
|---------|---------------------------------|--|
| 2 | René Smits | <i>Europe's Post-Crisis Supervisory Arrangements – a Critique</i> |
| 2 | José Nunes Pereira | <i>A caminho de uma nova arquitetura da supervisão financeira europeia</i> |
| 2 | Pedro Gustavo Teixeira | <i>The Evolution of Law and Regulation and of the Single European Financial Market until the Crisis</i> |
| 2 | Paulo de Sousa Mendes | <i>How to deal with transnational market abuse? – the Citigroup case</i> |
| 2 | Luís Máximo dos Santos | <i>A reforma do modelo institucional de supervisão dos setores da banca e dos seguros em França</i> |
| 2 | José Renato Gonçalves | <i>A sustentabilidade da zona euro e a regulação do sistema financeiro</i> |
| 2 | Paulo Câmara | <i>“Say on Pay”: o dever de apreciação da política remuneratória pela assembleia geral</i> |
| 3 | Nuno Cunha Rodrigues | <i>Acórdão do Tribunal de Justiça de 8 de julho de 2010 (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 nemo tenetur</i> |
| 9 | Miguel Brito Bastos | <i>Scalping: Abuso de informação privilegiada ou manipulação de mercado?</i> |
| 11-12 | Helena Magalhães Bolina | <i>O direito ao silêncio e o estatuto dos supervisionados no mercado de valores mobiliários</i> |
| 11-12 | Vinicius de Melo Lima | <i>Ações neutras e branqueamento de capitais</i> |

| | | |
|-------|----------------------------------|---|
| 13 | Bernardo Feijoo Sánchez | <i>El Derecho Penal Español frente a fraudes bursátiles transnacionales – ¿Protege el derecho penal del mercado de valores los mercados financieros internacionales?</i> |
| 14-15 | Bernardo Feijoo Sánchez | <i>Imputacion objetiva en el derecho penal economico: el alcance del riesgo permitido. Reflexiones sobre la conducta típica en el derecho penal del mercado de valores e instrumentos financieros y de la corrupción entre particulares</i> |
| 17 | Joseph Dale Mathis | <i>European Payment Services: How Interchange Legislation Will Shape the Future of Retail Transactions</i> |
| 18 | José Gonzaga Rosa | <i>Shadow Banking – New Shadow Entities Come to Light</i> |
| 18 | Pedro Lobo Xavier | <i>Das medidas de resolução de instituições de crédito em Portugal – análise do regime dos bancos de transição</i> |
| 18 | Sofia Brito da Silva | <i>A notação de risco da dívida soberana: O exercício privado de um serviço de interesse público</i> |
| 20-21 | Pablo Galain Palermo | <i>Lavado de activos en Uruguay: una visión criminológica</i> |
| 20-21 | Sérgio Varela Alves | <i>Da participação da Banca em Sociedades não Financeiras: Mais do que allfinance</i> |
| 20-21 | Rute Saraiva | <i>Um breve olhar português sobre o modelo de supervisão financeira em Macau</i> |
| 20-21 | Luís Pedro Fernandes | <i>Dos sistemas de Microcrédito na Lusofonia: Problemas e soluções</i> |
| 20-21 | Daniela Pessoa Tavares | <i>O segredo bancário na legislação bancária de Angola, Cabo Verde e Moçambique</i> |
| 20-21 | Raluca Ghiurco | <i>As instituições de supervisão financeira em Moçambique</i> |
| 20-21 | Francisco Mário | <i>Supervisão bancária no sistema financeiro Angolano</i> |
| 20-21 | Catarina Balona/João Pedro Russo | <i>O Banco de Cabo Verde – Principais aspetos orgânicos e funcionais</i> |
| 20-21 | José Gonzaga Rosa | <i>União Económica e Monetária da África Ocidental: uma boa ideia, com uma execução pobre</i> |
| 20-21 | Tiago Larsen | <i>Regulação bancária na Guiné-Bissau</i> |
| 23-24 | Luís Guilherme Catarino | <i>“Fit and Proper”: o controlo administrativo da idoneidade no sector financeiro</i> |

| | | |
|-------|----------------------------|---|
| 23-24 | Margarida Reis | <i>A idoneidade dos membros dos órgãos de administração e fiscalização das instituições de crédito</i> |
| 23-24 | Inês Serrano de Matos | <i>"Debt finance": as obrigações como engodo do investidor e a informação externa como um meio de tutela daquele</i> |
| 23-24 | João Andrade Nunes | <i>Os deveres de informação no mercado de valores mobiliários: o prospeto</i> |
| 23-24 | João Vieira dos Santos | <i>A união dos mercados de capitais e o Sistema Europeu de Supervisão Financeira</i> |
| 27-28 | Bruno Miguel Fernandes | <i>A garantia de depósitos bancários</i> |
| 29 | Álvaro Silveira de Meneses | <i>Leading the way through: the role of the European Central Bank as pendulum, shield and supervisor of the euro area</i> |
| 31 | Miguel da Câmara Machado | <i>Problemas, paradoxos e principais deveres na prevenção do branqueamento de capitais</i> |
| 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 controles 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> |
| 36 | Maria Elisabete Ramos | <i>Distribuição de seguros, proteção do cliente e arbitragem regulatória</i> |

Comunicações eletrónicas

| N.º RCR | Autor | Título do Artigo |
|---------|------------------------|---|
| 7-8 | Ana Amante/João Vareda | <i>Switching Costs in the Portuguese Telecommunications Sector: Results from a Customer Survey</i> |
| 11-12 | Ana Proença Coelho | <i>Entre o dever de colaborar e o direito de não se autoinculpar: O caso da supervisão do ICP-ANACOM</i> |
| 14-15 | Manuel da Costa Cabral | <i>A governação da Internet e o posicionamento de Portugal</i> |
| 14-15 | Marta Moreira Dias | <i>Perspetiva sobre os 25 anos da Internet em .pt</i> |
| 14-15 | Victor Castro Rosa | <i>Digital Piracy and Intellectual Property Infringement: role, liability and obligations of Internet Service Providers. The evolution of European Case-Law</i> |
| 14-15 | David Silva Ramalho | <i>A investigação criminal na dark web</i> |
| 19 | João Confraria | <i>Perspetivas de mudança na regulação das comunicações</i> |

Energia

| N.º RCR | Autor | Título do Artigo |
|---------|--------------------------|---|
| 11-12 | Miguel Sousa Ferro | <i>Nuclear Law at the European Court in the 21st Century</i> |
| 13 | Orlindo Francisco Borges | <i>Responsabilidade civil das sociedades de classificação por derrames petrolíferos causados por navios inspecionados: em busca de um claro regime entre o port state control e os contratos de classificação</i> |
| 18 | Filipe Matias Santos | <i>O comercializador de último recurso no contexto da liberalização dos mercados de eletricidade e gás natural</i> |

Saúde

| N.º RCR | Autor | Título do Artigo |
|---------|--|--|
| 10 | Olívio Mota Amador | <i>Desafios da regulação da saúde em Portugal nos tempos de crise</i> |
| 30 | Sofia Nogueira da Silva, Nuno Castro Marques & Álvaro Moreira da Silva | <i>O Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão: visão da regulação em saúde</i> |

Autoridades Reguladoras e Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

| N.º RCR | Autor | Título do Artigo |
|---------|--|--|
| 3 | João Confraria | <i>Falhas do Estado e regulação independente</i> |
| 6 | Jorge André Carita Simão | <i>A responsabilidade civil das autoridades reguladoras</i> |
| 7-8 | Victor Calvete | <i>Entidades administrativas independentes: Smoke & Mirrors</i> |
| 17 | Luís Silva Morais | <i>Lei-Quadro das Autoridades Reguladoras – Algumas questões essenciais e justificação do perímetro do regime face às especificidades da supervisão financeira</i> |
| 17 | João Confraria | <i>Uma análise económica da Lei-Quadro das Autoridades Reguladoras Independentes</i> |
| 17 | Luis Guilherme Catarino | <i>O Novo Regime da Administração Independente: Quis custodiet ipsos custodes?</i> |
| 17 | Tânia Cardoso Simões | <i>Entidades reguladoras: Um ano de Lei-Quadro</i> |
| 29 | Nuno Cunha Rodrigues & Rui Guerra da Fonseca | <i>O quadro da responsabilidade civil extracontratual das entidades reguladoras do setor financeiro</i> |
| 30 | Francisca Van Dunem | <i>Prefácio ao dossier especial comemorativo do 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 catrem 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> |
| 35 | Fernando Pereira Ricardo | <i>As cativações e a autonomia administrativa e financeira das entidades reguladoras independentes (e da AdC em particular)</i> |

Regulação do comércio e concorrência desleal

| N.º RCR | Autor | Título do Artigo |
|---------|-------------------|--|
| 2 | Jaime Andrez | <i>Propriedade Industrial e concorrência – uma leitura económica da sua inevitável complementaridade</i> |
| 6 | Deolinda de Sousa | <i>O alinhamento de preços nas vendas com prejuízo</i> |
| 7-8 | Peter Freeman | <i>The UK experience: The Grocery Supply Code of Practice</i> |

Contratação pública

| N.º RCR | Autor | Título do Artigo |
|---------|--|--|
| 19 | António Ferreira Gomes/ Ana Sofia Rodrigues | <i>Enhancing Efficiency in Public Procurement in Portugal: An Overview of the Relevant Competition Issues</i> |
| 19 | Nuno Cunha Rodrigues | <i>O princípio da concorrência nas novas diretivas sobre contratação pública</i> |
| 19 | Raquel Carvalho | <i>As novas Diretivas da Contratação Pública e a tutela da concorrência na execução dos contratos públicos</i> |
| 27-28 | Pedro Matias Pereira | <i>O dever de resolver contratos públicos</i> |
| 27-28 | Luís Almeida | <i>A Contratação Pública Verde no quadro da nova Diretiva 2014/24/UE</i> |

| | | |
|----|---|--|
| 29 | Isabel Andrade & Joaquim Miranda Sarmento | <i>Uma análise contratual às renegociações das PPP e concessões no setor das águas em Portugal</i> |
| 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 bisettriz (imperfeita) entre o Direito Penal e o Direito Administrativo – a pretexto de alguma jurisprudência constitucional</i> |
| 14-15 | Milene Viegas Martins | <i>A admissibilidade de valoração de imagens captadas por particulares como prova no processo penal</i> |
| 16 | Érico Fernando Barin | <i>Alargar a perda alargada: O projeto Fenix</i> |
| 16 | José Danilo Tavares Lobato | <i>Um panorama da relação entre abuso e direito, ações neutras e lavagem de dinheiro</i> |
| 16 | Mafalda Melim | <i>Standards de prova e grau de convicção do julgador</i> |
| 16 | David Silva Ramalho | <i>O uso de malware como meio de obtenção de prova em processo penal</i> |
| 16 | Catiuce Ribas Barin | <i>A valoração das gravações de áudio produzidas por particulares como prova no processo penal</i> |
| 16 | José Neves da Costa | <i>Do aproveitamento em processo penal das provas ilicitamente obtidas por particulares – O caso BCP</i> |
| 16 | Catarina Abegão Alves | <i>Agente infiltrado ou provocador? Um problema de proibição de prova à luz do caso Teixeira de Castro v. Portugal</i> |

| | | |
|-------|----------------------------------|--|
| 23-24 | Stephen Mason | <i>Towards a global law of electronic evidence? An exploratory essay</i> |
| 23-24 | Daniel Diamantaras de Figueiredo | <i>O direito ao confronto e o caso Al-Khawaja e Tabery c. Reino Unido</i> |
| 23-24 | Felipe Soares Tavares 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 perspectiva 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> |
| 35 | Carlos Pinto de Abreu | <i>Breves notas sobre segurança da informação, acesso a dados e privacidade</i> |

1. A *Revista de Concorrência e Regulação* (C&R) está aberta à colaboração dos seus Leitores, pelo que aceita para publicação artigos (de doutrina ou breves), 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 língua portuguesa, espanhola, francesa ou inglesa. Os textos são publicados no idioma em que foram redigidos.
4. Em casos excecionais, poderão ser aceites textos não inéditos, devendo o Autor indicar onde foram publicados anteriormente. Se aceite, o texto será publicado no idioma em que, originalmente, foi redigido, devendo – se aplicável – o Autor assegurar a respetiva tradução para um dos 4 idiomas acima referidos.
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 de estilo aplicáveis aos textos a submeter à *Revista de Concorrência e Regulação* deve ser solicitada, antes do envio do texto, através do endereço eletrónico revista@concorrenca.pt, ou acedida em http://www.concorrenca.pt/vPT/Estudos_e_Publicacoes/Revista_CR/Paginas/Revista-CR.aspx.
7. Os trabalhos devem ser remetidos em formato digital para o endereço eletrónico revista@concorrenca.pt ou para a morada: Autoridade da Concorrência – Avenida de Berna, 19, 1050-037 Lisboa, ao cuidado de 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 (academic or short), 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 their original language.
4. In exceptional cases, papers that have already been published may be accepted. In such circumstances Authors are required to indicate where the paper was previously published. If accepted, the paper is published in its original language, remaining the Author responsible for ensuring its translation into 1 of the 4 accepted languages.
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, either by contacting revista@concorrencia.pt or by accessing the link http://www.concorrencia.pt/vPT/Estudos_e_Publicacoes/Revista_CR/Paginas/Revista-CR.aspx.
7. Contributions must be sent in digital format to the email address revista@concorrencia.pt or to the address: Autoridade da Concorrência – Avenida de Berna, 19, 1050-037 Lisboa – Portugal, to the attention of 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
Florianio Marques
François Souty
Frederic Jenny
Geraldo Prado
Gerhard Dannecker
Germano Marques da Silva
Giorgio Monti
Harry First
Heike Schweitzer
Ioannis Kokkoris
João Ferreira do Amaral
Jorge Braga de Macedo

Jorge de Figueiredo Dias
José António Veloso
José Danilo Lobato
José Luís da Cruz Vilaça
José de Faria Costa
José de Oliveira Ascensão
José Lobo Moutinho
José Manuel Sérvulo Correia
Jürgen Wolter
Keiichi Yamanaka
Klaus Rogall
Laurence Idot
Luís Cabral
Luís Greco
Manuel da Costa Andrade
Manuel Lopes Porto
Marco Bronckers
Maria Fernanda Palma
Mark Zöller
Miguel Moura e Silva
Miguel Nogueira de Brito
Miguel Poiaras 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
Vitor Miguel Lourenço

Editores:

Concorrência – Questões gerais, europeu e comparado

Carlos Pinto Correia/João E. Gata

Concorrência – Práticas restritivas

Fernando Xarepe Silveiro/João Pateira Ferreira

Concorrência – Auxílios de Estado

Miguel Mendes Pereira/António Carlos dos Santos/Marco Capitão Ferreira

Concorrência – Concentrações

Margarida Rosado da Fonseca

Autoridades reguladoras

João Miranda

Direito contraordenacional e processual penal

Teresa Quintela de Brito/João Matos Viana/Vânia Costa Ramos

Economia

António Pedro Santos/Jorge Rodrigues/Paulo Gonçalves

Água e resíduos

João Miranda

Ambiente

Carla Amado Gomes

Aviação civil

António Moura Portugal

Comércio, consumo e concorrência desleal

Teresa Moreira

Contratação pública

Nuno Cunha Rodrigues

Energia

Gonçalo Anastácio

Financeiro

Rute Saraiva/Hugo Moredo Santos

Transportes terrestres e marítimos

Tânia Cardoso Simões

Saúde

Nuno Castro Marques

Direito contraordenacional e processual penal

Teresa Quintela de Brito/João Matos Viana/Vânia Costa Ramos

Direito probatório

Rui Soares Pereira/David Silva Ramalho

Secretariado Executivo:

Manuela Oliveira

Natália Leite

C&R