

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

C&R

REVISTA
DE CONCORRÊNCIA
E REGULAÇÃO
COMPETITION
AND REGULATION

ANO/YEAR XIII • NÚMERO/No 46-47
ABRIL/APRIL • SETEMBRO/SEPTEMBER 2021

PERIODICIDADE TRIMESTRAL/QUARTERLY



INSTITUTO
DE DIREITO
ECONÓMICO
FINANCEIRO
E FISCAL FDL



Autoridade da
Concorrência

REVISTA
DE CONCORRÊNCIA
E REGULAÇÃO

ANO XIII • NÚMERO 46-47
ABRIL – SETEMBRO 2021

REVISTA DE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO

Direção/Editorial Chairs

MARIA JOÃO MELÍCIAS • MIGUEL SOUSA FERRO

Presidência do Conselho Científico/Scientific Council Chairs

MARGARIDA MATOS ROSA • EDUARDO PAZ FERREIRA

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 XIII • Número 46-47

abril – setembro 2021

DIRETORES

MARIA JOÃO MELÍCIAS
MIGUEL SOUSA FERRO (Diretor-Adjunto)

PROPRIETÁRIOS

AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA

Av. de Berna, 19
1050-037 Lisboa
NIF: 506557057

IDEF

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}
Estrada do Algueirão, 64
2725-019 Mem-Martins

SETEMBRO 2021

N.º DE REGISTO NA ERC

126126

ESTATUTO EDITORIAL

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

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

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 Nuno Cunha Rodrigues – *A cooperação internacional no âmbito das políticas de concorrência dos países*
- 37 Miguel Sousa Ferro – *The reality of access in antitrust private enforcement: overview of 3 years' experience in Portugal*
- 73 Nuno Ricardo Pica dos Santos – *Contraordenações no âmbito económico: sua investigação e a problemática dos meios intrusivos de obtenção da prova*
- 121 BREVES
- 123 João Lopes – *Choque de preços no gás e tempestade elétrica: reflexos nos consumidores e na segurança de abastecimento*
- 143 Lisa Pinto Ferreira – *Energy efficiency first: overcoming the hurdles?*
- 153 JURISPRUDÊNCIA GERAL
- 153 Jurisprudência de concorrência da União Europeia – abril a setembro de 2021
- 169 **Notas Curriculares**
- 173 **Índice consolidado por temas**
- 199 **Colaboração com a Revista de Concorrência e Regulação**
- 201 **Órgãos Sociais**

EDITORIAL/EDITORIAL NOTE

Maria João Melícias

Miguel Sousa Ferro

O número 46-47 da Revista de Concorrência & Regulação abre com a análise de Nuno Cunha Rodrigues sobre o papel da política de concorrência nos países em desenvolvimento, em especial nos países africanos de língua oficial portuguesa, bem como da cooperação internacional neste domínio. O investimento no desenvolvimento e efetiva implementação de uma política de concorrência, com um quadro institucional adequado, é apresentado como um elemento indispensável de uma política mais ampla de desenvolvimento económico e de atração do investimento internacional.

Miguel Sousa Ferro aborda a questão do acesso à prova para ações de private enforcement do Direito da Concorrência. Depois de uma análise

Issue 46-47 of Revista de Concorrência & Regulação opens with Nuno Cunha Rodrigues' analysis of the roles of competition policy and international cooperation in developing countries, in particular, in Portuguese-speaking African countries. The development and effective implementation of a competition policy framework, with an adequate institutional design, is considered as an indispensable component of a broader policy for economic development and for attracting foreign investment.

Miguel Sousa Ferro tackles the issue of access to evidence in the scope of the private enforcement of competition law. After a theoretical overview of the applicable rules, the result of empirical research into the reality of the application of these rules in recent

global das regras aplicáveis, apresentam-se os resultados de Investigação empírica sobre a realidade da aplicação destas regras em Portugal nos últimos anos. Isto leva o autor a conclusões sobre o impacto da transposição da Diretiva 2014/104/UE e os desafios com que ainda se defrontam as partes em litígios privados que pretendam ter acesso a informação confidencial ou não-confidencial.

Nuno Ricardo Pica dos Santos regressa a uma controvérsia jurídica infundável em Portugal, que conheceu recentemente um desenvolvimento importante através de um acórdão do Tribunal Constitucional: a obtenção de meios de prova através do exercício de poderes de autoridade em processos contraordenacionais (em especial, no âmbito da atividade económica). Defende-se que regras gerais de exclusão de certos meios de prova podem ser afastadas em áreas especiais do direito contraordenacional, levando à convergência material com o direito penal.

A Revista de Concorrência & Regulação participa na onda de atenção redobrada exigida pelo combate ao aquecimento global, publicando dois artigos que se centram nestas preocupações.

João Lopes fornece-nos as suas reflexões sobre o impacto económico dos recentes aumentos de preços no setor da energia para os consumidores e para a segurança de abastecimento. Sugere a necessidade de

years in Portugal is presented. This leads the author to draw conclusions as to the impact of the transposition of Directive 2014/104/EU and the practical challenges parties seeking redress still face in order to have access to confidential or non-confidential information.

Nuno Ricardo Pica dos Santos revises an endless legal controversy in Portugal, recently the focus of an important development as a result of a judgment of the Constitutional Court: the collection of evidence by public enforcers in the context of administrative offences procedures (in particular, in the context of economic infringements). It is argued that the general rules which exclude the use of certain types of evidence may be set aside in special areas of the law of administrative offences, leading to a material convergence between this branch of the law and criminal law.

The Revista de Concorrência & Regulação adds its voice to the wave of redoubled attention required by the fight against global warming, by publishing two papers focused on these concerns.

João Lopes provides us with his thoughts on the economic impact of the recent increase in energy prices for consumers and for the security of supply. He suggests the need for a greater degree of economic analysis in the policies aimed at reducing CO2

maior análise económica nas políticas de redução de emissões de CO₂, nomeadamente com o objetivo de prosseguir as soluções que garantam alcançar as metas ambientais com os menores custos possíveis. O autor revela as suas dúvidas sobre grandes opções político-económicas que têm sido tomadas, nomeadamente em Portugal, neste domínio.

Lisa Pinto Ferreira olha para o regime da eficiência energética da UE, incluindo a proposta de Diretiva e uma Recomendação da Comissão associada, identificando os desafios que se prevê que surgirão, em especial para os reguladores nacionais e para os operadores de rede. A autora defende que há vários fatores que dificultam a aplicação prática e o respeito pelo princípio de se dar prioridade à eficiência energética.

Festas Felizes e boas leituras.

emissions, notably by focusing on the solutions which secure the achievement of the relevant environmental goals with the least possible costs. The author expresses his doubts concerning some of the broader political-economic choices which have been taken, namely in Portugal, in this area.

Lisa Pinto Ferreira looks at the EU regime for energy efficiency, including the proposed draft Directive and a related Commission recommendation, and identifies the challenges which can be predicted to arise, in particular for national regulators and network operators. The author argues that there are several factors which render difficult the practical application and compliance with the principle of “energy efficiency first”.

Season’s greetings and enjoy the reading.

C&R

DOCTRINA

Doutrina geral

A COOPERAÇÃO INTERNACIONAL NO ÂMBITO DAS POLÍTICAS DE CONCORRÊNCIA DOS PALOP

*Nuno Cunha Rodrigues**

ABSTRACT *The paper discusses the role of competition policy in developing countries, namely in Portuguese speaking African countries such as Angola and Mozambique where recent NCA's have begun their activities. It explains how local economic circumstances should be perceived and transposed into competition policies followed in those countries.*

Moreover, a taxonomy of instruments of international cooperation available to those NCA's is presented. The role of international organizations and non-governmental organizations in the design of national competition policies is also not forgotten.

It is concluded that competition policy is one of the four pillars of a government's economic policy. In the case of developing countries, it should take into account specific objectives related, in particular, to the reduction of poverty and inequality.

SUMÁRIO 1. Enquadramento geral. 2. A gradual implantação de políticas de concorrência nos PALOP's. 3. Mecanismos de cooperação internacional para a realização de políticas de concorrência nos PALOP's. 4. Conclusão.

KEY-WORDS & JEL CLASSIFICATION CODES Antitrust Law, Competition Authority, Competition Policy, Economic Development, Developing countries, Less Developed Countries, Poverty

* Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Cátedra Jean Monnet. Advogado. The European Commission support for the production of this publication does not constitute an endorsement of the contents which reflects the views only of the authors, and the Commission cannot be held responsible for any use which may be made of the information contained therein.

O presente artigo foi publicado no livro *Estudos Comemorativos dos 30 anos de cooperação entre a Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e a Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane*, AAFDL, 2021, pp. 863-882.

1. ENQUADRAMENTO GERAL

O direito da concorrência tem vindo a expandir-se ao longo dos últimos vinte anos.

Se, em 1950, apenas dez países tinham regimes codificados de direito da concorrência¹ esse número subiu, atualmente, para mais de cento e trinta.²

Representando uma novidade para muitos países, este ramo do direito constitui uma peça fundamental da política de concorrência que é, por sua vez, estruturante de economias que procurem assegurar o funcionamento eficiente e equilibrado dos mercados; a afectação óptima dos recursos e a protecção dos interesses dos consumidores.

A existência de mercados concorrenciais estimula a atratividade de um país como local de negócios, promovendo eficiência económica, produtividade, inovação e crescimento, permitindo, a final, gerar melhores bens e serviços, a preços mais baixos, ampliando, desta forma, o bem-estar dos consumidores.

A política de concorrência constitui, por tudo isto, um dos quatro pilares da política económica de um governo, juntamente com as políticas monetária; orçamental e de comércio.

Pode até suceder que um Estado desenhe e implante uma política de concorrência sem a existência concomitante de legislação da concorrência.

Na verdade, o direito da concorrência tem, tipicamente, um campo de aplicação *ex post*³ não servindo, *per se*, para garantir um funcionamento eficiente dos mercados. Exerce um papel necessário, ainda que complementar, à política de concorrência.

No caso dos países em vias de desenvolvimento, a política de concorrência deve ter em consideração objetivos específicos que não são totalmente coincidentes com os prosseguidos em países desenvolvidos.⁴

Estão em causa finalidades previstas no acordo sobre princípios e regras equitativos para o controle de práticas comerciais restritivas, aprovado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1980 (“UN Set on Competition Policy”).⁵ De harmonia com ponto A, n.ºs 2 e 3 do Acordo, a política de concorrência visa, entre outros aspectos, obter maior eficiência no comércio e

1 Assim, cfr. Shaffer & Nesbitt, 2011: 2.

2 Assim, v. Bradford; Chilton; Megaw & Sokol, 2019: 411.

3 Não se ignora, naturalmente, o regime de controlo prévio de concentrações que, na União Europeia, apenas surgiu no final do século passado com a aprovação do Regulamento 4.064/89.

4 Neste sentido v. o documento da UNCTAD sobre concorrência em Moçambique (UNCTAD, 2013:5)

5 Disponível em <https://ec.europa.eu/competition/international/legislation/unctad.pdf>

desenvolvimento internacional, particularmente dos países em vias de desenvolvimento, de acordo com os objetivos nacionais de economia e desenvolvimento social e estruturas económicas existentes tais como: (a) a criação, incentivo e proteção da concorrência; (b) o controlo da concentração de capital e / ou poder económico; (c) incentivo à inovação para, dessa forma, proteger e promover o bem-estar social em geral e, em particular, os interesses dos consumidores, maximizando o comércio e desenvolvimento.

Não há um modelo “*one size fits all*” de política de concorrência.⁶

A sua arquitectura deve atender à realidade e contexto dos específicos países em que se insere sendo, por isso, crucial definir de forma clara os objetivos que, nesses Estados, se pretende alcançar.

Atente-se na estrutura das economias de países em vias de desenvolvimento.

As economias destes países, bem como as economias em transição, em particular dos países africanos⁷, encontram-se, frequentemente, numa fase de mudança de modelos predominantemente dirigistas ou intervencionistas por parte do Estado para economias mais liberalizadas. Esta alteração decorre da substituição gradual de formas de intervenção económica direta do Estado – suportadas, no passado, pela atuação de empresas públicas – por outras, de intervenção indirecta, em consequência de processos de privatização. Porém, o encerramento destes processos não impede, em muitos casos, a subsistência de monopólios, em diversos sectores de atividade económica, decorrente da manutenção de operadores incumbentes em inúmeros setores, agora em mãos privadas. A tudo isto acresce a circunstância de, nestas economias, o capital privado se encontrar, frequentemente, concentrado, sendo detido por

6 Como observa Eleanor Fox, “*developing countries must develop their own brand of competition law, resisting pressures to copy ‘international standards’ without regard to fit.*” Assim, v. Fox, 2012: 2 que propõe seis modelos teóricos para a criação de regras de direito da concorrência.

V., ainda, UNCTAD, 2010 (*Executive summary*) “*To be effective in supporting the development process, competition law and policy (CLP) need to be supported and compatible with other complementary pro-development policies that can bear on economic development. A spectrum of factors – including social, economic and political environment – dictate the choices for competition provisions and enforcement design.*”

7 Problemas idênticos podem ser encontrados nas economias dos países da América Latina.

A este propósito, v. Odio, 2016: 141-160 (rectius p. 143): “*There are structural reasons in these countries that tend to limit competition even in the presence of international trade liberalization, particularly: (a) competition culture is very limited, (b) economic power concentration, (c) limited financial and human resources, (d) small local markets, (e) entry barriers. Besides, State intervention in key sectors of the economy and the heavy protectionist barriers levied during the Import Substitution Model were still very much in place when the competition laws were enacted.*”

Sobre as políticas de concorrência seguidas nos países da América Latina, v. Sokol 2016: 1-6 e Greco; Petrelli; Romero & Martínez, 2016: 51-66.

um escasso número de entidades, o que representa um outro obstáculo à disseminação de uma política de concorrência.⁸

Estas circunstâncias terão de ser compreendidas e refletidas nas políticas de concorrência em países em vias de desenvolvimento.

Estas políticas devem, entre outros aspectos, dar especial atenção a monopólios ou monopsónios uma vez que estes podem acarretar um sobrecusto para os consumidores e incentivar o particular escrutínio sobre eventuais práticas de abuso de posição dominante⁹ e de dependência económica, atendendo às características das economias em causa. Tudo isto sem esquecer, naturalmente, o papel essencial que a regulação económica setorial desempenha na transição entre setores monopolizados e setores liberalizados.¹⁰

No caso específico de Angola e Moçambique, alguns setores económicos estão concessionados – como sucede com a exploração de petróleo; gás natural e outros recursos naturais ou transportes - o que, não sendo um impedimento à concretização de uma política de concorrência pode, ainda assim, suscitar questões concorrenciais que devem ser antecipadas pelas políticas de concorrência que se pretendem implantar.¹¹

Há ainda outros factos que devem ser ponderados na execução de políticas de concorrência, em países em vias de desenvolvimento, como os que decorrem da existência de economias informais¹² ou, até, de factores culturais endógenos que podem representar um obstáculo (por exemplo, em alguns

8 A este propósito, v. o comentário à Lei-modelo da UNCTAD, p. 57: *“From the particular perspective of developing countries, it should be stressed that market structure often raises serious concerns about enhancing efficiency through regulatory reform and opening regulated industries to competition. For instance, it has been recently and repeatedly observed that the process of reform utilities in South America has not considered market evaluation prior to privatization of public assets in infrastructure industries. The regulated and unregulated activities constituting the market structure were generally undifferentiated, owing to earlier government intervention.”*

V. ainda Waked, 2015: 960.

9 De forma exemplificativa, na África do Sul verificou-se, no passado, um elevado número de casos de abuso de posição dominante depois de ter sido concluído um ambicioso programa de privatizações de operadores incumbentes.

10 Analisando este problema em países da América Latina, v. Oliveira & Orjuela, 2016: 101-116.

11 Neste sentido, v. UNCTAD, 2013: 41: *“While the concessions granted so far by the Mozambican Government may not have materially restricted competition in the relevant markets, because they have mostly been granted to foreign companies which had not previously been players in the economy, and have involved large infrastructure projects (...) the situation is most likely to change. An increasing number of local companies are likely going to be involved in the concession projects as their financial positions improve. The perceived competition concerns over abuse of dominance and vertical restraints would then become a reality.”*

A este propósito v. ainda Rodrigues, 2012: 47-68.

12 Sobre a economia informal em Moçambique, v. UNCTAD, 2013: 43-45.

países, a população considera a existência de preços fixos como um benefício económico). No passado, verificou-se ainda, em alguns países, a subsistência de cartéis que permaneceram enraizados e beneficiaram da complacência de diferentes estruturas da sociedade.¹³ A tudo isto acresce a dificuldade de implantação, em países em vias de desenvolvimento, de programas de clemência – essenciais para a investigação de práticas anti-concorrenciais – cuja utilização é vista, pelas empresas, como moralmente reprovável.

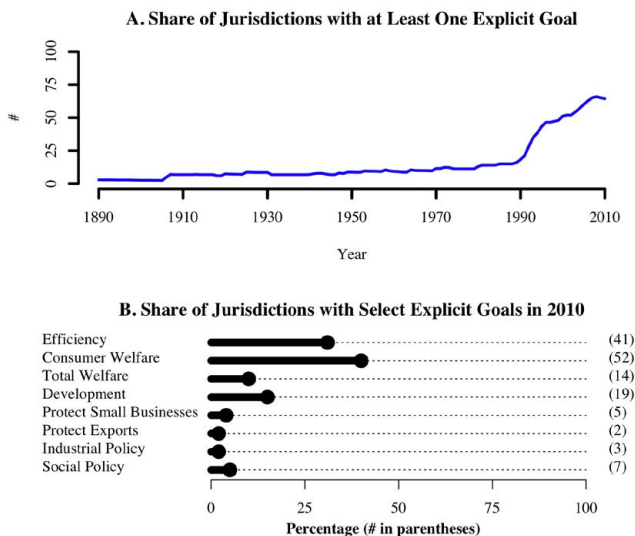
É neste caldo de cultura que a política de concorrência pode considerar, em todos os países, a realização de objectivos tão diversos como a eficiência, o bem-estar dos consumidores, o desenvolvimento económico, a proteção do meio ambiente, de pequenas e médias empresas, de grupos sociais minoritários ou da indústria nacional / campeões nacionais.¹⁴

No caso específico dos países em vias de desenvolvimento, as políticas a prosseguir devem, para além de procurar alcançar algum (ou alguns) dos

13 Em alguns casos podem verifica-se problemas adicionais de corrupção ou nepotismo que permitem a subsistência prolongada no tempo de cartéis. Assim, v. Levenstein & Suslow, 2013.

14 A este propósito v. Wardhaugh, 2016: 22-49.

V., ainda, os dois quadros seguintes, que apresentam dados sobre os objectivos preconizados por autoridades da concorrência a nível mundial. Os quadros são apresentados no estudo de Bradford; Chilton; Megaw & Sokol, 2019: p. 31:



desideratos anteriormente descritos, cumprir o objectivo nuclear de serem um instrumento para a redução da pobreza e da desigualdade.¹⁵

Este último objectivo é, aliás, o tema mais relevante no contexto das considerações relativas a políticas de concorrência em economias emergentes ou em vias de desenvolvimento.¹⁶

Por tudo isto, o desenho e adopção de políticas de concorrência claras e adequadas à realidade nacional constitui pressuposto essencial da política económica a seguir por países em vias de desenvolvimento¹⁷.

2. A GRADUAL IMPLANTAÇÃO DE POLÍTICAS DE CONCORRÊNCIA NOS PALOP'S

Pode afirmar-se que não há, nos Países Africanos de Língua Oficial Portuguesa (PALOP), um historial de aplicação do direito da concorrência.

No caso da Guiné-Bissau e de São Tomé e Príncipe não é conhecida legislação da concorrência, pese embora a participação do primeiro país na Comunidade Económica dos Estados da África Ocidental (CEDEOA).¹⁸

Em Cabo Verde, – que também faz parte da CEDEOA – não foi criada, até hoje, uma lei ou uma autoridade da concorrência, sem prejuízo de se prever no Regime jurídico das agências reguladoras nos sectores económico e

15 Enumerando as seguintes oito áreas através das quais pode alcançar-se a redução da pobreza por via do direito da concorrência, v. Fox, 2013: 332: “(a) *Discounting*; (b) *Market definition choices*; (c) *Leveraging, foreclosure and access violations*; (d) “*Efficient*” *foreclosures*”; (e) *Excessive pricing*; (f) *Buyer power*; (g) *Intellectual property*; (h) *Simpler rules*.”

16 A este propósito v. Anderson & Muller, 2013; Lianos, 2018; Fox, 2007; Stiglitz, 2017; Hovenkamp 2017; Gal, 2017 e Schapiro, 2018.

17 Todos estes aspectos tem impacto no que a UNCTAD designa por desenho apropriado da política e legislação de concorrência e o respectivo enquadramento institucional em países em desenvolvimento e economias em transição que, de forma telegráfica, deve ponderar (a) a independência das ANC; (b) o escrutínio judicial das decisões das ANC; (c) a afectação de recursos financeiros e humanos adequados às ANC; (d) políticas de advocacy adequadas; (e) articulação entre as ANC e os reguladores setoriais; (f) adequação entre os programas de privatização, de concessões e a política de concorrência; (g) adequação entre a política de concorrência e o interesse público; (h) ponderação da economia informal; (i) consideração dos blocos económicos regionais em que se inserem. Assim, v. UNCTAD, 2010.

18 A CEDEOA (ECOWAS) dispõe, desde 2019, de uma Autoridade Regional da Concorrência (*Regional Competition Authority*). Sobre esta entidade cfr. <https://www.ecowas.int/ecowas-launches-regional-competition-authority/>.

financeiro – aprovado pela Lei n.º 20/VI/2003, de 21 de Abril – a eventual criação de uma entidade desta natureza.¹⁹

Os casos de Angola e Moçambique merecem uma atenção especial, uma vez que estes países aprovaram, no passado, políticas e legislação da concorrência.²⁰⁻²¹

As duas leis da concorrência – de Angola e de Moçambique – são, em larga medida, semelhantes e inspiradas na legislação vigente noutros ordenamentos jurídicos, nomeadamente o Português.²²

Há, ainda assim, subtis diferenças.

No caso da legislação de Moçambique, o valor máximo das coimas aplicáveis a práticas anti-concorrenciais pode ir até ao máximo de 5% do volume de negócios das empresas envolvidas²³ e não de 10% como tipicamente ocorre na maior parte dos Estados a nível mundial. Há ainda a admissibilidade de práticas anti-concorrenciais, incluindo abusos de posição dominante, se

19 O artigo 15.º desta lei prevê que as agências reguladoras articulam-se de modo especial com autoridades nacionais encarregadas da defesa da concorrência.

A Constituição de Cabo Verde prevê ainda, no artigo 90.º, n.º 1, al. b) (Princípios gerais da organização económica), que o Estado garante as condições de realização da democracia económica, assegurando, designadamente a igualdade de condições de estabelecimento, actividade e concorrência dos agentes económicos. Sobre os esforços desenvolvidos por Cabo Verde para a criação de uma política e legislação de concorrência, v. Monteiro, Aristides, *A Situação em Cabo Verde*, disponível em http://www.concorrencia.pt/lisbonconferencia2015/assets/PAINEL%205_23.10_11h00-12h30/Am%C3%ADlcar%20Aristides%20Monteiro.pdf

20 Em Angola, o Plano de Desenvolvimento Nacional 2018-2022 determinou a institucionalização da Defesa da Concorrência. Mais recentemente a Lei da Concorrência foi aprovada pela Lei n.º 5/18, de 10 de maio.

21 Moçambique aprovou, em 2007, uma política nacional de concorrência (aprovada pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 37/2007, de 12 de novembro) que previa a necessidade de ser estabelecida uma lei da concorrência e uma autoridade reguladora da concorrência. O texto tem seis páginas e encontra-se disponível em <http://www.acismoz.com/wp-content/uploads/2017/06/000033.pdf>

A Lei da Concorrência de Moçambique foi aprovada pela Lei n.º 10/2013, de 11 de abril. De harmonia com o preâmbulo, a lei enquadra-se no âmbito da Política de Concorrência aprovada pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 37/2007. Mais tarde foi aprovado o Regulamento da Lei da Concorrência pelo Decreto n.º 97/2014, de 31 de janeiro.

22 Exemplificativamente, ambas as leis punem práticas colectivas anti-concorrenciais e práticas individuais incluindo o abuso de posição dominante e o abuso de dependência económica e, em ambos os casos, prevê-se um regime de controlo prévio de concentrações cujos critérios de notificabilidade são idênticos aos previstos na Lei da Concorrência em Portugal. Cfr. artigos 17.º, n.º 1 (Angola) e 24.º, n.º 1 (Moçambique) (quota de mercado / volume de negócios ou facturação anual). Note-se que a densificação destes critérios é remetida, em Angola e em Moçambique, para legislação. No caso de Angola trata-se do Regulamento da Lei da Concorrência aprovado pelo Decreto Presidencial n.º 240/18, de 12 Outubro.

23 Cfr. artigo 29.º, n.º 1 (Moçambique).

justificadas por, entre outras hipóteses, contribuirão para “*a consolidação do empresariado nacional*”.²⁴

Esta admissibilidade corresponde a uma típica cláusula de *interesse nacional* ou de *interesse público*, frequentemente prevista em legislação da concorrência em países em vias de desenvolvimento, que permite, num caso concreto, proceder à ponderação entre a necessidade de salvaguarda da concorrência ou, diversamente, à proteção de um específico interesse público.

Compreendendo-se a inscrição de cláusulas desta natureza na lei – que visam salvaguardar a especificidade de economias mais frágeis –, certo é que, frequentemente, as Autoridades Nacionais da Concorrência (ANC) não estão preparadas para fazer essa ponderação de forma adequada – atendendo até a *ratio* subjacente à existência de ANC’s – favorecendo a tentação, por parte do poder político, de pressionar as ANC’s na ponderação que devem realizar (tipicamente no sentido de, em casos concretos, aplicar cláusulas de interesse público em detrimento da defesa da concorrência).²⁵

Certo é que a definição de uma política de concorrência e de legislação adequada representou um passo significativo para a disseminação da concorrência e das vantagens que lhe são inerentes, em Angola e Moçambique.

Nestes dois países a aplicação das leis seria fiscalizada por Autoridades Reguladoras da Concorrência (ARC).²⁶

24 Cfr. artigo 21.º, n.º 1, al. i) (Moçambique).

25 A este propósito, v. a Lei-modelo da UNCTAC, p. 15, disponível em <https://unctad.org/en/Pages/DITC/CompetitionLaw/The-Model-Law-on-Competition.aspx> : “*where the focus of the law is on considerations of “national interest”, restrictions are examined primarily in the context of whether they have or are likely to have, on balance, adverse effects on overall economic development. This concept, albeit with varying nuances and emphasis, has found expression in existing restrictive business practices legislation in both developed and developing countries. (...) In the United States the jurisprudence takes a hard line against inclusion of non-competition issues as part of an antitrust analysis. For example, the United States Supreme Court stated that the purpose of antitrust analysis “is to form a judgment about the competitive significance of the restraint; it is not to decide whether a policy favoring competition is in the public interest, or in the interest of the members of an industry”.*

V., ainda, a nota de rodapé 28 desta lei: “*It should be noted that a competition authority, particularly if it is an independent administrative body, will not have the political mandate to determine how certain restrictions would affect the “national interest”, or influence a country’s overall economic development”. Because of this, authorizations should be based, in principle, on competition concerns. As an alternative, Governments might consider the possibility that their national authorities could assist the Government in the preparation, amending or reviewing of legislation that might affect competition, such as mentioned in article 8 (1) (f) of the Model Law, and give its advisory opinion on any proposed measure that might have an impact on competition.*”

Sobre a articulação entre o interesse público e a defesa da concorrência em países em vias de desenvolvimento, v. Lewis, 2013: 360-364.

26 Cfr. artigos 4.º a 6.º da Lei n.º 5/18, de 10 de maio (Angola) e artigos 5.º a 14.º da Lei n.º 10/2013, de 11 de abril (Moçambique).

Porém, a ARC de Moçambique acabou por nunca surgir, apesar de prevista na legislação, ao contrário da homóloga, em Angola, que está em funcionamento desde a aprovação do estatuto orgânico, pelo Decreto Presidencial n.º 313/18, de 21 Dezembro, e da subsequente nomeação, em 30 de janeiro de 2019, dos membros do Conselho de Administração. Pode, por isso, afirmar-se que, em Moçambique, o ciclo apenas ficará completo com a criação da ARC.

A definição de prioridades de uma ANC em países em vias de desenvolvimento – à semelhança do previsto no artigo 6.º da Lei da Concorrência de Angola e no artigo 14.º da Lei da Concorrência de Moçambique – terá de considerar a realidade doméstica acolhendo, naturalmente, o objectivo de redução da pobreza e das desigualdades.

A concretização de políticas de concorrência não pode naturalmente ser realizada sem o firme apoio do poder político²⁷ e dos reguladores setoriais.

Assim sendo, o poder político não deve permitir que a criação de ANC's fique no papel, como, aparentemente, sucedeu em Moçambique.

Na verdade, as ANC's não servem apenas para assegurar o respeito pelo direito da concorrência (*enforcement*). Procuram, também, incentivar a formulação de políticas públicas de concorrência adequadas (*advocacy*) que possibilitem, entre outros aspectos, o desmantelamento de monopólios e a liberalização da economia, constituindo, por isso, um elo essencial para a afirmação de políticas de concorrência.

Sabe-se que um dos problemas essenciais que uma ANC jovem enfrenta, nos países em vias de desenvolvimento, diz respeito à obtenção de recursos financeiros adequados e recursos humanos qualificados.²⁸

No primeiro caso, – obtenção de recursos financeiros adequados – será necessário dotar as ANC's de autonomia orçamental, permitindo-lhes elaborar e aprovar os respectivos orçamentos anuais. Aqui, são conhecidas as dificuldades que se colocam à obtenção de receitas pelas ANC's, pois, ao contrário de entidades reguladoras setoriais, não podem basear o modelo de financiamento na cobrança de taxas a entes regulados. Deve, por isso, ser equacionada a criação de um sistema legalmente estruturado, suportado por contribuições por parte de outras entidades reguladoras e/ou por transferências do orçamento do Estado.²⁹

27 V. Kovacic, 2001: 265.

28 Assim v. Ghosal, 2013: 90–114.

29 Cfr., nas leis da concorrência, artigo 4.º, n.º 4 (Angola) e artigo 10.º (Moçambique).

No segundo caso, – recursos humanos qualificados – são também conhecidas as dificuldades que se suscitam no recrutamento de pessoal especializado em países em vias de desenvolvimento.³⁰ A atenuação deste obstáculo passa pela criação, dentro das ANC's, de sistemas de retribuição e de planos de carreira atrativos que garantam estabilidade profissional aos que pretendam ingressar nestas entidades, gerando, por esta via, um sentimento de pertença e integração; incentivando a especialização e diluindo a possibilidade de emergência de problemas típicos de portas giratórias (*revolving doors*) entre reguladores e regulados.

Pretende-se, finalmente, que as ANC's atuem sem receio e de forma decidida e justa (*fearless; firm and fair*).

Paralelamente, o poder judicial deve ser associado ao esforço de disseminação de uma política de concorrência.

O que pressupõe, a montante, a necessidade de dar formação em direito da concorrência a magistrados e, a jusante, garantir uma jurisprudência sólida e constante. Esta última circunstância pode exigir a criação de tribunais especializados.³¹

O contributo do poder judicial para assegurar a efectividade de uma política de concorrência é essencial para garantir o êxito de uma política de concorrência e a eficácia do direito da concorrência, simbolizando a garantia de funcionamento de um Estado de Direito (*rule of law*).

Por fim, o envolvimento da sociedade civil, através da percepção dos benefícios que a concorrência pode trazer ao funcionamento da economia é igualmente essencial para o sucesso da implantação de políticas de concorrência e, por consequência, para a tarefa prosseguida pelas ANC's. A existência de concorrência, por meio de mercados abertos, permitirá que mais empresas possam fornecer bens e serviços e, reciprocamente, que todos possam beneficiar, enquanto consumidores, de melhores produtos e serviços. Devem ser associadas à realização desta política, em particular, as pequenas e médias

30 Referindo-se a um processo gradual e flexível de implementação de uma política e autoridades de concorrência em países em vias de desenvolvimento, v. Winters, 2013: 387: “*Desirable though competition policies are, the process of creating them must be adapted to the developing countries’ priorities, being both flexible and gradual. The development of competition policy takes time and is only one of many steps in the process of development. Attempting to implement overly sophisticated institutions in developing countries would very probably be costly and ineffective because of the countries’ inability to staff and manage them effectively. Enforcing competition requires rare technical and political skills, and poor competition authorities can be part of the problem not part of the solution. In addition, policy-makers need to ask whether competition authorities represent an appropriate use of available labour in economies with skills shortages.*”

31 Assim, v. os exemplos da Dinamarca; Singapura, África do Sul, Reino Unido e Portugal.

empresas – que têm um enorme peso nas economias de Angola e Moçambique³² –, explicando-lhes antecipadamente as oportunidades de que podem beneficiar na eliminação de barreiras à entrada nos mercados e no consequente aumento da concorrência.³³

Tudo isto possibilitará, a final, disseminar e garantir o sucesso de uma política nacional de defesa da concorrência.

3. MECANISMOS DE COOPERAÇÃO INTERNACIONAL PARA A REALIZAÇÃO DE POLÍTICAS DE CONCORRÊNCIA NOS PALOP'S

A emergência de políticas de concorrência em países em vias de desenvolvimento pressupõe, necessariamente, que seja percorrida uma curva de aprendizagem que pode ser acelerada através da cooperação das ANC's com entidades congêneres e organizações internacionais.³⁴

A cooperação, que pode ser organizada de forma voluntária ou ser construída no contexto do labor quotidiano de qualquer ANC, permitirá dotá-las de maior capacidade para garantirem a eficácia da política e do direito da concorrência.

A criação de laços com entidades homólogas ocorre a nível regional – no âmbito de blocos económicos regionais em que o Estado se insere – mas também no contexto global, nomeadamente em consequência do que vulgarmente se designa como a extraterritorialidade do direito da concorrência.³⁵

Esta última dimensão surge, por exemplo, como resposta à necessidade de compreender a dinâmica de uma fusão transnacional no contexto

32 Assim, v. UNCTAD, 2013: 42.

33 Referindo-se à necessidade de construir uma “coligação” entre consumidores e pequenas e médias empresas para apoiar a política de concorrência, v. Lewis, 2013: 387.

34 V. Motta & Fernandez, 2016: 67-74.

35 A este propósito v. Gal, 2009 que destaca os recursos limitados que pequenas economias tem para combater práticas anti-concorrenciais transfronteiriças que afetem negativamente sua jurisdição que leva à seguinte conclusão: “*Extraterritoriality is an efficient tool for large jurisdictions that possess sufficient power over foreign firm to command obedience. Small ones often lack the requisite power to discipline foreign entities that harm them. It is thus not surprising that most do not have developed doctrines of extraterritoriality and of comity. Rather, small jurisdictions often act as “free riders” on the prohibitive efforts of other jurisdictions in the international arena.*”

V. ainda Waisberg, 2019 e Kigwiru, 2017.

da apreciação de uma operação de concentração de empresas ou, de forma diversa, como resposta à necessidade de investigação a um cartel transnacional.³⁶

Existem múltiplos instrumentos de cooperação internacional, criados e estimulados por organismos internacionais e por organizações não-governamentais.

Com relevância para os PALOP, assinalam-se as seguintes entidades que disponibilizam instrumentos de cooperação:

- a) UNCTAD;
- b) OCDE;
- c) Organização Mundial do Comércio (OMC);
- d) ICN;
- e) CUTS;
- f) Direcção-Geral da Concorrência da Comissão Europeia;
- g) Auda-NEPAD;
- h) Africa Competition Forum (ACF);
- i) SADC / COMESA / CEDEAO;
- j) Rede Lusófona da Concorrência;
- l) Autoridade da Concorrência de Portugal.

Analisemos algumas destas entidades, pela ordem descrita.

A UNCTAD³⁷ propõe uma lei-modelo em direito da concorrência que apresenta diversas alternativas susceptíveis de serem utilizadas pelas

36 A este propósito v. o documento da ICN disponível em <https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/09/Factsheet2009.pdf> “*Economic globalisation has resulted in an increasing number of investigations and reviews of mergers, cartels and unilateral conduct that transcend jurisdictional boundaries. Agencies need to cooperate with each other on cross-border cases in order to reduce the risk of: (i) sub-optimal enforcement if an agency only has a partial picture of the situation; and (ii) inconsistent outcomes if different jurisdictions reach different conclusions about the same practice.*”

Sobre aspectos práticos desta cooperação entre países africanos, v. UNCTAD, 2019. V. ainda Anderson & Muller, 2013: 22-24.

37 A UNCTAD (Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento) foi criada em 1964, em Genebra, Suíça, no âmbito das negociações do GATT (Acordo Geral de Tarifas e Comércio), sendo um órgão da Assembleia Geral das Nações Unidas que procura promover a integração de países em desenvolvimento na economia mundial.

Em 1980, a Conferência das Nações Unidas sobre Práticas Comerciais Restritivas aprovou o Conjunto de Princípios e Regras Equitativos Acordados Multilateralmente para o Controle de Práticas Comerciais Restritivas (“*UN Set on Competition Policy*”), um acordo multilateral que fornece um conjunto de regras equitativas, relativas ao controle de práticas anticoncorrenciais, reconhece a dimensão de desenvolvimento das leis e políticas da concorrência e fornece uma estrutura para a operação internacional e o intercâmbio de

jurisdições que as queiram acolher atendendo, nomeadamente, aos diferentes graus de maturidade das economias.³⁸ A UNCTAD presta assistência técnica, aconselhamento e formação a países em vias de desenvolvimento,³⁹ destacando-se atualmente a assistência prestada em virtude dos novos desafios concorrenciais suscitados pela economia digital. Outra área de intervenção da UNCTAD, com impacto nos países em vias de desenvolvimento, aparece no contexto do processo de revisões voluntárias (*peer-review*) de leis e políticas de concorrência nacionais que realiza desde 2005.⁴⁰ Em cada processo, visa-se melhorar as leis e políticas de concorrência locais, promovendo a competitividade em conformidade com as específicas necessidades dos países apreciados.⁴¹

A OCDE, pelo Comité da Concorrência (*Competition Committee*), cumpre uma função essencial na promoção da concorrência a nível mundial. Atente-se, em particular, o papel desempenhado na assistência técnica a economias emergentes.⁴²

Assinale-se ainda, a nível global, a função relevante prosseguida pela rede ICN (*International Competition Network*) que procura complementar o trabalho prosseguido por organizações internacionais como a OCDE ou a UNCTAD na promoção da concorrência em países em vias de desenvolvimento. Com interesse para os PALOP, são também de registar os

melhores práticas. O acordo encontra-se disponível em <https://ec.europa.eu/competition/international/legislation/unctad.pdf>

38 A lei-modelo é composta por duas partes: a parte I, com elementos que devem constar de uma lei da concorrência, e a parte II, contendo comentários e alternativas possíveis para a aplicação da lei nos Estados. A lei encontra-se disponível em <https://unctad.org/en/Pages/DITC/CompetitionLaw/The-Model-Law-on-Competition.aspx>

39 V. a estratégia definida pela UNCTAD a este propósito, disponível em https://unctad.org/meetings/en/Presentation/ciclp18_PPTs_Cap_Build_Unctad.pdf: “*Strengthening of institutional capacities in competition laws and policies, the formulation and enforcement of competition rules, and the fostering of national and regional competition policies in Africa, Asia and the Pacific, the Balkans, Latin America and the Caribbean, and the Middle East and North Africa. The strategy focuses on the following aspects and issues: a) Technical assistance for consumer protection policy and regulation; b) An enabling environment for the private sector; d) Expanded regional focus; e) Follow-up and impact assessment of activities.*”

40 Sobre o processo de revisões voluntárias (*peer-review*) realizado pela UNCTAD v. https://unctad.org/en/PublicationChapters/tc2015d1rev1_S03_P02.pdf

41 V. de forma exemplificativa, o processo de *peer-review* realizado no Botswana, em 2018, disponível em https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/ditccpl2018d1_en.pdf

42 A OCDE disponibiliza ainda uma base de dados contendo os acordos de cooperação (MoU) entre ANC's e uma lista de acordos de cooperação em diferentes domínios no direito da concorrência. Contendo inúmeras informações, v. <https://www.oecd.org/competition/internationalco-operationandcompetition.htm>

documentos sobre a criação de ANC's em países em vias de desenvolvimento e em economias de transição, de 2003⁴³, e a formação sobre concorrência em países em vias de desenvolvimento, em que são analisados problemas específicos de ANC's.⁴⁴

A OMC procurou, no passado, estudar a interacção entre o comércio e a concorrência tendo, para o efeito, criado um grupo de trabalho (*Working Group on the Interaction between Trade and Competition Policy* (WGTCPP)) que, porém, acabou por ser dissolvido, em 2004, em consequência do fracasso da Ronda de Doha. O Grupo de Trabalho deixou muitos trabalhos e documentos sobre política de concorrência em países em vias de desenvolvimento que são, ainda, bastante atuais. A OMC disponibiliza, nos nossos dias, assistência técnica no domínio do comércio internacional e concorrência.⁴⁵

Por outro lado, organizações não-governamentais, como a CUTS International (Competition, Investment & Economic Regulation (CCIER)), têm desenvolvido importantes projectos de cooperação com diversas ANC's, que devem ser conhecidos e aproveitados pelos PALOP.⁴⁶

Na União Europeia, a Direcção-Geral da Concorrência da Comissão Europeia procura promover a cooperação com países em vias de desenvolvimento, estando disponível informação pública sobre acordos bilaterais celebrados e em vigor em dezenas de países.⁴⁷

Em África, destaca-se o papel da Agência para o Desenvolvimento da União Africana (AUDA-NEPAD) e do Fórum da Concorrência em África (African Competition Forum - ACF) na promoção da concorrência neste continente. Este Fórum, constituído em 2010, sob a influência da África do Sul, e composto por trinta e cinco ANC's, visa incentivar a adoção, pelos Estados Africanos, de leis de concorrência, apoiando-os nessa tarefa e criando mecanismos de cooperação quer ao nível da partilha de conhecimento quer

43 Cfr. ICN, 2003.

44 Disponível em <https://www.internationalcompetitionnetwork.org/training/developing-countries-and-competition/>

45 A informação pode ser consultada em https://www.wto.org/english/tratop_e/comp_e/ta_e.htm A este propósito v. Wardhaugh, 2016: 22-49.

46 Os trabalhos realizados podem ser acedidos em <https://cuts-ccier.org/competition-policy-law/> Assinale-se, em particular, a relevante obra colectiva promovida pela CUTS sobre concorrência e desenvolvimento económico (CUTS, 2016).

47 A informação encontra-se disponível em <https://ec.europa.eu/competition/international/bilateral/>

na cooperação em casos concretos, nomeadamente em sede de controlo prévio de concentrações transfronteiriças.⁴⁸

A nível regional, registre-se ainda a integração de Moçambique na SADC (Comunidade de Desenvolvimento da África Austral (SADC)).⁴⁹ No âmbito desta organização Moçambique assinou a Declaração da SADC sobre Cooperação Regional e Política de Concorrência e Defesa dos Consumidores, sendo membro do Comitê de Direito e Política de Concorrência e Consumidores (CCOPOLC) criado para incrementar o sistema de cooperação sob essa Declaração.⁵⁰ No entanto, a aparente paralisia da SADC tem impedido o aprofundamento da cooperação entre Estados-membros.

Há outros países de língua oficial portuguesa que podem beneficiar da integração em blocos económicos regionais para melhorar a política nacional de concorrência. Temos presente o caso de Angola, por meio da COMESA, em particular o trabalho desenvolvido pela *Comesa Competition Commission*⁵¹, ou a Guiné-Bissau e Cabo Verde, pela CEDEAO.⁵²

Anote-se igualmente a criação, em 2004, da Rede Lusófona da Concorrência, no âmbito da Comunidade de Países de Língua Portuguesa (CPLP), que tem como membros as entidades responsáveis pelas questões de concorrência dos países de língua portuguesa. Esta Rede tem por finalidade promover a cooperação técnica entre os seus membros, com vista à criação e consolidação dos fundamentos de sistemas de concorrência nos moldes das boas práticas internacionais.⁵³

48 As informações sobre o ACF podem ser consultadas em <http://www.compcom.co.za/african-competition-forum/>

49 São conhecidos os efeitos positivos que a integração em blocos económicos regionais pode trazer para o desenvolvimento de políticas de concorrência nos Estados participantes. Assim, v. Fox, 2012: 18-23 e Gal, 2010.

A maioria dos países da SADC adotou políticas e leis da concorrência a nível nacional e criou autoridades da concorrência. Estão em causa os seguintes países: Botsuana (2009), Madagáscar (2005) Malawi (1995), Maurício (2007), Namíbia (2003), Seychelles (2010), África do Sul (1979), Suazilândia (2007), Tanzânia (2007), Zâmbia (1994) e Zimbábue (1996).

Sobre a política de concorrência da SADC v. Chapeyama, 2015.

50 A este propósito, v. UNCTAD, 2013: 49.

51 Cfr. a informação apresentada em <https://www.comesacompetition.org/>

52 Sobre os processos de integração regional em África, v. Herdegen, 2013: 293 e segs.

Registe-se ainda a existência de um outro bloco económico regional – a *East Africa Community Competition Authority (EACCA)* – da qual não faz parte nenhum país PALOP. Sobre esta organização, cfr. <https://www.eac.int/>

53 A criação da Rede foi acompanhada da aprovação da Declaração do Rio de Janeiro que procura incentivar os Estados a criarem quadros de política económica amigáveis da concorrência e a introduzirem leis da

Também a Autoridade da Concorrência de Portugal (AdC) tem promovido a cooperação com os PALOP – tarefa que é, aliás, considerada como uma prioridade na actividade internacional da AdC – tendo, entre outras actividades, celebrado, em 2012, um protocolo de cooperação técnica com a Direção Nacional de Comércio de Moçambique.⁵⁴

4. CONCLUSÃO

A política de concorrência constitui um dos quatro pilares da política económica de um governo. No caso dos países em vias de desenvolvimento, deve, entre outros, ter em consideração objetivos específicos relacionados, em particular, com a redução da pobreza e das desigualdades.

Se, até um passado recente, era visível um atraso, por parte dos PALOP's, no desenvolvimento de políticas de concorrência, os exemplos de Moçambique e, sobretudo, de Angola, dão a entender que aquele atraso poderá ser ultrapassado se for compreendida a importância que a concorrência tem para o desenvolvimento económico.

Para o efeito, os PALOP's dispõem, atualmente, de um número considerável de instrumentos de cooperação que permitem potenciar o desenvolvimento de políticas e legislação de concorrência adequadas à realidade doméstica. É desejável que tal aconteça em ordem a contribuir para a afirmação de políticas de *good governance*, cartão-de-visita de qualquer Estado, determinantes para atrair investimento internacional.

Não há, no mundo atual, alternativas para países que se queiram desenvolver.

Assim haja vontade política.

concorrência. A Declaração encontra-se acessível em http://www.concorrenca.pt/SiteCollectionDocuments/AdC/declaracao_rio.pdf

54 O protocolo encontra-se disponível em http://www.concorrenca.pt/vPT/Sistemas_da_Concorrenca/Sistema_Internacional_da_Concorrenca/Cooperacao_Institucional_Bilateral/Protocolos-de-Cooperacao-Tecnica/Documents/ProtocoloCooperacao-Mocambique.pdf

Sobre o papel da Autoridade da Concorrência na cooperação com PALOP's e a Rede Lusófona de Concorrência v. Gomes, 2015: 22-23.

BIBLIOGRAFIA

- ANDERSON, Robert D. & MULLER, Anna Carolina
 2013 *Competition Policy and Poverty Reduction: A Holistic Approach*, disponível em <https://ssrn.com/abstract=2223977> (consultado em 15.09.2021)
- BRADFORD, Anu; CHILTON, Adam S.; MEGAW, Chris & SOKOL, Nathaniel
 2018 “Competition Law Gone Global: Introducing the Comparative Competition Law and Enforcement Datasets”, in *Journal Of Empirical Legal Studies*, Vol. 16, pp. 411ss, disponível em https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/2514 (consultado em 15.09.2021)
- CHAPEYAMA, Salome
 2015 *Developing a regional competition regulatory framework in the Southern African Development Community (SADC)*, University of the Western Cape, disponível em <http://etd.uwc.ac.za/xmlui/handle/11394/4765> (consultado em 15.09.2021)
- Fox, Eleanor M.
 2007 “Economic Development, Poverty, and Antitrust: The Other Path”, in *Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas*, vol. 13, pp. 211ss.
 2012 “Competition, Development and Regional Integration: In Search of a Competition Law Fit for Developing Countries”, *NYU Center for Law, Economics and Organization, Law & economics Research Paper, working paper n.º 11-04*
- GAL, Michal S.
 2009 “Extra-territorial Application of Antitrust – The Case of a Small Economy: Israel” in Guzman, Andrew (Ed.), *Cooperation, Comity, and Competition Policy*, Oxford: Oxford University Press
 2010 “Regional Competition Law Agreements: An Important Step for Antitrust Enforcement”, in *U. Toronto L.J.*, vol. 60, pp. 239ss.
 2017 *The Social Contract at the Basis of Competition Law*, disponível em <https://ssrn.com/abstract=3014354> (consultado em 15.09.2021)
- GHOSAL, Vivek
 2013 “Resource Constraints and Competition Law Enforcement: Theoretical Considerations and Observations from Selected Cross-Country Data”, in Sokol, D. Daniel; Cheng, Thomas K. & Lianos, Ioannis (eds.), *Competition Law and Development*, Stanford CA: Stanford University Press, pp. 90-114

GOMES, António Ferreira

2015 “Discursos de abertura e de encerramento”, in *Revista de Concorrência & Regulação*, números 23-24, pp. 22-23.

GRECO, Esteban; PETRECOLLA, Diego; ROMERO, Carlos A. & MARTÍNEZ, Juan P. Vila

2016 “Competition Policy and Growth: Evidence from Latin America” in Peña, Julián & Calliari, Marcelo (eds.), *Competition Law in Latin America – A Practical Guide*, 1st ed., Wolters Kluwer, pp. 51-66

HERDEGEN, Matthias

2013 *Principles of International Economic Law*, 1st ed, Oxford: Oxford University Press

HOVENKAMP, H.

2017 “Antitrust Policy and Inequality of Wealth”, in *Faculty Scholarship at Penn Law*, 1769, disponível em http://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/1769 (consultado em 15.09.2021)

KIGWIRU, Vellah Kedogo

2017 *Cross-Border Competition Enforcement in Africa: Developments, Opportunities, Challenges and the Way Forward*, disponível em <https://ssrn.com/abstract=3534982> (consultado em 15.09.2021)

KOVACIC, William

2001 “Institutional Foundations for Economic Legal Reform in Transition Economies: The case of competition policy and antitrust enforcement”, in *Chi.-Kent L. Rev.*, vol. 77, pp. 265ss

LEVENSTEIN, Margaret & SUSLOW, Valerie Y.

2003 “Contemporary International Cartels and Developing Countries: Economic Effects and Implications For Competition Policy”, in *Antitrust Law Journal*, vol. 71, pp. 801ss

LEWIS, David

2013 “Competition and poverty reduction”, in OCDE, *Global Forum on Competition, Competition and poverty reduction*, DAF/COMP/GF(2013)12 disponível em <https://www.oecd.org/daf/competition/competition-and-poverty-reduction2013.pdf> (consultado em 15.09.2021)

LIANOS, Ioannis

2018 “The Poverty of Competition Law – The Long Story”, in *CLES Faculty of Laws, UCL, Research Paper Series*, 2/2018, April 2018

- MOTTA, Eduardo Perez; FERNANDEZ, Mateo Diego
 2016 “International Cooperation between Competition Agencies” in Peña, Julián & Calliari, Marcelo (eds.), *Competition Law in Latin America - A Practical Guide*, 1ST ed., Wolters Kluwer, pp. 67-74
- ODIO, Edgar
 2016 “Competition Law in Central America and the Years to Come” in Peña, Julián & Calliari, Marcelo (eds.), *Competition Law in Latin America - A Practical Guide*, 1st ed., Wolters Kluwer, pp. 141-160
- OLIVEIRA, Gesner & ORJUELA, Germán
 2016 “Competition in Regulated Markets in Latin America: Overview and Challenges” in Peña, Julián & Calliari, Marcelo (eds.), *Competition Law in Latin America - A Practical Guide*, 1st ed., Wolters Kluwer, pp. 101-116.
- PEÑA, Julián & CALLIARI, Marcelo (eds.)
 2016 *Competition Law in Latin America - A Practical Guide*, 1st ed., Wolters Kluwer
- RODRIGUES, Nuno Cunha
 2012 “A adjudicação de concessões na nova lei da concorrência”, in *Revista de Contratos Públicos*, n.º 5, pp. 47-68
- SAMÀ, Danilo
 2013 “The Effectiveness of Competition Policy: An Economic Assessment in Developed and Developing Countries”, in *Law & Economics LAB, LUISS “Guido Carli” University, Rome*, pp. 1-50, disponível em <https://ssrn.com/abstract=2425335> (consultado em 15.09.2021)
- SCHAPIRO, Carl
 2018 “Antitrust in a Time of Populism”, in *International Journal of Industrial Organization*, vol. 61, pp. 714-748 disponível em <https://faculty.haas.berkeley.edu/shapiro/antitrustpopulism.pdf> (consultado em 15.09.2021)
- SHAFFER, Gregory C. & NESBITT, Nathaniel H.
 2011 “Criminalizing Cartels: A Global Trend?”, in *Sedona Conference Journal*, vol. 12, pp. 2ss disponível em <http://ssrn.com/abstract=1865971>
- SOKOL, Daniel
 2016 “The Second Wave of Latin American Competition Law and Policy” in Peña, Julián & Calliari, Marcelo (eds.), *Competition Law in Latin America - A Practical Guide*, 1st ed., Wolters Kluwer, pp. 1-6
- STIGLITZ, Joseph
 2017 “Towards a Broader View of Competition Policy”, in Bonakele, T.; Fox, E. & McNube, L. (eds.), *Competition Policy for the New Era - Insights from the BRICS Countries*, Oxford: Oxford University Press, p. 4-21.

WAISBERG, Ivo

2019 *International Antitrust Approaches and Developing Countries*, disponível em <https://ssrn.com/abstract=3424274> (consultado em 15.09.2021)

WAKED, Dina I.

2015 “Antitrust Goals in Developing Countries: Policy Alternatives and Normative Choices”, in *Seattle University Law Review*, vol. 38, n.º 3, pp. 945ss

WARDHAUGH, Bruce

2016 “Buying Competition: Developing Competition Regimes Through a WTO-Compliant Generalised System of Preferences”, in *Manchester Journal of International Economic Law*, vol. 13(1), pp. 22-49

WINTERS, L. Alan

2013 OCDE, Global Forum on Competition, Competition and poverty reduction, DAF/COMP/GF(2013)12 disponível em <https://www.oecd.org/daf/competition/competition-and-poverty-reduction2013.pdf> (consultado em 15.09.2021)

Documentos Oficiais

CUTS INTERNATIONAL

2016 *Pursuing Competition and Regulatory Reforms for Achieving Sustainable Development Goals*, Jaipur, disponível em https://cuts-ccier.org/pdf/Pursuing_Competition_and_Regulatory_Reforms_for_achieving_SDGs.pdf

ICN

2003 *Building credible competition authorities in developing and transition economies, Report prepared by the ICN Working Group on Capacity Building and Competition Policy Implementation*, ICN 2nd Annual Conference, Mérida, Mexico, disponível em https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/09/CPI_CapacityBuilding2003.pdf (consultado em 15.09.2021)

OCDE

2013 *Global Forum on Competition, Competition and poverty reduction*, DAF/COMP/GF(2013)12, disponível em <https://www.oecd.org/daf/competition/competition-and-poverty-reduction2013.pdf> (consultado em 15.09.2021)

UNCTAD

2010 *The role of competition policy in promoting economic development: The appropriate design and effectiveness of competition law and policy*, TD/RBP/CONF.7/3, disponível em https://unctad.org/system/files/official-document/tdrbpconf7d3_en.pdf

- 2013 *Competition issues in the economy of Mozambique*, disponível em https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/ditccclp2011d6_en.pdf (consultado em 15.09.2021)
- 2019 *Cooperation of Competition Authorities in the Fight Against Cross-Border Anti-Competitive Practices and Mergers – The Case of Kenya*, disponível em https://unctad.org/meetings/en/Contribution/ciclp18th_cont_Kenya%20Comp%20Auth1.pdf (consultado em 15.09.2021)

THE REALITY OF ACCESS IN ANTITRUST PRIVATE ENFORCEMENT: OVERVIEW OF 3 YEARS' EXPERIENCE IN PORTUGAL

Miguel Sousa Ferro

ABSTRACT *This paper aims at bridging the gap between the theory and practice of access to evidence in antitrust private enforcement, focusing on the reality of the Portuguese legal order. It begins by providing an overview of the national legal provisions applicable to access to evidence, in the various contexts where it may take place. It then describes the reality and practice of the Portuguese administrative and judicial authorities, on the basis of empirical research. The comparison between the two allows identifying the real challenges and arriving at some suggestions for how to ensure to effectiveness of the rights of the parties to private enforcement litigation, when it comes to access to means of evidence.*

SUMMARY 1. Introduction. 2. The legal framework. 3. Publicity and databases of court cases. 4. Administrative access before the Competition Authority. 5. Judicial access prior to filing claim. 5.1. Access to civil litigation. 5.2. Access to appeals of public enforcement decisions. 5.3. Access to interlocutory appeals in public enforcement investigations. 5.4. Actions for pre-filing discovery. 6. Judicial access after filing claim. 7. Conclusion

KEY-WORDS Antitrust, Competition Law, Private Enforcement, Access to Evidence

1. INTRODUCTION

As was identified early on in the discussion about why actions for damages based on antitrust infringements were so rare in the European Union, “*access by claimants to (...) evidence is the key to making damages claims effective*”¹, and there were serious obstacles to such access throughout the EU. Accordingly, the introduction of harmonized rules on access to evidence was one of the

1 European Commission, 2005: §2.1.

main concerns of the Damages Directive². The Directive proudly announces that the “*rules in this Directive on the disclosure of documents (...) ensure that injured parties retain sufficient alternative means by which to obtain access to the relevant evidence that they need in order to prepare their actions for damages*”³. It’s a bold statement.

But do the Directive’s rules really ensure access to evidence and necessary information? Not just for claimants, but also for defendants? The goal of this paper is to tackle these questions, going beyond the letter of the law. Anchoring ourselves in the Portuguese legal order⁴, the paper sets out to compare the existing theoretical legal framework with the underlying reality of legal practice, the living pulse of the law, as it truly exists in society.

Three years having elapsed since the entry into force of the transposition of the Damages Directive, it is a good time to take stock of how the rules on access have been applied in the Portuguese jurisdiction. We are unaware of similar studies for other EU jurisdictions, and so will not be able to establish comparisons with other Member States.

Adhering to the ASCOLA declaration of ethics, the author hereby discloses to be acting as a lawyer in several pending cases in Portugal, namely dealing with access issues and including cases mentioned in this paper. All efforts were made to ensure objectivity, providing factual descriptions and avoiding judgments and personal assessments, except in the conclusions. This has been done namely by consulting and presenting the views of legal counsel involved in antitrust private enforcement cases on both the claimants’ (2 lawyers interviewed) and the defendants’ side (3 lawyers interviewed). Additionally, the paper was subjected to peer review, including by one magistrate, and the paper was revised in light of the reviewers’ comments.

2 Directive 2014/104/EU of the European Parliament and of the Council of 26 November 2014 on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union (OJ L 349/1, 05/12/2014).

3 Damages Directive, recital 27 (emphasis added).

4 For an earlier analysis of the legal framework on access to evidence in Antitrust private enforcement, see: Rossi, L. & Sousa Ferro, M., 2015.

2. THE LEGAL FRAMEWORK

The relevant legal framework, described below, is complex and includes:

- i)* constitutional rights and fundamental rights;
- ii)* general right of access to means of evidence and pre-filing discovery mechanism;
- iii)* rules on publicity and access in civil procedure;
- iv)* rules on publicity and access in criminal procedure (applicable namely to public enforcement appeals);
- v)* rules on publicity and access to administrative documents (applicable namely to non-fining public enforcement procedures and to *res judicata* fining procedures);
- vi)* special rules for access to competition law public enforcement procedures and for access in the framework of antitrust private enforcement; and
- vii)* special rules for access to procedures by lawyers.

(i) Constitution and fundamental rights

The Portuguese Constitution guarantees the rule of law, the right of access to justice and to effective, equitable and timely judicial redress⁵, as well as a right to information⁶. It guarantees that court hearings should be public, except when otherwise determined for the protection of specified interests⁷. These fundamental rights and principles find their parallel in the ECHR (as clarified in case-law)⁸, which is binding in Portugal. And also in the EU Charter of Fundamental Rights, whenever EU Law is being applied⁹.

The Constitution also protects personal domiciles and the confidential nature of correspondence and other means of communication (which cannot be interfered with, except in criminal proceedings), and prohibits access to others' personal data except when authorized by law¹⁰. Together with

5 Articles 2 and 20 of the Portuguese Constitution (see also Article 202(2)).

6 Articles 37 and 60(1) of the Portuguese Constitution.

7 Article 206 of the Portuguese Constitution.

8 Articles 6 and 13 of the European Convention of Human Rights.

9 Article 47 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union. See also Articles 41 and 42, on right to good administration right of access to documents held by the EU.

10 Articles 34 and 35(4) and (7) of the Portuguese Constitution.

some legal provisions, these rules typically lead to debates about whether the Competition Authority may have access to emails and other correspondence which have already been opened¹¹.

The right of popular action, in representation of collective, diffuse or individual homogenous interests (which includes the pursuit of antitrust private enforcement actions), is constitutionally granted to individual citizens and to associations¹², and then regulated in general and matter-specific legislation¹³. This right has been, and continues to be, exercised in Portugal, in the context of antitrust private enforcement, to prepare or pursue representative opt-out actions on behalf of all injured consumers, and may also be used in the future to represent all injured undertakings.

(ii) General right of access to means of evidence and pre-filing discovery mechanism

The Civil Code¹⁴ sets out the general rule according to which a person who has reasons to doubt the existence or content of his/her/its right, is entitled to access information and documents needed to make that determination (including making copies), and the holders of such information and documents have an obligation to grant access to them¹⁵.

In order to protect this right, the Code of Civil Procedure¹⁶ sets out a mechanism for pre-filing discovery, to obtain a decision from a court ordering one person to surrender to another documents to which the latter is entitled under those provisions of the Civil Code¹⁷. The procedure is supposed to be an expedited one (e.g., only 15 days for defence). If the court's order is not complied with, another action must be filed to obtain the judicial seizure of the documents. The Private Enforcement Act has clarified that this mechanism may also be used to assess or prove the existence of rights deriving from Antitrust law¹⁸.

11 In Antitrust, this issue has systematically been answered in the affirmative, but it is still litigated in every single public enforcement appeal.

12 Articles 52(3) and 60(3) of the Portuguese Constitution.

13 Law 83/95, as last revised by Decree-Law 214-G/2015 (Popular Action Act); Article 31 of the Code of Civil Procedure; Article 19 of Law 23/2019 (Antitrust Private Enforcement Act); Articles 31 and 32 of Decree-Law 486/99 (Securities Code); Article 18(1)(l) and n) of Law 24/96 (Consumer Defence Act); Article 7(2) a) of Law 19/2014 (Environmental Policy Act); Articles 9 and 10(4) of Law 107/2001 (Cultural Patrimony Act).

14 Decree-Law 47344/66, last revised by Law 65/2020.

15 Articles 573 to 576 of the Civil Code.

16 Law 41/2013, as last revised by Law 117/2019.

17 Articles 1045 to 1047 of the Code of Civil Procedure.

18 Article 13 of the Private Enforcement Act.

(iii) Civil procedure

The access regime to court cases and documents held by courts varies depending on the type of case – civil (e.g. antitrust private enforcement) or misdemeanor/criminal (e.g. appeal of public enforcement decision).

Both civil and criminal cases are carried out through the web-platform Citius, with all pleadings and decisions being submitted and notified electronically. This platform is accessible to judges, court clerks and lawyers. As a rule, access to case files, when requested by lawyers, is granted electronically through Citius. However, the platform does not allow differentiation between confidential and non-confidential documents or versions. Thus, whenever a case file includes even one confidential document, access can no longer be granted through the platform (even to the parties' lawyers), and the case must be consulted or physical or electronic copies of it obtained directly at or from the court. As an alternative, it seems possible to exclude confidential documents from Citius, keeping them in a separate physical file, so that the remaining continue to be accessible through Citius, but this did not occur in any of the cases analysed.

Access to civil court cases is governed by the *lex specialis* for competition law and by the Code of Civil Procedure. Under the latter, the right of access to justice includes the right to obtain a timely judicial decision and see it enforced, with an adequate mechanism necessarily being available to defend any right (a national expression of the principle of effectiveness)¹⁹. The principle of equality between parties should be ensured²⁰.

Civil proceedings are, as a rule, public²¹. Parties, lawyers and any person who can show a legitimate interest may access the case-file (in principle) through the Citius platform²² and obtain copies (including certified copies) of any documents included therein²³. Exceptions may be made to protect

19 Article 2 of the Code of Civil Procedure.

20 Article 4 of the Code of Civil Procedure.

21 As affirmed in doctrine and quoted in the judgment of the Southern Central Administrative Court, of 15 May 2008 (case no. 03111/07), “*the principle of publicity of procedural acts is a means to combat arbitrariness and ensure truth and justice in judicial decisions (...), namely the possibility of popular control of the bodies which – like the Courts – exercise powers of sovereignty*”.

22 The Citius platform is accessible here: <https://www.citius.mj.pt/Portal/Default.aspx>. Citius is the name of an online platform (in fact, a collection of platforms) developed by the Portuguese Ministry of Justice to allow judicial procedures to be carried out electronically. Through these platforms, it is possible to submit, organize and archive, in electronic format, all documents in a court case file, and to electronically notify the parties' lawyers, as well as to consult the current state of the case-file at any time.

23 Articles 163, 165-167 and 169-171 of the Code of Civil Procedure. Articles 27 and 27-A of Order 280/2013.

human dignity, privacy, public morals, data protection rules or the efficacy of the decision-making in the case in question. Confidentiality (e.g., commercial secrecy²⁴) is not mentioned in this general regime as possible grounds for an exception²⁵. Access should be processed by the courts' secretariat, but whenever the latter has doubts about the existence of the right, or about how it should be exercised, it should submit the issue to be decided by the judge²⁶.

(iv) Criminal procedure (public enforcement appeals)

Access to appeals of decisions of the Portuguese Competition Authority (“AdC”) is governed by the *lex specialis* for competition law, by the General Regime for Misdemeanors, and by the Code of Criminal Procedure²⁷. Under the latter, judicial criminal proceedings are, as a rule, public. Exceptions (“segredo de justiça”) are allowed only during the investigation phase (which does not apply to public enforcement appeals, because the investigation is carried out by the AdC), to protect individual's privacy or with other grounds which are not applicable to antitrust cases²⁸. According to these basic provisions, publicity includes the right of everyone to attend hearings, to consult the case file and to obtain copies thereof²⁹. Although the publicity of hearings may exceptionally be excluded by the court, the reading of the judgment must always be public³⁰.

The Code of Criminal Procedure includes special provisions regulating access by the media, by parties to the proceedings and by others.

Journalists can have access to and may describe the contents of this type of court files, but this right of description and the reproduction of parts of the

24 See Directive 2016/943 of the Parliament and of the Council, of 8 June 2016, on the protection of undisclosed know-how and business information (trade secrets) against their unlawful acquisition, use and disclosure (OJ L 157/1, 15/06/2016).

25 Article 164 of the Code of Civil Procedure.

26 Article 168 of the Code of Civil Procedure.

27 Applicable to misdemeanor proceedings (such as antitrust public enforcement cases) via Article 41 of Decree-Law 433/82.

28 Articles 86 and 87 of the Code of Criminal Procedure. As noted in Article 86(9) to (11), access is possible even during the investigation phase of court cases under “segredo de justiça”, subject to case-by-case assessment of proportionality (to the extent this is indispensable for those persons to exercise their rights, including filing a civil claim for damages).

29 Article 86(6) of the Code of Criminal Procedure.

30 Article 87(5) of the Code of Criminal Procedure (see also Article 372(3)). See: Judgment of the Lisbon Appeal Court of 11 March 2015 (case no. 204/13.6YUSTR.L1-A), reaffirming the publicity of the judgment as a requirement of the rule of law.

case file can be subject to limitations until the judgment is adopted³¹. They are always deemed to have a legitimate interest simply by invoking journalistic access to sources of information³².

Persons who suffered damage as a result of the crime (or misdemeanor), or who may be held liable for that damage, are granted the right to consult and obtain copies of the case file even during the investigation phase, and even if “segredo de justiça” has been decreed (unless the Public Prosecutor opposes this and the judge agrees)³³. Once the case becomes public (which is always the case after the investigation phase), injured persons and those who may be held liable may request the free consultation of the case file (even to consult it outside the court)³⁴. However, because the title of this provision refers to “parties to the proceedings”, it has mostly been interpreted as applying only if the persons in question are parties to the proceedings. In criminal cases, injured persons can intervene in the case and become parties thereto, but in misdemeanor cases this has so far been deemed not to be possible. So a path for access and updated information which is open to injured parties in criminal cases has tended to be interpreted as not open to them in appeals of antitrust public enforcement decisions.

Other persons may also be granted access to the case file, and to obtain (at their expense) copies thereof, if they show a legitimate interest³⁵. It is in this category that requests for access to public enforcement appeals by injured persons have generally been included.

(v) Administrative documents

Access to administrative documents, including documents held by the Portuguese Competition Authority, is governed by the *lex specialis* for competition law, by the Code of Administrative Procedure³⁶ and by the Access to Administrative Documents Act³⁷. There is some legal uncertainty concerning

31 Article 88 of the Code of Criminal Procedure.

32 Article 8(2) and (3) of Law 1/99 (Journalism Act). Judgment of the Lisbon Court of Appeal of 18/09/2014 (case no. 3499/12.9JFLSB-F.L1-9).

33 Article 89(1) and (2) of the Code of Criminal Procedure.

34 Article 89(4) of the Code of Criminal Procedure.

35 Article 90(1) of the Code of Criminal Procedure. The only exceptions foreseen to this rule are not relevant for antitrust cases.

36 Decree-Law 4/2015, as revised by Law 72/2020.

37 Law 26/2016, last revised by Law 33/2020.

whether this regime applies also to access to documents held by the AdC in misdemeanor proceedings (e.g., declaration of antitrust infringements), or whether those proceedings are governed only by misdemeanor/criminal law, at least until the decision is *res judicata* (majority opinion seems to lean to the latter). It's certain, at least, that these provisions apply to access to AdC merger control cases.

Administrative proceedings are subject to the principle of open administration. Anyone, without having to show a specific interest, has the right of access to, and to copies of, administrative documents, as long as privacy, confidentiality and other interests are safeguarded³⁸. This is further regulated in the Access to Administrative Documents Act, which (*inter alia*) transposes Directives 2003/4/EC and 2003/98/EC. Persons who see their right of access to documents held by any Portuguese administrative body infringed can appeal to an independent committee (Commission on Access to Administrative Documents), and this suspends the deadline to exercise the right of appeal before administrative courts.

(vi) Special competition law rules

The *lex specialis* for competition law is set out in the Competition Act³⁹ and Private Enforcement Act⁴⁰. While requiring the AdC to protect confidential information⁴¹, the Competition Act establishes that public enforcement cases are, as a rule, public (with the exception of ordering “segredo de justiça” while needed to protect investigations, at the latest up to the adoption of the final decision, but usually until the adoption of the Statement of Objections)⁴².

Any third party which shows a legitimate interest has a right of access to, and to obtain copies of (at their own expense), the public enforcement case file⁴³. Confidential information should be available only to external counsel

38 Articles 17, 18, 82, 84 and 85 of the Code of Administrative Procedure. See also Article 68, on legitimacy to initiate and intervene in administrative proceedings. The absence of a need to argue specific interest is made clear in Article 5 of the Access to Administrative Documents Act.

39 Law 19/2012, as revised by Law 23/2018.

40 Law 23/2018.

41 Articles 30, 32 and 33(4) of the Competition Act.

42 Article 32 of the Competition Act. Even while the case is subject to “segredo de justiça”, duly pondered exceptions may be made to provide access to third parties (Article 32(5) of the Competition Act).

43 Articles 33(3) and 48 of the Competition Act.

or economic advisors of addressee undertakings (subject to safeguards), but an exception is explicitly made for access regulated by the Private Enforcement Act⁴⁴. Statements and documents prepared specifically for leniency and transaction proposals are protected, as regulated further in Private Enforcement Act⁴⁵.

The Lisbon Appeal Court has once stated that the Competition Act does not govern publicity and secrecy during judicial review of AdC decisions, which is governed by the Code of Criminal Procedure⁴⁶, but in other judgments it has applied to the rules of the Competition Act to the appeal phase (including to access issues).

AdC antitrust decisions and judicial review decisions must be published by the AdC on its website⁴⁷. The AdC also receives from the courts every private enforcement claim, defence and judgment, but the law does not require it to make them accessible⁴⁸.

When it comes to access to evidence, the Private Enforcement Act faithfully transposes Directive 2014/104/EU, without innovating or going beyond what was required, except in one regard. Its obligations are thus well-known to all those who are familiar with the Damages Directive⁴⁹. This Act makes it clearer that courts confronted with requests of access to evidence needed to assess, or to prove, the existence of a right to damages arising from an anti-trust infringement must grant access, even to confidential information (with the exception of legal privilege and black and grey-listed public enforcement documents), carrying out a proportionality assessment. Crucially, access rules must comply with the principle of effectiveness. They cannot make it impossible or excessively difficult to determine or prove the existence of a right to damages. The Act provides examples of the types of measures the courts can use to protect conflicting interests (e.g., excerpts or access only to lawyers and external consultants). It also sets out special fines for violation of access conditions. The innovative aspect of the Portuguese transposition is that it also regulates access to means of evidence prior to the filing of a private

44 Article 33(4) of the Competition Act.

45 Articles 22(16), 27(11) and 81(3) of the Competition Act.

46 Judgment of the Lisbon Appeal Court of 11 March 2015 (case no. 204/13.6YUSTR.L1-A).

47 Articles 32(6) and (7) and 90 of the Competition Act.

48 Article 94-A of the Competition Act.

49 Articles 12 to 18 of the Private Enforcement Act.

enforcement claim, referring to the civil procedure mechanism mentioned above⁵⁰.

Portuguese case-law has repeatedly affirmed that, in antitrust proceedings, information should be deemed confidential if: (i) the information is known only to a restrict number of persons; (ii) its dissemination can cause serious harm to the person who provided it or to a third party; and (iii) the interests which may thus be harmed are objectively worthy of protection⁵¹.

(vii) Special rules for lawyers

The Bar Association Statutes includes a special provision according to which, in the exercise of their profession, lawyers have, before any court or administrative body, the right to request access to and copies of case files or documents which are not confidential, without having to show a power of attorney⁵². Access by lawyers is, as a rule, granted through *Citius*, for 10 days⁵³.

3. PUBLICITY AND DATABASES OF COURT CASES

It is important, as a preliminary step to the subsequent analysis, to explain the reality of the publicity which is given in Portugal to court cases and court rulings. Many of the difficulties faced by those seeking access are rooted in the surprising absence of information about pending cases or access to court decisions.

In Portugal (with very few exceptions which are not relevant in this context), first instance court judgments and orders are not published or even registered in a public database. 2nd and 3rd instance judgments are published, but, at least so far, not systematically (judges can, and sometimes do, request that the judgment not be published, and do not have to present a specific justification).

Some judges of the Competition Court have repeatedly asked that a means be provided for the online publication of all the Court's judgments, but so far this has not been achieved.

⁵⁰ Article 13 of the Private Enforcement Act.

⁵¹ See, e.g., judgments of the Lisbon Appeal Court of 18 December 2019 in case no. 228/18.7YUSTR-E, of 18 December 2019 in case no. 228/18.7YUSTR-G, and of 18 February 2020 in case no. 228/18.7YUSTR-I, not published but quoted, e.g., in Decision of the TCRS of 18 June 2020 in case no. 243/18.0YUSTR-C.

⁵² Article 79(1) of the Statutes of the Portuguese Bar Association (Law 145/2015, as revised by Law 23/2020)

⁵³ Article 27 of Order 280/2013.

The AdC is required by law to publish on its website the non-confidential version (“NCV”) of all judicial decisions concerning its cases⁵⁴, but it does so non-exhaustively and often with large delays.

Crucially, there is no database in Portugal one can search to identify pending or decided court cases. Either one already knows about the existence of a case, its number and court where it is found, or one generally has no chance of discovering it or ever having access to it.

The filing and distribution of civil cases is published for a short time online on the Citius platform. While this data disappears after a period, it is collected by some (paid) sources and can thus be accessible later for a fee. This only indicates the name of the parties, the court, and the number and value of the case, with no indication about the cause of action or object of the litigation.

The filing and distribution of misdemeanor cases (including appeals in antitrust public enforcement cases) is not published. Unless one is a party to those proceedings, one has no way of knowing whether an appeal has even been filed, much less its number, details or how it has progressed. Typically, the only way a potentially injured person in Portugal finds out if a decision of the Competition Authority has been appealed, and if anything else has happened in such an appeal or how the case is going, is if this is reported in the media. Some examples were reported of the Competition Court’s secretariat refusing to provide even the number of a pending case (required to duly submit requests for access through the Citius platform), when an appeal had been reported in the media.

The AdC is required by law to provide information on its website about whether appeals are pending, but it only started providing this information in July 2021 (without identifying the court case number)⁵⁵. Potentially injured parties cannot trust that such information is up to date and often do not know whether AdC decisions (or their judicial review judgments) have become *res judicata*, finding it hard to make that determination. Several cases are known of the AdC refusing to provide third parties with the number of court cases related to its decisions.

In practice, the AdC only publishes information on judicial cases once a final ruling has been adopted (at least in the 1st instance). It does not publish court orders preceding judgments. And it does not publish judgments in

54 Articles 32(6) and (7) and 90 of the Competition Act.

55 Article 90(1) *in fine* of the Competition Act.

cases where the AdC has not yet adopted a final decision (i.e., judgments in interlocutory appeals concerning steps in the AdC’s ongoing investigation). This means there are a large number of rulings in interlocutory appeals which are not available on the AdC’s website⁵⁶. The publication of judgments on the AdC’s website can also take some time and it is not announced. The only way for users of the website to know that new judgments are available is to periodically go through each AdC’s investigation individual page, one by one, and see if anything new is available⁵⁷.

As a rule, only the NCVs of judgments are made available. This can cause delays (often of several months) between the request and actual access, as courts – and the Competition Court in particular – do not always produce an NCV of judgments before receiving a request for access thereto.

The only time we could identify where this issue was discussed before a higher court, the Lisbon Appeal Court determined that the Code of Criminal Procedure requires judgments to be public, and that there is no legal basis for the production of an NCV of judgments. In this case, the Lisbon Appeal Court granted a consumer protection association (intending to file a follow-on claim) access to the full version of the 1st and 2nd instance judgments⁵⁸.

4. ADMINISTRATIVE ACCESS BEFORE THE COMPETITION AUTHORITY

As far as could be determined, there is no experience so far with Portuguese claimants, defendants or courts seeking disclosure of documents by the European Commission in the framework of Antitrust private enforcement.

As for access by third parties to documents held by the AdC, the reality of access varies according to the situation:

56 This assessment is based on outsiders’ empirical experiences. The AdC’s official policy is to publish all decisions when they are adopted, even prior to the adoption of the final decision, including judgments in interlocutory appeals, with the following exceptions: court rulings relating to cases which are still under “segredo de justiça” or which relate to appeals on confidentiality which have not yet been decided in a *res judicata* manner (i.e. decisions with information whose confidential nature is still subject to litigation).

57 The information provided concerns the period covered by the research for this paper. The AdC has since launched a revised website, in which some of the issues raised here have been tackled.

58 Judgment of the Lisbon Appeal Court of 11 March 2015 (case no. 204/13.6YUSTR.L1-A).

- (i) documents in administrative proceedings (e.g., merger control): the AdC has tended to grant access to NCVs upon demonstration of legitimate interest, and the NCV is typically already prepared and available;
- (ii) documents in misdemeanor proceedings (Antitrust):
 - a) during the investigation, while still under “segredo de justiça”: no access (although theoretically possible, we know of no instance where requirements for access during this phase were deemed to have been met);
 - b) during the investigation, between lifting of “segredo de justiça” (typically after S.O.) and appeal: upon demonstration of legitimate interest, AdC has tended to grant access to NCV of case-files. There is often a time-gap 2 to 3 weeks to obtain a reply, and a time-gap of weeks or months between the request and actual access, namely due to the need to prepare the NCV;
 - c) while judicial appeal of AdC decision is pending: AdC systematically refuses to grant access, instructing interested parties to direct their access requests to the courts where appeals are pending (even if it has previously not announced that an appeal is pending, and typically without indicating the case number).
 - d) after the decision has become *res judicata*: access to NCV upon demonstration of legitimate interest.

The AdC has not been very demanding when it comes to the demonstration of legitimate interest, it normally sufficing, for example, to invoke the suspicion that one may have been injured by the practice in question.

The transposition of the Directive’s rule according to which Competition Authorities should only be required to grant access to documents if no other party may reasonably provide them has led to uncertainty about whether the AdC may indeed be required to continue to grant access as it has done so far.

As expectable, NCVs of AdC case files (especially those where all undertakings settled or which were closed with commitments) tend to be sparse in information. Understandably, the AdC often seems to accept undertakings’ claims of confidentiality, without any discussion or revision thereof, when this will not create problems for the adoption and confirmation of the AdC decision. This means that one sometimes finds entire chapters of documents deemed confidential, with the information or position provided by the targeted undertaking(s) being completely deleted.

But examples can also be found of AdC decisions rejecting claims of confidentiality by undertakings, especially when access by co-defendants and exercise of right of defence is an issue, and namely due to insufficient reasoning or insufficient description in the NCV (e.g., omitting values entirely instead of indicating brackets), the age (over 5 years) of the information, etc. A few such cases have led to in-depth and detailed review of these AdC decisions by the TCRS and the Lisbon Appeal Court⁵⁹. In this context, the courts have clarified various broad points of law concerning protection of confidential information, relevant also to private enforcement. The TCRS has shown a willingness, when needed, to carry out a detailed review of the content of each document or category of documents. Overall, the appellants have won on some points and the AdC on others.

5. JUDICIAL ACCESS PRIOR TO FILING CLAIM

The most obvious path to obtain non-public documents needed to determine the existence of a right is to request them from their holder, which, in the case of anti-trust, is usually the infringer(s), but can also be the AdC (see previous section), the TCRS or Lisbon Appeal Court (or another court), or even a third person.

As noted above, the Civil Code grants a right of access in such situations, and so these issues could, theoretically, be solved without ever resorting to a court. In practice, however, access to documents held by infringers is never obtained extrajudicially. Indeed, while a large number of precedents of refusal of access were identified, we couldn't identify a single instance of a company or a third person having granted any access to any document whatsoever upon request from a potentially injured person in Portugal. Addressees of such requests have systematically refused to provide access even to NCVs of documents in their possession.

Requests of access submitted to courts prior to filing a claim for damages can be divided into four categories:

- (i) Access to civil litigation;
- (ii) Access to appeals of public enforcement decisions;
- (ii) Access to interlocutory appeals in public enforcement investigations.
- (iv) Actions for pre-filing discovery;

⁵⁹ For an example which mentions previous cases, see Order of the TCRS of 18 June 2020 in case n.º 243/18.0YUSTR-C.

5.1. Access to civil litigation

Access by third parties to the files of (pending or concluded) civil court cases has proven to be, as a rule, extremely simple, swift and efficient, particularly as access tends to be requested by lawyers and provided through the Citius platform. As far as could be determined, the practice of courts in this category of access has been very homogenous.

Standards for access applied by the courts have been undemanding, bordering on automatic granting of requests. It has proven unnecessary even to reference the appropriate legal basis for the request. Journalists, academics and lawyers have been presumed to have an interest in consulting any civil case, without having to argue or demonstrate a legitimate interest beyond the identification of their professional activity (e.g., lawyers do not have to claim to represent a party with a legitimate interest).

Journalists and academics have requested access, typically, through a short email, and have been granted the right to consult the entire case file at the court or granted copies in electronic format.

A multitude of examples were identified of access being given, either immediately or in a few days. No example of refusal or significant delay in access could be identified.

Access requests tend to be processed by the courts' secretariats themselves, with judges being involved only rarely. Only rarely have parties to the proceedings been consulted before access is granted.

The only difficulty in access to civil litigation worth mentioning is that, whenever the case is not recent (under 3 months) and its number has not been publicized, it is often a challenge to identify the case number, even knowing the parties, the court and general timing of its filing. Access requests without a specific case number tend not to be processed successfully by the court's secretariats.

From the perspective of the protection of confidential information and personal data, the manner in which access to civil litigation is processed and given stands in stark contrast to access to appeals of AdC public enforcement proceedings. In the vast majority of cases, there is no restriction whatsoever on access to information in the case file, which is made available in its entirety. Some examples were identified where parties to the dispute specified to the court that there was confidential information within their submissions and attached documents. In such cases, the Court will typically order that the case not appear in Citius (even to the parties themselves), so that access cannot be obtained through that platform and can be limited to

non-confidential elements. Access is then provided to third persons to the NCV of the full case-file.

As far as could be identified, the only situation where access to a civil case was refused to a third person (temporarily) was when access was requested prior to the notification of the defendant.

5.2. Access to appeals of public enforcement decisions

There is a significant number of precedents of requests submitted to courts for access by third persons to appeals of AdC decisions. Success in obtaining access has varied drastically depending on the nature of the petitioners and the judges deciding the request. 4 judges of the Competition Court have taken 3 diverging positions, which will be described below grouped as Judges A, B, C and D.

As will be seen below, the present situation of access by third parties to appeals of public enforcement decisions is seemingly more limited than it was over 10 years ago. At that time, the position of the Lisbon Commercial Court was that:

“it is possible to obtain a certified copy of the entire case file, and it should be recalled that there is no need to resort to the regime of the Code of Civil Procedure, as this matter is specifically regulated in the Code of Criminal Procedure”⁶⁰.

One group of petitioners that, seemingly, has had little or no difficulty in obtaining access to case files (regardless of the judge) is journalists. Even in cases where the Court refuses access to other third parties (such as injured persons), journalists have apparently always been granted access⁶¹, but not enough information could be obtained to estimate average time of waiting for access.

Academics have also tended to be successful in obtaining access, at least to NCVs of judgments, by invoking academic interest (except in one case decided by Judge D), but the sample which could be identified was limited.

As for injured persons and undertakings targeted in other proceedings, who almost always request access only to the NCV of the case files, the decision-making practice of the judges of the Competition Court is strictly

60 Order of the Lisbon Commercial Court of 21 February 2008 (case no. 1050/06.9TYLSB). See also Order of the Lisbon Commercial Court of 26 September 2006 (case no. 766/06.4TYLSB).

61 See cases no. 229/18.5YUSTR-F and 225/15.4YUSTR-W.

divided between the judges. All judges have consulted the parties to the proceedings before ruling on access requests (even if only to NCVs).

Judge A has given access to NCVs of the administrative case-file, the appeal and the AdC's defence⁶². The Court said requests to other documents in the case file could be granted, but a specific and justified request should be made, arguing that, even though they were public, providing access to them was burdensome. Because the case file included confidential elements and was not accessible through Citius, access was granted by electronic copies provided in a DVD or USB drive. The petitioner was not provided with an index or list of other documents existing in the case file, in order to prepare an access demand thereto, but it also did not specifically request it, and so it cannot be excluded that the Court would have provided it. Access was obtained in slightly under 2 months.

It remains to be tested (especially in light of the Lisbon Appeal Court judgment quoted below), to what extent the burden of providing access can be used as a justification for requiring an individualized justification before access is granted to case-file documents which have not been declared confidential.

Judge C was confronted with an access request from a consumer protection association to prepare a follow-on case, seeking the NCV of the case file (1 September 2020)⁶³. 2 months later, the petitioner was informed by the Secretariat that the court had accepted its request, without reasoning. The petitioner requested and was refused a copy of the court's decision. The petitioner was refused access by the Secretariat to the NCV of the entire case file. Replying to an own initiative request for clarification from the Secretariat, the judge clarified its earlier order, stating that access should only be provided to the NCV of the administrative case-file, of the appeal and of the AdC's defence, refusing access to any subsequent document, including any decision or ruling taken by the court itself (6 November 2020). The Court recognized the petitioner's legitimate interest in consulting the case-file, but stated that the only NCV of the case file which existed was the one with the documents mentioned above, whose preparation the court had ordered prior to the petitioner's request, and that a legitimate interest cannot be used to consult any and all items in the case-file.

62 See, e.g., case no. 309/19.0YUSTR.

63 In case no. 71/18.3YUSTR-M.

The petitioner appealed this decision (12 November 2020), and the appeal was admitted one week later (against the position of the Public Prosecutor, who argued there should be no right of appeal, while also arguing that access should have been granted to the entire non-confidential case file).

The Lisbon Appeal Court ruled in favour of the access petitioner on 1 June 2021. It found, in summary:

I – Court proceedings are public in nature, excluding only those acts and terms which, under the applicable law, are covered by ‘segredo de justiça’ or confidentiality; and which must be declared as such by a reasoned decision, as this is an exception to the rule of publicity of the proceedings.

II – The public form of proceedings is ensured in the international legal order, final part of article 6(1) of the European Convention on Human Rights, in article 47(2) of the Charter of Fundamental Rights, in article 10 of the Universal Declaration of Human Rights, and in article 14(1) of the International Covenant on Civil and Political Rights, and in internal law, in article 163(1) of the Code of Civil Procedure, articles 83 to 85 of the Code of Administrative Procedure and articles 87 to 90 of the Code of Criminal Procedure.

III – In the legal regime of Law 19/2012 (Competition Act), only in the cases foreseen in articles 30 and 81 is there protection of confidentiality.

IV – The publicity of the proceedings under the Competition Act is set out in article 33(3), according to which ‘Any natural or legal person showing legitimate interest in the case can request access to the file and request copies, extracts or documents from the file, at their own expense, except as set down in the previous article’.

V – The rule is, thus, the right of access to procedural information (not covered by confidentiality) by the parties, their lawyers, and those showing legitimate interest’.

VI – There is no place for the classification of acts, terms or procedural documents as non-confidential, since, if understood as ‘public’, this derives directly from the law.

VII – In court proceedings, there is only place for the reasoned declaration of confidentiality”⁶⁴.

Although the petitioner had been notified of its right of access at the end of October 2020, it only obtained the NCV of the AdC’s defence (provided to the Court in November 2019) at the end of May 2021. It also asked the Court to provide a new NCV of the appeal by the undertaking concerned, given the excessive amount of omitted information. This new version was

⁶⁴ Judgment of the Lisbon Appeal Court of 1 June 2021 (case no. 71/18.3YUSTR-PL1).

requested on 17 November 2020 and was obtained on 4 May 2021. The access petitioner was not included by the Competition Court Secretariat, in *Citius*, as a party in its own appeal, and was only notified of the judgment of the Lisbon Appeal Court on 1 July 2021. Access to the remainder of the court proceedings, in compliance with the Appeal Court's ruling, was obtained on 21 July 2021 (more than 10 months after the initial request).

This case further clarified that no costs are owed for an appeal against a decision by the Court to refuse access to the public enforcement appeal's case file⁶⁵.

Judge D has, openly or in practice (by not deciding), refused to allow consultation by potential injured parties of public enforcement appeals. This judge has also refused to issue certified copies of the access requests and of any decision taken in relation to such requests. One such request for certified copies, limited to the access request procedure itself, submitted in November 2020, has not yet been decided by the Court⁶⁶. This means that it is impossible for those requesting access to know what progress has been made, which parties have expressed opinions and in which sense, why no decision has been adopted, etc. The evolution of the access request is treated by the Court as secret for those requesting access. Information in that regard has been obtained only indirectly, by clarifications provided by the Court to the Conselho Superior da Magistratura (CSM), after requests for intervention of the latter submitted by the access petitioner.

In one case⁶⁷, an access request by a consumer protection association was submitted on 13 January 2021. On 17 March 2021, the petitioner requested a clarification as to why no decision had yet been taken. On 22 March 2021, the Court informed the petitioner that the appeal had been subject to “segredo de justiça” (even though this had been lifted by the AdC when it issued the Statement of Objections⁶⁸) and ordered the petitioner to clarify how “it had

65 See Judgment of the Lisbon Appeal Court of 1 June 2021 (case no. 71/18.3YUSTR-P.L1) (“without costs”), and ruling of the TCRS of 26 September 2021 (case no. 71/18.3YUSTR-P), accepting the appellant's request that the initial court fee which had been paid out of precaution should be returned. The Public Prosecutor at the TCRS had argued against this outcome.

66 In case no. 229/18.5YUSTR-F.

67 Case no. 225/15.4YUSTR-W.

68 Prior to these rulings of Judge D, it had been the settled practice of the Competition Court and, previously, the Lisbon Commercial Court, that, once the AdC Decision is adopted, an appeal of that decisions cannot be covered by “segredo de justiça” and the proceedings are public – see, e.g., Orders of the Lisbon Commercial Court of 26 September 2009 (case no. 766/06.4TYLSB) and of 7 December 2006 (case no. 1050/06.9TYLSB). Judge D is the only Judge of the TCRS to submit appeals of AdC decisions to “segredo de justiça”.

obtained computer access to the proceedings, including the case number”⁶⁹. The petitioner replied that it knew about the case number from the AdC’s website and from reports in the media, that it had submitted its request through the Citius platform, as legally required, and that it had not obtained any form of access to the proceedings. A hearing on the issue of access and confidentiality was held, without the presence of the access petitioner, who was not notified of the positions expressed by the court, parties or Public Prosecutor. At some unknown point before the beginning of the trial hearings, the “segredo de justiça” was lifted. The consumer association was allowed to be present at the trial hearing, while still having no access to any document in the case file, including a decision of the Court which seemingly declared the case time-barred for one of the Defendants. On 29 October 2021, the petitioner once again requested that a decision be taken concerning its original request. Up to the closing of this paper (November 2021), i.e. 10 months later, the Court has not yet decided this access request.

Only one example could be identified of injured parties seeking access to specific *confidential elements* within the case file. This occurred in an appeal in the insurance cartel case⁷⁰, which stands out for its eccentricities.

The AdC Decision in the insurance cartel, adopted with leniency and settlements, declared a market sharing cartel relating to “large clients”, and it seemingly contained an explanation of what a large client was, or which specific large clients were encompassed by the cartel, but this info was deemed confidential. Accordingly, the only way for companies who believed they could have been affected by the cartel identified in the AdC Decision to confirm this was to request access to the confidential info on which large companies were encompassed by the cartel.

Two undertakings submitted, on 3 June 2020, an access request to the TCRS (Judge D). The lengthy request was based on the examination of the NCV of the AdC’s case-file and sought access to information deemed confidential and alleged to be indispensable to determine if the petitioners fell within the concept of affected “large company”. The case file was placed by

69 This should be read in the context that the Court’s Secretariat seemingly received instructions by at least one Judge not to divulge case numbers, even when asked by third parties who wished to submit an access request.

70 Case no. 229/18.5YUSTR-F.

the Court under “segredo de justiça” (even though this had been lifted by the AdC when it issued the Statement of Objections). All parties, including the AdC and Public Prosecutor, opposed any form of access, with the latter suggesting that the request of access should be decided only after there is a *res judicata* judgment in this public enforcement appeal⁷¹.

In mid-December 2020, the access petitioners asked the CSM to intervene, given that 8 months had elapsed without a decision being obtained. In mid-January 2021, the CSM decided that the Court was exercising its legitimate discretion and no intervention was justified.

At the end of January 2021, the Court rejected the request for access, addressing it as a request by the lawyer, rather than by the represented injured parties, basing the rejection on lack of reasoning, on the case file being subject to “segredo de justiça”, on the existence of other means to have access to the required information⁷², on the request consisting in a fishing expedition, and on the need to protect confidential information. In mid-February 2021, the access petitioners appealed this ruling.

In mid-March 2021, the Court replied to a request for information from the appellants about the progress of the appeal by saying that efforts were under way to ensure that a third party had not been given access to the case-file through Citius. In mid-May 2021, the appellants submitted a request for intervention to CSM. The Court informed CSM that it had asked the Institute which manages Citius to explain how the appellants had been able to submit the appeal through Citius in a case subject to “segredo de justiça”, and that the admissibility of the appeal would only be decided after receiving such clarifications. In early June 2021, the CSM said its intervention was not justified.

At the time of the closing of this paper (1 year and 5 months after the initial request, and 9 months after the appeal), the appeal has not been approved nor rejected. With the rejection of intervention by the CSM, the appellants have no remedy in the Portuguese legal order to enforce their right to judicial review of the decision refusing access, as long as the Court does not adopt a decision on the admissibility of the appeal.

71 As described in information provided by the Court to CSM.

72 At least one of the parties to the proceedings suggested that the access petitioner could have used the pre-filing discovery mechanism of Article 13 of the Private Enforcement Act, but given that the case file had been subject to “segredo de justiça”, such use would likely be argued by the same parties to be an unlawful way of circumventing that “segredo de justiça” and gaining access to information in the case file subject to “segredo de justiça” (the decree of which should be challenged in the case where it was decreed).

There are, as of yet, few positions of the higher courts on these matters, beyond the judgment quoted above.

One case stands out for the direct involvement of the Lisbon Appeal Court and the position it took. During the 2nd stage appeal of an AdC Decision, the Lisbon Court of Appeal granted access to a consumer protection association⁷³ to the NCV of the case-file and, crucially, to the entire judgment of the Competition Court and of the Lisbon Appeal Court. The judge rapporteur affirmed that, under the rules of criminal procedure, judgments must be public, with no provision in the law allowing the drafting of NCVs of judgments⁷⁴.

The undertaking appealed to the collective panel of judges, who confirmed the decision⁷⁵. It then appealed to the Supreme Court. The judge rapporteur rejected the appeal⁷⁶, and the undertaking appealed to the collective panel of judges, who confirmed the decision⁷⁷. The undertaking then filed an extraordinary appeal for uniformization of case-law, which was deemed inadmissible⁷⁸. While the various appeals were pending, the claimant was prevented by the Lisbon District Court from adding the judgments it had obtained to the file of the follow-on claim, causing a delay of 1,5 years between submission of the judgments and their admission to the case file⁷⁹.

5.3. Access to interlocutory appeals in public enforcement investigations

In recent years, it has become common, in some AdC investigations, for the Competition Court to receive a large number of interlocutory appeals, i.e., appeals of decisions which precede the final decision that closes the public enforcement investigation. Such appeals may concern the scope of the dawn raid mandate, the validity of evidence seized, the extent and validity of orders to provide the AdC with documents and information, etc.

73 In order to obtain evidence for the follow-on class action filed before the Lisbon District Court as case no. 7074/15.8T8LSB (still pending).

74 Order of the Judge Rapporteur of 6 February 2015 (case no. 204/13.6YUSTR.L1-A).

75 Judgment of the Lisbon Court of Appeal of 11 March 2015 (case no. 204/13.6YUSTR.L1-A).

76 Order of the Judge Rapporteur of 17 November 2015 (case no. 204/13.6YUSTR.L1-A.S1).

77 Judgment of the Supreme Court of Justice of 7 January 2016 (case no. 204/13.6YUSTR.L1-A.S1).

78 Judgment of the Supreme Court of Justice of 14 June 2016 (case no. 204/13.6YUSTR.L1-A.S1).

79 Decision of admission of documents to the case file taken by the Lisbon Judicial Court on 6 September 2016.

When a potential claimant is pondering a follow-on action for damages, it is often confronted with a large number of interlocutory appeals which it knows were filed before the Competition Court, but it typically does not know the subject matter, what was argued, whether they have already been decided and, if so, their outcome.

These interlocutory appeals could determine, or at least suggest the likelihood or unlikelihood of, the subsequent annulment of the AdC's Decision declaring the infringement. When assessing the arguments of the parties in these appeals, the Court is sometimes called on to make extensive and detailed assessments of the evidence itself, leading it to make calls on whether such evidence supports the existence of an infringement⁸⁰.

Rulings in interlocutory appeals may also go into very detailed discussions about the confidentiality of certain documents and types of information, which can be useful for claimants in follow-on actions. It may be useful for claimants to quote the legal interpretations previously put forward by the court and, potentially, even by the undertakings themselves, in abstract. There may even be a precedent from the Court concerning the confidentiality of a specific document or information to which claimants will be seeking access in the private enforcement action. Examples of this can be found in one such appeal, where the Competition Court made the following broader clarifications, *inter alia*:

- (i) that the burden to demonstrate confidentiality may not be met by simply identifying the nature of the information (e.g., not enough to say information concerns market shares, because those markets may have been made public; knowing a source of supplies may be irrelevant if it is insignificant for the undertaking's business) – the nature of the information may create a presumption, but it depends on the specific circumstances⁸¹;
- (ii) information only merits protection as confidential if it occurred within the lawful exercise of contractual freedom or commercial practices – if it was illegal, then it does not merit protection as confidential⁸²;

80 See, e.g., Order of the TCRS of 18 June 2020 in case no. 243/18.0YUSTR-C.

81 Order of the TCRS of 18 June 2020 in case no. 243/18.0YUSTR-C.

82 Order of the TCRS of 18 June 2020 in case no. 243/18.0YUSTR-C, paras 56 and 140.

- (iii) recommended prices may merit protection as confidential, namely when they were the basis for negotiation of wholesale prices⁸³;
- (iv) information older than 5 years is in principle not worthy of protection, but there are exceptions to this, with the Court recognizing a very broad exception for information which relates to an ongoing commercial relation (e.g., with a distributor) or practice⁸⁴;
- (v) need to ensure compliance with the GDPR⁸⁵.

The position of the judges of the Competition Court concerning access to interlocutory appeals has also varied very significantly, in reply to identical requests submitted by a consumer protection association at the beginning of April 2021. Access was sought to the entire case file, excluding any confidential information. In every case, the undertakings, the AdC and the Public Prosecutor opposed any and all access by the association.

Judges A and B granted partial access to all interlocutory appeals assigned to these judges, arguing:

“the access petitioner bases its request also on the need to access the case file to formulate an opinion about the viability of the public enforcement proceedings and the need or not to begin preparing a possible action for damages, alleging that access to the case file will allow it to assess the probability of the investigation leading to a decision which is likely to be confirmed judicially, so that it can decide whether or not it should begin, at once and if justified, to prepare a compensatory claim in representation of consumers. From this perspective, it cannot be excluded that the petitioner has a legitimate interest in knowing the object of these proceedings, if for nothing else, at least to conclude that they do not affect or interfere with the assessment of the viability of the public enforcement proceedings”⁸⁶.

The Court, however, deemed that it was likely sufficient for the petitioner, in order to meet its goals, to have access to the court orders in these cases⁸⁷.

83 Order of the TCRS of 18 June 2020 in case no. 243/18.0YUSTR-C, para 94.

84 Order of the TCRS of 18 June 2020 in case no. 243/18.0YUSTR-C, paras 95, 126, 129 and 143.

85 Order of the TCRS of 18 June 2020 in case no. 243/18.0YUSTR-C, para 162 et seq.

86 See, e.g., Order of the TCRS of 10 May 2021 in case no. 243/18.0YUSTR. See also, e.g.: Order of the TCRS of 12 May 2021 in case no. 228/18.7YUSTR.

87 Such court orders are legally required to be published on the website of the AdC, but continued not to be available on this website at the time of writing.

It noted that the preparation of NCVs of the entire case files would imply an additional burden, and left open the option for the petitioner to duly request access to other documents in the case file.

Judge C refused access. This judge noted that the interlocutory appeals in question concerned the validity of the seizure of emails by the AdC and whether certain documents should be deemed confidential, and added:

“In both cases, the issues discussed were evidently and merely procedural, with no issues being discussed concerning assignment of misdemeanor or any other type of liability to the undertaking in question. It’s true that some documents are included in the case files, but those documents are also necessarily already in the administrative case file pending before the AdC, to which the petitioner has already been given access.

Everything else, such as appeals, allegations and court rulings are procedural pieces which are limited to adjective matters, reason for which, with all due respect, we see no legitimate interest in the consultation of these proceedings by the petitioner, if what it is interested in is compiling elements which may be used in a potential claim for damages against the undertaking in question. It is necessarily and logically not through the consultation of proceedings where adjective matters are discussed that it will obtain such elements”⁸⁸.

Judge C also affirmed that access cannot be requested to the entire case file. Although this judge had previously granted access to other public enforcement proceedings through DVD or USB drive (when access through Citius was impossible due to the presence of confidential documents), the Court this time stated that the law did not allow for access to be provided in that manner. The position expressed in this case was also not easy to reconcile with the position expressed by the same judge about a year earlier:

“While the present proceedings are not under ‘segredo de justiça’, confidential information must be safeguarded, of course, but such information is already duly identified by the application of the regime set out in article 30 of the Competition Act. What one cannot do is restrict the petitioners’ right to consult the case file, as the undertaking in question seems to intend, by determining to which procedural documents the petitioner should have access. In truth, it is the publicity of the proceedings and their transparency which is at stake, and the undertaking in question is promoting an unjustified restriction of publicity, it not being up to it, with all due respect, to guess what may or may not be

⁸⁸ Order of the TCRS of 29 April 2021 in case no. 83/18.7YUSTR.

*relevant for the access petitioner, as long as confidential information is safeguarded, as noted above. Openness and access to information allow for divergences between different points of view to be debated, and this contributes to give institutions greater legitimacy in the eyes of citizens and to increase their confidence. Indeed, absence of information and debate is a lever for the creation of doubts in the minds of the citizens, not just about the legitimacy of an isolated act, but also about the legitimacy of the entire decision-making procedure*⁸⁹.

On 11 May 2021, the access petitioner appealed to the Lisbon Appeal Court. The appeal was admitted on 13 May 2021, and sent up to the Appeal Court on 1 July 2021, after the submission of the position of the undertaking in question. The appeal is currently pending⁹⁰.

Judge D also refused access, on 15 September 2021⁹¹, to a case which was already closed (*res judicata*) with the following justification: (i) the association does not have a legitimate interest because the case does not refer to the determination of the existence of an anticompetitive infringement and would not be useful for a follow-on action; (ii) only issues of confidentiality were discussed in this case, and conclusions are limited to the public enforcement case; (iii) the association should use other (unspecified) judicial means to have access to the court's case-file⁹².

On 27 September 2021, the access petitioner appealed to the Lisbon Appeal Court. Until the closing of this paper, the Court (Judge D) has not decided whether to admit or reject the appeal, and no reason for the delay was communicated to the appellant.

5.4. Actions for pre-filing discovery

As far as could be determined, nine pre-filing discovery actions (eight relating to the same infringement) have been filed, in July 2021, under Article 13 of the Private Enforcement Act⁹³, to prepare potential follow-on claims based

⁸⁹ See Order of the TCRS of 16 June 2020 in case no. 71/18.3YUSTR-M.

⁹⁰ Case no. 83/18.7YUSTR-B.L1

⁹¹ Judge D began by asking the access petitioner to provide a commercial registry certificate describing its social object (the latter was quoted in the request for access) and managing bodies, in order to assess its legitimate interest. The claimant replied that, being an association, by law it had no commercial registry, and provided the Court with its officially published Statutes and the composition of its managing bodies.

⁹² See Order of the TCRS of 15 September 2021 in case no. 20/19.1YUSTR.

⁹³ Case no. 6/21.6YQSTR and Cases no. 7/21.4YQSTR, 8/21.2YQSTR, 9/21.0YQSTR, 10/21.4YQSTR, 11/21.2YQSTR, 12/21.0YQSTR, 13/21.9YQSTR, 14/21.7YQSTR.

on European Commission decisions. No example could be identified of the same mechanism under the general rules of civil procedure being used before in the context of Antitrust private enforcement. The nine actions mentioned are still pending.

6. JUDICIAL ACCESS AFTER FILING CLAIM

It should be noted from the outset that, so far, in this context, there has been no noticeable difference between the rights of parties and their practical application by the courts, prior to and after the transposition of the Damages Directive.

The Portuguese legal order already had examples of courts ordering parties to disclose documents in the context of Antitrust private enforcement.

(i) *Contracts*

In one case, the court ordered one of the parties to disclose contracts between it and other trading partners, to assess allegations of discriminatory practices, and this evidence proved decisive in finding for the existence of such discrimination⁹⁴.

(ii) *Defendant's internal documents*

In another case, the Court accepted the claimant's request for disclosure of internal documents of the defendant, and these proved to include an apparent "smoking gun" for the existence of margin squeeze⁹⁵. The claimant lost the case due to the way it alleged the facts (and the interpretation of the burden of allegation by the Court), an outcome which possibly could have been avoided had the evidence been sought and obtained prior to filing the claim.

While in other jurisdictions (e.g., Spain), the trucks cartel has given rise to countless decisions on access to means of evidence, by claimants and defendants, in Portugal, even though there are about 80 cases of this cartel pending before the Competition Court⁹⁶, and many rulings on access have already

94 Lisbon Judicial Court, 1ª Vara Cível, *Reuter Portuguesa v Mundiglobo Trading* (case no. 299/95).

95 Lisbon Judicial Court, Instância Central Cível, 1ª Secção (J20), *Optimus Comunicações (NOS) v Portugal Telecom* (case no. 1774/11.9TVLSB).

96 Cases no. 2/19.3YQSTR, 5/19.8YQSTR, 6/19.6YQSTR, 7/19.4YQSTR, 8/19.2YQSTR, 9/19.0YQSTR, 10/19.4YQSTR, 11/19.2YQSTR, 12/19.0YQSTR, 13/19.9YQSTR, 14/19.7YQSTR, 15/19.5YQSTR, 16/19.3YQSTR, 17/19.1YQSTR, 18/19.0YQSTR, 19/19.8YQSTR, 20/19.1YQSTR, 21/19.0YQSTR, 22/19.8YQSTR, 23/19.6YQSTR, 24/19.4YQSTR, 25/19.2YQSTR, 26/19.0YQSTR, 27/19.9YQSTR, 28/19.7YQSTR, 29/19.5YQSTR, 30/19.9YQSTR,

been adopted, these rulings have not been made public and so could only be assessed through interviews with the lawyers or specific access requests.

(iii) Claimants' documents for passing-on defence

A specific feature of access in the Portuguese trucks cartel litigation is that, as far as could be determined, claimants have not sought access to evidence in possession of the defendants or of third parties. Thus, the rulings on access have focused on defendants' requests for disclosure of evidence in possession of claimants, especially to support passing-on allegations.

Significant discrepancies have been observed between the rulings of the various judges of the Competition Court. One lawyer acting for defendants argued that it is still too soon to conclude that the issues will be decided differently, as the discrepancies observed so far may still disappear as the cases progress.

According to the assessment of some of the defendants' and claimants' lawyers involved in these cases, the Competition Court has tended to base its rulings on disclosure of evidence by the parties on the following criteria: (i) whether the documents actually exist; (ii) whether they are available to the person requesting the access; (iii) whether they are available to the person from whom access is requested; (iv) whether they are relevant for the facts alleged and requiring proof. But the outcomes arrived at have varied.

Some defendants asked the Court to order the claimants to produce the data used in the claimants' economist report, receiving varying responses. In several cases, the Court accepted claimants' argument that they did not possess this data, which had been purchased by the economists, and ordered their production by the economists (as third persons). Some decisions in this regard have not yet been taken or are not yet final.

The Court accepted claimants' arguments that they did not possess various types of documents, when it deemed these to be reasonable. Judges have disagreed on requests for the claimant's annual report, with one ordering its

31/19.7YQSTR, 32/19.5YQSTR, 33/19.3YQSTR, 34/19.1YQSTR, 35/19.0YQSTR, 36/19.8YQSTR, 37/19.6YQSTR, 38/19.4YQSTR, 39/19.2YQSTR, 40/19.6YQSTR, 41/19.4YQSTR, 42/19.2YQSTR, 43/19.0YQSTR, 44/19.9YQSTR, 45/19.7YQSTR, 46/19.5YQSTR, 47/19.3YQSTR, 48/19.1YQSTR, 49/19.0YQSTR, 50/19.3YQSTR, 51/19.1YQSTR, 52/19.0YQSTR, 53/19.8YQSTR, 54/19.6YQSTR, 55/19.4YQSTR, 56/19.2YQSTR, 57/19.0YQSTR, 58/19.9YQSTR, 59/19.7YQSTR, 60/19.0YQSTR, 61/19.9YQSTR, 62/19.7YQSTR, 63/19.5YQSTR, 64/19.3YQSTR, 65/19.1YQSTR, 66/19.0YQSTR, 67/19.8YQSTR, 68/19.6YQSTR, 69/19.4YQSTR, 70/19.8YQSTR, 71/19.6YQSTR, 2/20.0YQSTR, 3/20.9YQSTR, 4/20.7YQSTR, 5/20.5YQSTR, 6/20.3YQSTR, 7/20.1YQSTR, 8/20.0YQSTR, 9/20.8YQSTR, 10/20.1YQSTR, 14/20.4YQSTR, 16/20.0YQSTR, 17/20.9YQSTR, 18/20.7YQSTR and 1/21.5YQSTR.

production and another arguing that this is a public document which can be obtained extrajudicially by the defendant. Two judges (Judges B and C) have refused access requests connected to tax issues (allegedly relevant to the quantification of the damage), as these were deemed to fall outside the scope of the action and the powers of the court.

As far as could be determined, no defendant has yet refused to provide a requested document on the grounds that it was confidential.

In several cases, at least one judge of the Competition Court (Judge B) rejected the defendant's request to have access to the claimants' accounting, and instead ordered, *ex officio*, a court appointed expert to carry out an assessment of the accounting in order to determine whether there was passing on of the surcharge. Defendants and claimants put forward lists of issues to be determined by the expert, but the Court reduced them to the essential fact to be determined, and challenges to this ensued in at least some cases. As clarified by the Court itself, the refusal of access to accounting data was not based on the inadmissibility of access to such documents in itself, but to the uselessness of adding them to the case file, given their technical nature and the fact that the Court did not deem itself technically capable of assessing them for the defendants' purposes (identifying possible passing-on of the surcharge).

Decisions on access requests have been described by all consulted lawyers as expeditious, tending to be taken within about one month (usually including a 10 days deadline for the opposing party to express its opinion). Seemingly, the opposing party has not always been consulted prior to the decision on the access request, the practice of the judges varying in this regard. Parties have been granted varying deadlines to produce the ordered evidence, sometimes going up to 120 days. One claimant's lawyer expressed the opinion that the Court is not always sensitive to the effort, (unrecoverable) costs and burden imposed on the disclosing party, in particular in the case of small undertakings.

(iv) Public enforcement judgments

In a follow-on private enforcement case, immediately after the reading of the 1st instance judgment in the public enforcement case (confirming the AdC Decision), the claimant asked the Court to order the Defendant to add a copy of the judgment to the case-file. The Defendant objected, *inter alia*, on the grounds that the claimant could obtain a copy of the judgment from the Court. Judge B decided that it was unnecessary to rule on these requests,

because of being aware of the judgment through her functions, and ordered *ex officio* the Court's Secretariat to add the judgment to the private enforcement case-file. The judgment thus became immediately available to the Court and claimant, in its entirety⁹⁷.

7. CONCLUSION

The experiences of access in Portugal have confirmed that the fears which led to the introduction of the Damages Directive's rules on access were well justified. This is so, not because problems arise systematically, but because approaches vary widely between judges. The system has worked very well in some cases. But when some judges refuse access to NCVs of public case files, consider the case number itself to be confidential, take months to decide access requests, or refuse to rule on appeals of their decisions rejecting access, there is still a long road ahead before the right of access is truly effective.

The analysis carried out highlights that, to a large extent, the transposition of the Damages Directive has had no perceptible impact on the rights of access to evidence in the context of Antitrust private enforcement. If anything, the recent positions of some of the judges of the Competition Court have been more restrictive of access by potential injured parties than ever before. The personal approaches and values of the judges hearing access requests have outweighed, by far, the impact of legislative reform.

There is profound heterogeneity in the reality of access depending on the type of case to which access is sought, who is seeking access, which judge hears the petition for access, etc.

It is difficult to see how an effective global solution may be achieved. Clearly, the transposition of the Directive has not been enough to ensure, in some cases, the intended outcome and the effectiveness of the right of access. As time goes by and some precedents are established by judgments of Appeal Courts, or even by the CJEU and ECHR, it is possible that diverging interpretations between judges will be reduced. The vastly diverging positions of the judges of the Competition Court on access issues, as described in this paper, suggest the importance of an intervention by the Supreme Court, with a case-law uniformizing judgment, the sooner the better. The CSM could also play a role, through the exercise of its powers over judges, but the experiences discussed in this paper show that it typically does not intervene.

⁹⁷ Order of the TCRS of 2 November 2021 (case no. 20/20.9YQSTR).

It is tempting to think that the solution should be an amendment of the existing legal framework, but the experience with the implementation of the existing rules shows that any legal reform is likely to be merely a half measure, unless it includes time limits for all parties (including the Court itself) and effective and speedy judicial remedies.

Experiences of access such as some of those described in this paper show that no law, no matter how well written, can survive interpretation and application by an unwilling court, in particular where appeal and supervision mechanisms are absent or do not function adequately. The Portuguese legal system seemingly has no solution or effective remedy if a court simply does not decide an access request, or does not rule on an appeal of its rejection of an access request.

Having to fight for months and years just to find out if one was injured by a cartel will mean that only the most stubborn of (potentially) injured undertakings, in cases with potentially high damages, will keep on the fight to find out if it is entitled to compensation. And by the time it finds out (if it does), it is likely to face additional uncertainty and arguments from defendants as to time-barring of its right to damages.

A small legislative amendment which could dismiss some of the obstacles currently faced by access petitioners is to revise the law to make it clear that court cases are public and that anyone has a right of access to the NCV thereof, without having to show a legitimate interest. Proof of legitimate interest should only be required in order to apply the proportionality test to conflicting interests, but no (legitimate) interests are being harmed by access to an NCV of a public court case. The burden of preparing an NCV version of a case file should not be legitimate grounds for failing to comply with the rule that court proceedings are public (excluding confidential elements).

That being said, one of the most important lessons from the overall analysis of the access experiences discussed in this paper is that an excessive amount of resources and time is being spent on these issues by access petitioners, judges, courts' secretariats, public prosecutors and other parties in court cases (and their lawyers).

On the one hand, many access requests could be avoided if there was public information about the status of court cases, and also if court judgments and orders were public and accessible by all, online, without having to make specific requests to obtain them (such as occurs, e.g., in Spain). As previously requested by judges of the Competition Court, the CSM or the Ministry of

Justice should provide for the publicity of competition cases (and not only). The transparency and public online availability of documents and information on proceedings before the UK's Competition Appeal Tribunal is a leading example to be followed.

Second, just like what happens, by law, in the administrative proceedings of the AdC, an NCV of court cases should be created as a matter of course, and with the least possible burden to courts themselves. Whenever Parties allege that their submissions include confidential data, they should be required to submit an NCV thereof within a short deadline (failing which the previously submitted version will be deemed the non-confidential one). Judges should also be required to produce an NCV of all court orders and judgments, within a short deadline. Any allegation or determination of confidentiality must be duly reasoned, in order to allow for effective judicial review. And sanctions should be foreseen for abuse.

Third, the Citius platform should be revised to allow for differentiated access to confidential versions and NCVs of case-files. Anyone adding a document to a case file (the court or the parties) should be required to indicate whether it is confidential, and, if so, to submit an NCV thereof. Court secretariats should then have the option of granting access to third parties, through Citius, only to the non-confidential documents within that case file. In order to be effective, failure to submit NCVs within the legal deadline must result in the confidential version being automatically made available in the non-confidential file.

The problems of access which are being felt in the Portuguese legal order do not seem to be growing pains. Rather, they seem to express cultural and systemic issues which will not easily go away. Even if appeal mechanisms and disciplinary bodies act to ensure compliance with the rights of access, this will not prevent long delays in order to have access to necessary documents, nor the dissuasion of private enforcement due to the unavailability of necessary information. Such systemic problems require systemic and largely automated solutions, which necessarily involve the revision of the Citius platform and the creation of websites for mandatory dissemination of court cases and rulings.

BIBLIOGRAPHY

- ROSSI, L. & SOUSA FERRO, M.
2015 “O «private enforcement» do direito da Concorrência e o acesso a elementos de prova”, in *Revista da Concorrência e Regulação*, n.º 22, pp. 131-195

Official Documents

EUROPEAN COMMISSION

- 2005 *Green Paper – Damages for breach of the EC antitrust rules*, COM/2005/0672 final, 19.12.2005

NATIONAL CASE-LAW

Portuguese Supreme Court

- Order of the Supreme Court (Judge Rapporteur) of 17/11/2015, case n.º 204/13.6YUSTR.L1-A.S1
Judgment of the Supreme Court of 7/01/2016, case n.º 204/13.6YUSTR.L1-A.S1
Judgment of the Supreme Court of 14/06/2016, case n.º 204/13.6YUSTR.L1-A.S1

Lisbon Appeal Court

- Judgment of the Lisbon Court of Appeal of 18/09/2014, case n.º 3499/12.9JFLS-B-F.L1-9
Order of the Lisbon Appeal Court (Judge Rapporteur) of 06/02/2015, case n.º 204/13.6YUSTR.L1-A
Judgment of the Lisbon Appeal Court of 11/03/2015, case n.º 204/13.6YUSTR.L1-A
Judgment of the Lisbon Appeal Court of 18/12/2019, case n.º 228/18.7YUSTR-E
Judgment of the Lisbon Appeal Court of 18/12/2019, case n.º 228/18.7YUSTR-G
Judgment of the Lisbon Appeal Court of 18/02/2020, case n.º 228/18.7YUSTR-I
Judgment of the Lisbon Appeal Court of 01/06/2021, case n.º 71/18.3YUSTR-PL1
Case n.º 83/18.7YUSTR-B.L.1

Lisbon Commercial Court

- Order of the Lisbon Commercial Court of 26/09/2006, case n.º 766/06.4TYLSB
Order of the Lisbon Commercial Court of 07/12/2006, case n.º 1050/06.9TYLSB
Order of the Lisbon Commercial Court of 21/02/2008, case n.º 1050/06.9TYLSB
Order of the Lisbon Commercial Court of 26/09/2009, case n.º 766/06.4TYLSB

Lisbon Judicial Court

Judgment of Lisbon Judicial Court, 03/10/2016, case n.º 1774/11.9TVLSB

Case n.º 299/95

Case n.º 7074/15.8T8LSB

Portuguese Competition, Supervision and Regulation Court (TCRS)

Order of the TCRS of 16/06/2020, case n.º 71/18.3YUSTR-M

Order of the TCRS of 18/06/2020 case n.º 243/18.0YUSTR-C

Order of the TCRS of 29/04/2021 case n.º 83/18.7YUSTR

Order of the TCRS of 10/05/2021 case n.º 243/18.0YUSTR

Order of the TCRS of 12/05/2021 case n.º 228/18.7YUSTR

Order of the TCRS of 15/09/2021, case n.º 20/19.1YUSTR

Order of the TCRS of 26/09/2021, case n.º 71/18.3YUSTR-P

Order of the TCRS of 2/11/2021, case n.º 20/20.9YQSTR

Case n.º 225/15.4YUSTR-W

Case n.º 229/18.5YUSTR-F

Case n.º 83/18.7YUSTR-B.L1

Case n.º 309/19.0YUSTR

Case n.º 6/21.6YQSTR

Case n.º 7/21.4YQSTR

Case n.º 8/21.2YQSTR

Case n.º 9/21.0YQSTR

Case n.º 10/21.4YQSTR

Case n.º 11/21.2YQSTR

Case n.º 12/21.0YQSTR

Case n.º 13/21.9YQSTR

Case n.º 14/21.7YQSTR

Trucks cartel cases: Cases n.º 2/19.3YQSTR, 5/19.8YQSTR, 6/19.6YQSTR, 7/19.4YQSTR, 8/19.2YQSTR, 9/19.0YQSTR, 10/19.4YQSTR, 11/19.2YQSTR, 12/19.0YQSTR, 13/19.9YQSTR, 14/19.7YQSTR, 15/19.5YQSTR, 16/19.3YQSTR, 17/19.1YQSTR, 18/19.0YQSTR, 19/19.8YQSTR, 20/19.1YQSTR, 21/19.0YQSTR, 22/19.8YQSTR, 23/19.6YQSTR, 24/19.4YQSTR, 25/19.2YQSTR, 26/19.0YQSTR, 27/19.9YQSTR, 28/19.7YQSTR, 29/19.5YQSTR, 30/19.9YQSTR, 31/19.7YQSTR, 32/19.5YQSTR, 33/19.3YQSTR, 34/19.1YQSTR, 35/19.0YQSTR, 36/19.8YQSTR, 37/19.6YQSTR, 38/19.4YQSTR, 39/19.2YQSTR, 40/19.6YQSTR, 41/19.4YQSTR, 42/19.2YQSTR, 43/19.0YQSTR, 44/19.9YQSTR, 45/19.7YQSTR, 46/19.5YQSTR, 47/19.3YQSTR, 48/19.1YQSTR, 49/19.0YQSTR, 50/19.3YQSTR, 51/19.1YQSTR, 52/19.0YQSTR, 53/19.8YQSTR, 54/19.6YQSTR, 55/19.4YQSTR, 56/19.2YQSTR,

57/19.0YQSTR, 58/19.9YQSTR, 59/19.7YQSTR, 60/19.0YQSTR, 61/19.9YQSTR, 62/19.7YQSTR, 63/19.5YQSTR, 64/19.3YQSTR, 65/19.1YQSTR, 66/19.0YQSTR, 67/19.8YQSTR, 68/19.6YQSTR, 69/19.4YQSTR, 70/19.8YQSTR, 71/19.6YQSTR, 2/20.0YQSTR, 3/20.9YQSTR, 4/20.7YQSTR, 5/20.5YQSTR, 6/20.3YQSTR, 7/20.1YQSTR, 8/20.0YQSTR, 9/20.8YQSTR, 10/20.1YQSTR, 14/20.4YQSTR, 16/20.0YQSTR, 17/20.9YQSTR, 18/20.7YQSTR and 1/21.5YQSTR

Southern Central Administrative Court

Judgment of the Southern Central Administrative Court of 15/05/2008, case n.º 03111/07

CONTRAORDENAÇÕES NO ÂMBITO ECONÓMICO: SUA INVESTIGAÇÃO E A PROBLEMÁTICA DOS MEIOS INTRUSIVOS DE OBTENÇÃO DA PROVA*

*Nuno Ricardo Pica dos Santos***

ABSTRACT *The nature of administrative and criminal offences is sometimes difficult to clearly distinguish. In light of the non-distinction but also the convergence with the penal law, the sectorial procedural legislation foresees intrusive means for obtaining evidence, namely home searches. With the present study, we analyse and support the idea of the constitutional admissibility of such means, laying upon the lesser extent of the administrative means when compared to the constitutional provisions. The constitutional criteria and their legal densification are also analysed in order to safeguard the constitutionality of their provision.*

Finally, the administrative solution is challenged in the confrontation between the need for a penalty and the (eventual) need for criminal proceedings concerning the protection of the legal assets, considering whether the means are exclusive, or only typical, of criminal proceedings.

SUMÁRIO Introdução. 1. Heterogeneidade e dualidade no Direito das Contraordenações: 1.1. Na dimensão material; 1.2. Na dimensão processual. 2. Buscas domiciliárias em legislação setorial: 2.1. Problemática e admissibilidade constitucionais; 2.2. Princípios e critérios constitucionais e densificação legal. 3. A concorrência entre o Direito das Contraordenações e o Direito Penal e Processual Penal: por uma resposta integral. 4. Conclusão

KEY-WORDS Economic and financial administrative offences; Administrative offences investigation; Prohibitions of evidence; Intrusive means of obtaining evidence; Home searches.

* O presente artigo corresponde ao relatório apresentado na unidade curricular de Direito Penal II do doutoramento em Direito, na especialidade de Ciências Jurídico-Criminais, sob regência do Exmo. Sr. Prof. Doutor Augusto Silva Dias e da Exma. Sra. Prof.ª Doutora Teresa Quintela de Brito, depositado nos serviços da FDUL em outubro de 2019.

** Doutorando em Direito, especialidade de Ciências Jurídico-Criminais, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL). Assistente convidado no Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna (ISCPPI) e assistente de investigação no Centro de Investigação do ISCPPI (ICPOL). Endereço eletrónico: picasantos@hotmail.com

INTRODUÇÃO

O Direito de Mera Ordenação Social ou Direito das Contraordenações surgiu formalmente em Portugal através do Decreto-Lei (DL) n.º 232/79, de 24 de julho, que instituiu o seu regime geral¹.

Mas este novo ramo do Direito viria a não ter, de imediato, uma “efetivação aplicação prática”, quer pela revogação, através do DL n.º 411-A/79, de 1 de outubro, do n.º 3 (e n.º 4) do art. 1.º do DL n.º 232/79, que previa a equiparação a contraordenação, para efeitos de aplicação do regime então instituído, das contravenções ou transgressões vigentes a que fossem aplicadas sanções pecuniárias, quer pela falta de aplicação da legislação que então previu alguns tipos contraordenacionais².

Em 1982, viria a ser aprovado e entrou em vigor, revogando o DL n.º 232/79, o regime geral das contraordenações (RGCO), constante do DL n.º 433/82, de 27 de outubro, que ainda hoje vigora³. Durante este período, a par de alterações ao designado RGCO, têm surgido diversos regimes que consagram especialidades face a esse regime geral, nomeadamente em determinados setores de atividade – regimes especiais ou setoriais.

Silva Dias caracteriza a evolução e estado atual do direito das contraordenações através da identificação de três tendências: centrípeta (tendo como centro o Direito Penal, que se manifesta na “aproximação do regime das contraordenações aos princípios e quadros categoriais do Direito Penal”); centrífuga (tendo como centro o RGCO, que ganha corpo através de diversos regimes setoriais que se afastam do regime geral, com a consequente perda da “função central” deste); e exasperadora (que se verifica em regimes setoriais)⁴.

As características desta tendência exasperadora são a estatuição de sanções de enorme gravidade (coimas elevadíssimas), a previsão de sanções acessórias que correspondem a penas acessórias, a consagração da punibilidade da tentativa, a consideração da reincidência e a previsão de certos meios de obtenção da prova, como buscas domiciliárias⁵.

1 Para a compreensão da natureza originária do ilícito contraordenacional e das soluções adotadas naquele diploma, ainda que nem todas coincidentes, importa o clássico estudo, prévio à instituição deste ramo do Direito, de Eduardo Correia (1973), intitulado “Direito Penal e Direito de Mera Ordenação Social”.

2 Cf. Monteiro, 2017: 207-209.

3 Alterado pelos DL n.ºs 356/89, de 17 de outubro, 244/95, de 14 de setembro, 323/2001, de 17 de dezembro, e Lei n.º 109/2001, de 24 de dezembro.

4 Dias, 2018a: 31-35.

5 Dias, 2018a: 33-34.

No plano processual, a principal manifestação desta tendência é a previsão de meios intrusivos de obtenção de prova, habituais no Direito Processual Penal e processos criminais, mas estranhos no Direito de Mera Ordenação Social e aos processos contraordenacionais.

O presente estudo tem como objeto os meios intrusivos de obtenção da prova em processo contraordenacional. Por uma questão de metodologia e delimitação da temática, teremos como paradigma de estudo as buscas domiciliárias.

Os objetivos são os seguintes: (i) constatar a heterogeneidade do Direito das Contraordenações, manifestada nos planos material e processual; (ii) questionar a admissibilidade constitucional de meios intrusivos de obtenção da prova, nomeadamente as buscas domiciliárias; (iii) identificar os critérios constitucionais e a densificação legislativa necessários na sua eventual previsão; (iv) analisar se nos ilícitos contraordenacionais com dignidade penal, mas sem necessidade de pena, em que se revele necessário o recurso a meios intrusivos de obtenção da prova, o legislador deveria antes salvaguardar a necessidade de processo penal, através da criminalização dos comportamentos, ao invés de qualificá-los como contraordenações.

Formulamos, pois, o seguinte problema central de investigação: O ordenamento jurídico-constitucional português admite a previsão de meios intrusivos de obtenção da prova em sede contraordenacional, nomeadamente buscas domiciliárias, pelo que, na opção legislativa de qualificação de comportamentos com dignidade penal e desnecessidade de pena, a suposta necessidade de processo criminal não deve imperar sobre aquele critério negativo?

Para a resposta ao problema de investigação, o estudo está estruturado em três capítulos. No primeiro capítulo, analisar-se-á, de modo breve, a heterogeneidade do Direito das Contraordenações, reconduzindo-o a uma dualidade material e processual. No segundo capítulo, estudar-se-á a admissibilidade constitucional da previsão de meios intrusivos de obtenção da prova, nomeadamente buscas domiciliárias, em regimes especiais face ao regime geral. Por fim, no terceiro capítulo, contrapõe-se a desnecessidade de pena à suposta necessidade de processo criminal, no âmbito da opção legislativa quanto à qualificação de comportamentos que apresentem dignidade penal.

1. HETEROGENEIDADE E DUALIDADE NO DIREITO DAS CONTRAORDENAÇÕES

O quadro jurídico do Direito de Mera Ordenação Social, numa consideração substantiva e adjetiva, é esparso. Não obstante a perfeição sistemática do

RGCO, com uma primeira parte dedicada à disciplina substantiva e uma segunda parte à regulação processual, aquele regime não contém específicas disposições prevendo tipos legais a que correspondam coimas – contraordenações. Todas as contraordenações encontram-se previstas numa variedade enorme de diplomas, conforme a matéria. Mas nem todos esses diplomas se configuram como legislação setorial, no sentido da consagração de um regime especial face ao regime geral em que normalmente intervêm entidades administrativas especializadas (autoridades reguladoras), também setoriais.

No âmbito dos regimes especiais setoriais, destacamos os seguintes com a referência à respetiva entidade reguladora⁶: (i) Regime Sancionatório do Setor Energético (RSSE), estabelecido pela Lei n.º 9/2013, de 28 de janeiro – Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos (ERSE); (ii) Regime Quadro das Contraordenações do Setor das Comunicações, estabelecido pela Lei n.º 99/2009, de 4 de setembro – Autoridade Nacional de Comunicações (ANACOM); Regime das Infrações Antieconómicas e contra a Saúde Pública (DL n.º 28/84, de 20 de janeiro); Regime Geral das Infrações Tributárias (RGIT), aprovado em anexo à Lei n.º 15/2001, de 5 de junho; Código dos Valores Mobiliários (CVM), aprovado em anexo ao DL n.º 486/99, de 13 de novembro – Comissão de Mercado de Valores Mobiliários (CMVM); Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras (RGI-CSF), constante do DL n.º 298/92, de 31 de dezembro – Banco de Portugal (BdP); Regime Jurídico de Acesso e Exercício da Atividade Seguradora e Resseguradora, aprovado em anexo à Lei n.º 147/2015, de 9 de setembro, e Regime Jurídico da Distribuição de Seguros e de Resseguros, aprovado em anexo à Lei n.º 7/2019, de 16 de janeiro – Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões (ASF); Regime Jurídico da Concorrência (doravante, LdC), estabelecido pela Lei n.º 19/2012, de 8 de maio – Autoridade da Concorrência (AdC).

Estes regimes materializam e são a expressão de uma evolução do Direito das Contraordenações em consonância com um novo “paradigma

6 As entidades reguladoras regem-se pela Lei-Quadro das Entidades Reguladoras (LQER), aprovada em anexo à Lei n.º 67/2013, de 28 de agosto, bem como pelos respetivos Estatutos, que podem conter especificidades face àquela, nomeadamente de acordo com o Direito da União Europeia ou Internacional aplicável (art. 3.º, n.º 3, da Lei n.º 67/2013 e arts. 1.º, n.º 2, e 2.º, n.º 2, da LQER). A Lei-Quadro não é aplicável ao Banco de Portugal nem à Entidade Reguladora para a Comunicação Social (art. 3.º, n.º 4, da Lei n.º 67/2013 e art. 2.º, n.º 3, da LQER).

socioeconómico” e modelo de Estado: o Estado garante, garantidor ou regulador⁷.

Como salienta Silva Sánchez, trata-se de um “novo modelo de Estado”, que “se caracteriza formalmente pela delegação do poder de instituições centrais do Estado em agências reguladoras independentes”, exercendo estas um poder regulamentar e sancionatório, com um grande pendor técnico⁸.

As entidades reguladoras apresentam-se, assim, nos termos dos respetivos estatutos, com poderes de regulação, supervisão, fiscalização e sancionatório, que surgem relacionados entre si (arts. 40.º a 43.º da LQER e, *e.g.*, art. 6.º do DL.º 125/2014, de 18 de agosto, quanto à AdC). No domínio sancionatório, a relevância da atuação daquelas entidades “pode com propriedade ser caracterizado como um poder *parajudicial*”⁹.

Os regimes especiais referidos supra enquadram-se nos dois grandes grupos de esferas regulatórias – serviços de interesse económico geral e sistema económico-financeiro – a que se acresce uma regulação transversal¹⁰ – o regime da concorrência.

Da análise daqueles diplomas constata-se a afirmação de Nuno Brandão quanto à existência de “uma ampla cobertura sancionatória de natureza contraordenacional em três dos eixos fundamentais da economia contemporânea, o dos *serviços de interesse económico geral*, o da *concorrência* e o do *sistema económico-financeiro*”, constituindo-se como “áreas atuais de incidência do direito das contraordenações no âmbito económico”¹¹. É, pois, uma área próxima ao designado Direito Penal secundário (natureza económica e social)¹².

7 Brandão, 2016: 401 e ss.. Sobre a ascensão e caracterização do Estado regulador *vide* também Majone, 1994: 77-98; 1997: 139-165.

8 Silva Sánchez, 2015: 1. Mas negando a caracterização como novo modelo de Estado, Esteve Pardo, 2015: 11-23.

9 Ferreira & Morais, 2009: 31-32.

10 Moniz *et al.*, 2016: 22-23 e Vilaça & Carvalho, 2017: 134 e 145. Pois, “o âmbito de aplicação da LdC estende-se aos setores económicos sujeitos a regulação setorial (banca e seguros, comunicações eletrónicas, energia, comunicação social, entre tantos outros), prevendo a lei expressamente a colaboração da AdC com as autoridades reguladoras competentes em cada setor – arts. 35.º e 55.º da LdC”, Moniz *et al.*, 2016: 22. Considerando-se como tais – “autoridades reguladoras setoriais” – aquelas a quem é aplicável a Lei-Quadro das entidades reguladoras e, “por identidade de razão, também o Banco de Portugal e a Entidade Reguladora para a Comunicação Social, entidades que foram expressamente excluídas do âmbito de aplicação da Lei-Quadro”, podendo questionar-se, ainda, o enquadramento de algumas outras entidades, Vilaça & Carvalho, 2017: 145. Cf., na vigência da Lei n.º 18/2003, de 11 de junho, Mateus, 2007: 14-16.

11 Brandão, 2016: 468.

12 Sobre as funções e relação do direito administrativo sancionatório com o direito penal, *vide* Paliero, 1993: 1021 e ss..

1.1. Na dimensão material

As contraordenações, do ponto de vista da ilicitude, caracterizam-se pela sua heterogeneidade, que, aliás, também se verifica nos crimes¹³. Adicionando ao plano da ilicitude outros aspetos substantivos, mas também considerações processuais, de modo a obter-se categorias que aspirem a um relevo prático e a soluções para o direito contraordenacional, as contraordenações deverão ser reconduzidas a uma *dualidade*¹⁴.

Nas palavras de Silva Dias, tal pode ser compreendido numa dicotomia entre contraordenações “tradicionalis” e “modernas”, sem que esteja subjacente a esta classificação um critério de natureza histórica¹⁵.

A cabal caracterização daquela divisão carece de ser feita no plano substantivo, particularmente atendendo ao facto e à respetiva sanção, e no plano processual.

A sua caracterização a partir daqueles critérios permite vislumbrar as “duas grandes modalidades de infrações” referidas por Costa Pinto. Para o A., num primeiro grupo, teríamos “as contraordenações comuns, bagatelares, sujeitas a sanções leves e processos simplificados” e, num segundo grupo, “as contraordenações mais graves, sujeitas a sanções mais severas e a um processo comum”¹⁶. Trata-se do reflexo da utilização do Direito de Mera Ordenação Social na regulação de, por um lado, “matérias tradicionais e infrações bagatelares em circuitos onde habitualmente era aplicado (segurança rodoviária, informação ao consumidor, deveres tributários, algumas condutas laborais, organização de atividades económicas diversificadas)” e, por outro, “novas realidades económicas, sociais e profissionais, prevendo infrações com grande relevância em cada um dos setores em causa: telecomunicações, sistemas de saúde, medicamentos, sistema financeiro, segurança aeronáutica, comunicação social, novas formas de consumo e de relações laborais, concorrência, energia, ambiente, águas e resíduos, por exemplo”¹⁷.

Portanto, nesta dicotomia, vislumbra-se a outra referida: contraordenações tradicionais e modernas¹⁸.

13 Monteiro, 2017: 220-221.

14 Dias, 2018a: 33-41. Dualidade que também é atribuída ao ramo do Direito em si, com características de Direito Penal e de Direito Administrativo, Dias, 2018a: 43.

15 Dias, 2018a: 34-36.

16 C. Pinto, 2002: 93.

17 C. Pinto, 2017: 244.

18 Dias, 2018a: 215-216.

Visto pelo prisma da legitimidade do Estado em promover e garantir a prossecução contraordenacional, as contraordenações surgem-nos com uma aparente unidade de natureza – isto é, o Estado tem legitimidade total, sem dependência da vontade de terceiros, para garantir aquela promoção e prossecução. Todo o ilícito contraordenacional é um ilícito de natureza pública.

Mas também só na aparência este facto é distintivo face ao Direito Penal. Na realidade, a divisão dos crimes entre públicos, semipúblicos e particulares ganha a sua expressão numa área que não se confunde com o direito contraordenacional – o direito penal clássico ou de justiça – sendo que aquele se relaciona intimamente é com o direito penal secundário¹⁹. Quanto a este, as contraordenações modernas partilham os mesmos bens jurídicos²⁰, situando-se, como refere Alexandra Vilela, “paredes-meias com os crimes” previstos no setor²¹.

O campo das contraordenações modernas é, por excelência, a área em que ocorre a tipificação de factos como contraordenação que têm dignidade penal mas que não apresentam necessidade de pena²².

Tais princípios – dignidade penal e necessidade de pena – “assumem uma vocação de legitimação material negativa, determinando quais os factos que não podem adquirir estatuto criminal, mas não impedindo a concessão de natureza contraordenacional a factos que, por possuírem dignidade penal, poderiam ser crime”²³.

Trata-se de uma área de “convergência material”, pois que o direito das contraordenações assume aqui a função de “tutelar bens jurídico-penais”, integrando “factos de dignidade penal”²⁴, mas em que a desnecessidade de pena os retira da órbita penal formal. É a “zona cinzenta das contraordenações «penais»”²⁵.

Campo no qual não se vislumbra uma diferenciação material ao nível do ilícito (que tem dignidade penal), reservando-se essa diferenciação, no

19 Cf. Vilela, 2013: 212, 231 e 235-237.

20 Dias, 2018a: 39.

21 Vilela, 2013: 231 e 306; 2015: 153.

22 Sobre a dignidade penal e desnecessidade de pena *vide* Vilela, 2013: 227 e ss. e 314-329. A A. apresenta certas codificações setoriais, nomeadamente na área da economia e ambiente, demonstrando a existência de contraordenações que têm como âmbito de protecção bens jurídico-penais.

23 Brandão, 2016: 460-464 e 941. *Vide* também Mendes, 2015: 130.

24 Brandão, 2016: 464 e 941.

25 Dias, 2018a: 55.

entender de Nuno Brandão, para o âmbito das sanções, em que nitidamente são de natureza qualitativa diferente – fundando-se aqui a “autonomia material entre o direito penal e o direito das contraordenações”²⁶.

É na área das contraordenações ditas modernas que se multiplicam os regimes especiais, quer a nível substantivo quer processual, que tiram a centralidade ao RGCO²⁷.

1.2. Na dimensão processual

A dualidade da dimensão substantiva está também plasmada a nível processual. Assim, as contraordenações tradicionais (*e.g.* contraordenações rodoviárias) obedecem a processos mais céleres, em que a investigação tem natureza facultativa, não sendo, pois, nem uma fase obrigatória nem autónoma, mas instrumental e determinada pela sua necessidade no caso²⁸. Já nas contraordenações modernas (*e.g.* energia, banca, concorrência), a investigação – que ganha corpo, em regra, numa fase de inquérito – tem carácter obrigatório, havendo um aumento de garantias²⁹. Estas contraordenações impregnam os domínios setoriais, nomeadamente o dos serviços de interesse económico geral, sistema económico-financeiro e a concorrência. Os regimes setoriais consagram, pois, diversas especialidades face ao RGCO, nomeadamente uma formalização acrescida na “fase administrativa” do processo, ainda que, por outro lado, se dê um maior relevo ao princípio da oportunidade processual e a mecanismos simplificados, e uma função mais ativa das autoridades reguladoras na “fase judicial” do processo contraordenacional³⁰.

A relevância da investigação nas contraordenações modernas materializa-se num conjunto alargado de “poderes de investigação” atribuídos às autoridades reguladoras, como será exemplo máximo os poderes da AdC (arts. 18.º a 20.º da LdC)³¹ e da ERSE (arts. 10.º a 12.º do RSSE).

26 Brandão, 2016: 941.

27 Para fazer face a tal, Silva Dias (2018a: 35) propõe a “criação de um regime punitivo e processual a «duas velocidades» com sede no RGCO”, precisamente fundado num critério formal relacionado com o limite máximo da coima.

28 Dias, 2018a: 215.

29 Dias, 2018a: 215-216.

30 Bolina, 2009: 752-767.

31 Moniz *et al.*, 2016: 190, e Moutinho & Duro, 2017: 315 e ss..

Na dimensão específica que importa a este estudo – meios de obtenção da prova – também se apresentam especialidades relevantes, que recortaremos de seguida face ao regime geral.

a) Processo no RGCO

O RGCO compreende diversas normas relativas à matéria da prova: (i) uma respeitante especificamente a proibições de prova (art. 42.º); (ii) outras respeitantes à regulação de meios de prova (*e.g.*, os arts. 44.º e 52.º, relativos à prova testemunhal), outras ainda à regulação de meios de obtenção da prova (*e.g.*, o art. 48-A, relativo às apreensões). Compreende, ainda, uma norma corresponsiva à ideia essencial do art. 249.º do CPP, relativa a providências cautelares quanto aos meios de prova: “as autoridades policiais e fiscalizadoras deverão (...) tomar as medidas necessárias para impedir o desaparecimento de provas”, conforme art. 48.º, n.º 1, *in fine*.

Mas a norma central na temática que nos ocupa é o art. 42.º, com a epígrafe “meios de coação”.

O n.º 1 daquela disposição estabelece que “não é permitida a prisão preventiva, a intromissão na correspondência ou nos meios de telecomunicação nem a utilização de provas que impliquem a violação do segredo profissional”. Desconsiderando a desnecessária e despropositada referência à proibição de prisão preventiva³², que não vem aqui ao caso, o restante dispositivo estabelece aquilo que podemos designar como proibições absolutas de prova, nomeadamente, a apreensão de correspondência, a realização de escutas telefónicas e a prova que implique violação de segredo profissional – proibições absolutas face ao regime geral.

Já o n.º 2 daquela disposição define que “as provas que colidam com a reserva da vida privada, bem como os exames corporais e a prova de sangue, só serão admissíveis mediante o consentimento de quem de direito”. Estamos

32 Cf. Pereira, 2018: 124-126. Não obstante, há doutrina minoritária que da referência exclusiva à proibição de prisão preventiva conclui que as outras medidas de coação são suscetíveis de aplicação em processo contraordenacional, salvaguardada a sua aplicação judicial, e sustentando que tal *admissão implícita* é coerente com “o constante aumento da dimensão do mesmo ramo de direito intervindo em setores com uma importante e decisiva influência na vida económica e social em que potencialmente são aplicáveis sanções extremamente gravosas para pessoas e instituições”, Mendes & Cabral, 2009: 123. Mas não é assim, pois não só aquele artigo mantém a redação da versão originária de 1982, como a aplicação de medidas de coação do processo penal, que contendem de modo mais ou menos intenso com a liberdade, seriam irrazoáveis quando, no final, se trataria de aplicar sanções principais de cariz pecuniário, ainda que de montantes elevadíssimos. A justificar-se medidas de coação coerentes com a natureza do processo contraordenacional, nomeadamente relativas a suspensão preventiva de funções ou outras, carecem de previsão expressa, “por força do princípio da legalidade das medidas de coação”, Albuquerque, 2011a: 155.

perante proibições que podem ser afastadas mediante consentimento, nomeadamente a realização de buscas ou a utilização de registos audiovisuais, obtidos por videovigilância – proibições relativas face ao regime geral.

A classificação que fizemos, saliente-se, teve por referência o regime estabelecido no RGCO.

As restrições operadas pelo art. 42.º, n.º 1, do RGCO, referem Simas Santos e Lopes de Sousa, “derivam da ponderação entre os valores jurídicos afetados por tais meios probatórios e os interesses em jogo em matéria contraordenacional que, por serem de menor relevância que os protegidos pelo direito criminal, não justificam a restrição dos direitos constitucionais que a proteção dos valores protegidos pelo direito criminal pode justificar”³³. Ou seja, em geral, “o legislador entendeu que os interesses protegidos pela reserva da vida privada são superiores aos, eventuais, benefícios obtidos, em favor da investigação, através da violação dessa reserva”³⁴.

Mas ocorre que, como vimos supra, os interesses em matéria contraordenacional são muito diversos e de importância distinta, chegando a estar em causa bens consagrados constitucionalmente, quando não essenciais e de dignidade penal. Assim, desde logo a legislação setorial que compreende contraordenações em áreas de *convergência material* com crimes – factos com dignidade penal mas sem necessidade de pena – em que os valores protegidos pela contraordenação são idênticos aos protegidos pelos crimes, inviabilizam um entendimento genérico e uniforme quanto à ponderação de bens supra referida. Por outro lado, no que respeita à investigação, se em grande parte dos processos contraordenacionais que seguem o RGCO pouca ou nenhuma investigação há a fazer, o mesmo não se pode dizer quanto à legislação setorial. E a necessidade de investigação conduz à necessidade de meios de obtenção da prova, por estes serem instrumentais daquela. Vejamos.

b) Processo em legislação setorial

O legislador tem previsto meios intrusivos de obtenção da prova ou, de modo mais geral, que contendem com direitos pessoais, quer em certos setores contraordenacionais quer em legislação que, sendo também especial face ao RGCO, não se configura, em rigor, como setorial, mas respeitando a determinadas áreas específicas.

33 Santos & Sousa, 2011: 330.

34 Pereira, 2018: 125.

Ora, o regime geral aplicável às contraordenações pode ser afastado, tal como é instituído, por Lei ou DL autorizado (art. 165.º, n.º 1, al. *d*), da CRP), atento o princípio da especialidade. Tratar-se-á de legislação especial face a um regime geral – originando uma “cadeia de regimes” aplicáveis³⁵: (i) o regime especial; (ii) o RGCO, a título subsidiário; e, (iii) também subsidiariamente a este, “os preceitos reguladores do processo criminal”, nos termos do art. 41.º, n.º 1, do RGCO. Assim, em abstrato, e se a Constituição o permitir, pode legislação especial prever meios de obtenção da prova não consagrados no regime geral ou mesmo que face a este são proibidos (de modo absoluto ou relativo, como veremos).

A amplitude admissível dessa previsão especial tem de ser encontrada e fundar-se na Constituição, porquanto implique uma restrição de direitos, liberdades e garantias, estando sujeita a reserva de lei material e formal, corporizada em lei parlamentar ou decreto-lei governamental autorizado (arts. 18.º, n.º 2, e 165.º, n.º 1, al. *b*) da CRP)³⁶.

A previsão especial de meio de obtenção de prova intrusivo não previsto no RGCO é, assim, matéria de reserva relativa da Assembleia da República com um duplo fundamento: por se tratar de norma que vem dispor contra o regime geral das contraordenações, cuja matéria substantiva e processual, obedece àquela reserva (art. 165.º, n.º 1, al. *d*), da CRP); e, por se tratar de matéria relativa a direitos, liberdades e garantias (art. 165.º, n.º 1, al. *b*) da CRP), em concreto, uma sua restrição ou, em rigor, como veremos, uma *intervenção restritiva* (art. 18.º, n.º 2, da CRP).

Relativamente às proibições constantes na 2.ª parte do n.º 1 do art. 42.º do RGCO – a intromissão na correspondência ou nos meios de telecomunicação – tal tem enquadramento no art. 34.º, n.º 4, da CRP: “é proibida toda a ingerência das autoridades públicas na correspondência, nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação, salvo os casos previstos na lei em matéria de processo criminal”. Assim, aquela intromissão, materializada através da apreensão de correspondência ou da realização de escutas telefónicas, é constitucionalmente afastada do âmbito contraordenacional. Não pode, pois, uma lei vir a prever aqueles meios em processo contraordenacional, limitada que está constitucionalmente ao foro criminal. Quanto à parte final do n.º 1 do art. 42.º do RGCO – utilização de provas que impliquem a violação do segredo profissional – não se encontra proibição constitucional da sua

35 Albuquerque, 2011a: 153.

36 Cf. Canotilho & Moreira, 2014: 388 e 395-396.

utilização em processo criminal (onde excepcionalmente pode ser quebrado, arts. 135.º, n.º 3, 136.º, n.º 2, e 182.º do CPP) nem contraordenacional. Assim, não está afastada a possibilidade de um regime especial estabelecer a possibilidade de revelação de dados cobertos por segredo ou sigilo³⁷. Desde logo, documentos cobertos por segredo profissional podem ser apreendidos se “constituírem objeto ou elemento da infração” (arts. 20.º, n.º 5, da LdC, e 12.º, n.º 5, do RSSE), bem como cobertos por sigilo bancário³⁸ (arts. 20.º, n.º 6, da LdC, e 12.º, n.º 6, do RSSE). Ademais, prevê-se a possibilidade de quebra do sigilo bancário no art. 63.º-B da Lei Geral Tributária, aprovada em anexo ao DL n.º 398/98, de 17 de dezembro³⁹, bem como das exceções ao dever de segredo consagrado no Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras (RGICSF), constante do DL n.º 298/92, de 31 de dezembro (arts. 78.º e 79.º). Aqueles dados (nomes dos clientes, contas de depósito e respetivos movimentos e outras operações bancárias, conforme art. 78.º, n.º 2) podem ser revelados a entidades como o Banco de Portugal, a CMVM e a ASF e utilizados em processo contraordenacional⁴⁰; e, apesar de a AdC não se encontrar naquele leque de entidades, a atual LdC prevê também a possibilidade de “exame de documentos protegidos pelo sigilo bancário”, salvaguardando as garantias judiciais⁴¹.

Assim, na realidade, apesar de as proibições de prova previstas no n.º 1 do art. 42.º do RGCO serem proibições absolutas face ao RGCO, somente as respeitantes à ingerência na correspondência ou nas telecomunicações ou outros meios de comunicação se afiguram, efetivamente, como absolutamente proibidas em processo contraordenacional, mas já não existindo uma garantia

37 Albuquerque, 2011a: 165.

38 O segredo bancário, que se liga a um “interesse *geral* do sistema bancário”, destina-se também à proteção do “interesse privado dos clientes”, no âmbito da reserva da sua vida privada; nos segredos profissionais, em geral, protege-se quer “a relação de confiança” profissional quer, também, a reserva da vida privada, cf. M. Pinto, 2018a: 616-618; 2018b: 664-666.

39 Albuquerque, 2011a: 166, e Santos & Sousa, 2011: 332.

40 Mendes & Cabral, 2009: 126. Para os A., ainda que inicialmente refiram que “a lei proíbe a violação do segredo profissional sem qualquer exceção”, face ao RGCO, é claro; acrescentam “que, pontualmente a lei consagra exceções a tal princípio consagrando por forma indireta uma obrigação de informação”, como se verifica no art. 79.º do RGICSF relativamente a dados cobertos protegidos pelo segredo. Ora, fica aqui bem patente que proibições de provas absolutas face ao RGCO podem ser afastadas em regimes especiais, desde que esses meios de prova ou de obtenção de prova sejam admissíveis face à Constituição em processo contraordenacional.

41 Moniz *et al.*, 2016: 221-222.

de inviolabilidade absoluta do segredo profissional, prevendo-se, pontualmente, possibilidade da sua afetação em legislação especial.

Já as proibições constantes do n.º 2 do art. 42.º do RGCO – “provas que colidam com a reserva da vida privada, bem como os exames corporais e a prova de sangue” – as mesmas afiguram-se como relativas, na medida em que o consentimento torna-as admissíveis nos processos que sigam o regime geral, bem como aqueles que sigam regimes especiais, por também aí estarem previstas mediante consentimento ou por aplicação do RGCO como direito subsidiário.

Mas um aspeto é afigurarem-se como relativas pelo facto de o consentimento afastar a sua inadmissibilidade, outra questão é se fora de um quadro de consentimento podem ser especialmente previstas.

Quanto aos exames corporais e à prova de sangue, que configuram uma afetação não só do direito à reserva da vida privada, mas também, e em específico, à integridade pessoal dos visados, a sua previsão é inadmissível fora de um quadro de consentimento⁴². Assim é, porque a afetação daquele domínio pessoal não encontra justificação nos fins prosseguidos pelo Direito de Mera Ordenação Social, sendo constitucionalmente vedada pelo princípio da proporcionalidade.

Quanto às provas que colidam com a reserva da vida privada, nomeadamente a questão de saber se regimes especiais podem prever o seu recurso, a questão afigura-se mais complexa. No âmbito desta proibição, enquadra-se a realização de revistas, buscas ou utilização de registos de imagem e/ou som captados por videovigilância⁴³.

42 No que se refere à prova de sangue e exames corporais, podemos considerar a realização de testes para aferir a taxa de álcool no sangue, quer por ar expirado quer por prova de sangue, ou para aferir o estado de influenciado por substâncias psicotrópicas, bem como a realização de exames, conforme art. 81.º e 152.º e ss do Código da Estrada, aprovado pelo DL n.º 114/94, de 3 de maio. Mas nenhuma especialidade há face ao RGCO, isto é, mesmo quando são realizados por haver uma suspeita da prática da contraordenação respetiva, dependem de consentimento, *i.e.*, da vontade e colaboração do visado. Caso o condutor se recuse a realizar o teste, então incorre no crime de desobediência (art. 348.º, n.º 1, al. *a*), do CPP e art. 152.º, n.º 3, do CE), não sendo possível realizar qualquer diligência de prova para apurar o seu real estado. Sobre isto, fundando na segurança rodoviária a realização dos testes, mas considerando-os meios de obtenção de prova criminal ou contraordenacional e não julgando inconstitucional a solução adotada quanto ao cometimento do crime de desobediência pela recusa de submissão aos mesmos, à face do art. 32.º, n.º 8, da CRP, ainda que comportem uma restrição do direito à reserva da vida privada e à integridade pessoal *vide* Ac. TC n.º 397/2014, de 7 de maio, com referência a diversa jurisprudência constitucional anterior.

43 Quanto às implicações da videovigilância no direito à reserva da vida privada e à imagem, mesmo em espaços públicos, *vide* M. Pinto, 2018a: 605-606; 2018b: 666.

Vejam os registos de imagem e som captados pelos sistemas de video-vigilância instalados nos recintos onde decorram espetáculos desportivos podem ser usados como prova das contraordenações no âmbito dos ilícitos contraordenacionais associados à violência no desporto, conforme arts. 18.º, n.ºs 2 e 6, e 8.º, n.º 1, al. *u*), do Regime Jurídico da segurança e combate ao racismo, à xenofobia e à intolerância nos espetáculos desportivos, estabelecido pela Lei n.º 39/2009, de 30 de julho, na redação dada pela Lei n.º 113/2019, de 11 de setembro⁴⁴. Mas, quanto ao espetador, o consentimento na recolha de imagem e som é, desde logo, uma condição de acesso ao recinto desportivo, conforme art. 22.º, n.º 1, al. *b*), daquele regime.

No que respeita às revistas, prevêem-se, por exemplo, no âmbito do consumo de estupefacientes e substâncias psicotrópicas, podendo ser realizadas, sem consentimento, ao consumidor; sem consentimento e, aliás, sem despacho do Ministério Público, diga-se (art. 4.º, n.º 1, da Lei n.º 30/2000, de 29 de novembro). Um regime, pois, à semelhança da possibilidade de revista a suspeitos no âmbito criminal, como medida cautelar e de polícia, em casos de fuga iminente ou de detenção (art. 251.º, n.º 1, al. *a*) do CPP). Se considerarmos que até ao ano de 2000 o consumo de estupefacientes era crime, ocorrendo aí a sua descriminalização, verifica-se que a previsão da realização da revista não é mais do que a constatação de que para a deteção e prova da contraordenação é essencial a possibilidade de realização de revista e apreensão, sendo o caso, dos produtos estupefacientes⁴⁵. Verifica-se, aqui, que um mesmo meio de obtenção da prova previsto em processo criminal pode ser usado em processo contraordenacional, por razões de exigência prática quanto aos meios de prova para demonstração dos factos típicos (*i.e.*, a revista tendo em vista a apreensão de estupefaciente).

Definido este panorama genérico, focar-nos-emos, de seguida, na admissibilidade da previsão de buscas (domiciliárias) em âmbito contraordenacional.

44 A versão originária da Lei n.º 39/2009 previa apenas a possibilidade de utilização de registos de imagem e som em âmbito penal, tendo sido a partir da segunda alteração àquele diploma, operada pela Lei n.º 52/2013, de 25 de julho, que foi prevista a possibilidade da sua utilização em processo contraordenacional, possibilidade que se manteve aquando da recente terceira alteração, através da Lei n.º 113/2019, de 11 de setembro.

45 *Vide* Valente, 2005a: 29-30, referindo-se o A. a uma diversa legitimação da realização das revistas após a descriminalização do consumo, suportando-a no “despistar a suspeita” face ao crime e “na preservação das provas da contraordenação”, mas também em razões de “segurança física”.

2. BUSCAS DOMICILIÁRIAS EM LEGISLAÇÃO SETORIAL

A consagração da possibilidade de realização de buscas em domínios setoriais tem sido uma tendência. Esta tendência manifesta-se quer nos domínios dos serviços de interesse económico geral quer no sistema económico-financeiro, e por uma dupla via: quer através dos seus próprios regimes quer através do regime transversal que é o domínio da concorrência.

No âmbito do RGICSF, o art. 215.º, n.º 1, estabelece que “quando necessária à averiguação ou à instrução do processo, pode proceder-se a buscas a quaisquer locais e à apreensão de quaisquer documentos e equipamentos, bem como determinar-se o congelamento de quaisquer valores, independentemente do local ou instituição em que se encontrem, devendo os valores apreendidos ser depositados em conta à ordem do Banco de Portugal, garantindo o pagamento da coima e das custas em que venha a ser condenado o arguido”. Por sua vez, o art. 215.º, n.º 2, referindo-se especificamente às buscas domiciliárias, estabelece que “as buscas e apreensões domiciliárias são objeto de mandado judicial”. Já o n.º 4 especifica que “tratando-se de busca em escritório de advogado, em escritório de revisores oficiais de contas ou em consultório médico, esta é decretada e realizada, sob pena de nulidade, pelo juiz de instrução, nos termos de legislação específica”. Podem ainda ser realizadas buscas a entidades não sujeitas à supervisão do Banco de Portugal, dependentes de autorização da autoridade judiciária competente (art. 215.º, n.º 5), juiz de instrução ou Ministério Público, conforme se trate de busca domiciliária ou não domiciliária. Mas o art. 215.º, n.º 5, exceciona as situações previstas no art. 126.º, no qual se estabelece, no seu n.º 1, que “quando haja fundadas suspeitas de que uma entidade não habilitada exerce ou exerceu alguma atividade reservada às instituições de crédito, pode o Banco de Portugal exigir que ela apresente os elementos necessários ao esclarecimento da situação, bem como realizar inspeções no local onde indiciariamente tal atividade seja ou tenha sido exercida, ou onde suspeite que se encontrem elementos relevantes para o conhecimento da mesma atividade”.

Da análise deste regime, ressalta a falta de densificação ou de diferenciação de pressupostos para a realização ou requerimento de realização de buscas domiciliárias.

Já no âmbito dos serviços de interesse económico geral, em específico, no setor energético, a ERSE pode “proceder, nas instalações, terrenos ou meios de transporte das entidades reguladas ou outras pessoas coletivas, à busca, exame, recolha e apreensão de valores, objetos, extratos da escrita e demais documentação, independentemente do seu suporte, sempre que tais diligências se

mostrem necessárias à obtenção de prova”, conforme art. 10.º, n.º 1, al. *c*), do RSSE. As buscas não domiciliárias assim realizadas dependem de mandado da autoridade judiciária competente (art. 10.º, n.º 2), portanto a ser solicitado previamente (art. 10.º, n.º 3) e que será notificado ao visado no momento da busca (art. 10.º, n.ºs 4., al. *b*) e 7). Na realização das buscas, a ERSE pode solicitar o apoio das entidades policiais (art. 10.º, n.º 6) e elabora auto da diligência (art. 10.º, n.º 8). Especificamente quanto a buscas domiciliárias, o art. 11.º, n.º 1, do RSSE, prevê que “existindo fundada suspeita de que existem, no domicílio de sócios, de membros de órgãos de administração e de trabalhadores e colaboradores das entidades reguladas ou outras pessoas coletivas, provas da prática de atos suscetíveis de enquadrar uma contraordenação prevista nos artigos 28.º e 29.º, pode ser realizada busca domiciliária, que deve ser autorizada previamente, por despacho, pelo juiz de instrução, a requerimento da ERSE”. A ERSE, no seu requerimento, tem de “mencionar a gravidade da infração investigada, a relevância dos meios de prova procurados, a participação da entidade envolvida e a razoabilidade da suspeita de que as provas estão guardadas no domicílio para o qual é pedida a autorização” (art. 11.º, n.º 2), sendo que o juiz de instrução pode ordenar que sejam fornecidas informações sobre quaisquer elementos necessários para o controlo da proporcionalidade da busca domiciliária (art. 11.º, n.º 3). A busca apenas pode ser efetuada entre as 7 e as 21 horas, sob pena de nulidade (art. 11.º, n.º 6). Se se tratar de busca em escritório de advogado ou em consultório médico, o juiz acompanha a diligência, sob pena de nulidade, tendo de avisar previamente o presidente do conselho local da Ordem dos Advogados ou da Ordem dos Médicos, que pode ele próprio ou um seu delegado estar presente na diligência (art. 11.º, n.º 7). E também podem ser realizadas buscas em estabelecimentos bancários, como se infere diretamente do art. 12.º, n.º 6, sendo que a apreensão de documentos tem de ser efetuada pelo juiz de instrução. Mas aquele art. 11.º prevê também buscas não domiciliárias, que aqui são especificadas por se referirem a “locais, incluindo veículos, de sócios, membros de órgãos de administração e trabalhadores ou colaboradores de entidades reguladas ou outras pessoas coletivas”, sendo que o seu regime é o dessa norma, com as necessárias adaptações (art. 11.º, n.º 8), o que significa, desde logo, que a autoridade judiciária competente para autorizar ou ordenar a diligência é, aqui, o Ministério Público.

Mas as buscas domiciliárias são suscetíveis de realização em todo o setor económico ao abrigo da Lei da Concorrência, posto que esta Lei se aplica “a todas as atividades económicas exercidas, com carácter permanente ou ocasional, nos setores privado, público e cooperativo”, conforme art. 1.º da LdC.

A LdC prevê que a AdC possa, no âmbito dos seus poderes sancionatórios, “proceder, nas instalações, terrenos ou meios de transporte de empresas ou de associações de empresas, à busca, exame, recolha e apreensão de extratos da escrita e demais documentação, independentemente do seu suporte, sempre que tais diligências se mostrem necessárias à obtenção de prova” (art. 18.º, n.º 1, al. c), da LdC)⁴⁶. Essas diligências, nomeadamente as buscas, estão dependentes de decisão da autoridade judiciária competente (art. 18.º, n.º 2), devendo ser solicitadas previamente, em requerimento fundamentado (art. 18.º, n.º 3, da LdC). A decisão da autoridade judiciária a ordenar ou autorizar a busca é notificada ao visado no momento da sua realização (art. 18.º, n.ºs 4, al. b), 5 e 7). A AdC pode ter o apoio das entidades policiais (art. 18.º, n.º 6). E da busca será sempre lavrado um auto (art. 18.º, n.º 8).

Especificamente quanto a buscas domiciliárias, o art. 19.º, n.º 1, da LdC, estabelece que “existindo fundada suspeita de que existem, no domicílio de sócios, de membros de órgãos de administração e de trabalhadores e colaboradores de empresas ou associações de empresas, provas de violação grave dos artigos 9.º ou 11.º da presente lei ou dos artigos 101.º ou 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, pode ser realizada busca domiciliária, que deve ser autorizada, por despacho, pelo juiz de instrução, a requerimento da Autoridade da Concorrência”. A solicitação da busca tem de ser feita em requerimento onde se mencione “a gravidade da infração investigada, a relevância dos meios de prova procurados, a participação da empresa ou associação de empresas envolvidas e a razoabilidade da suspeita de que as provas estão guardadas no domicílio para o qual é pedida a autorização” (art. 19.º, n.º 2). Ademais, o juiz de instrução, para um adequado controlo da proporcionalidade quanto à diligência, pode ordenar à AdC a prestação de informações sobre os elementos necessários para apurar dessa proporcionalidade (art. 19.º, n.º 3). A busca domiciliária apenas pode ser realizada entre as 7 e as 21 horas, sob pena de nulidade (art. 19.º, n.º 6). Caso se trate de busca em escritório de advogado ou em consultório médico, o juiz de instrução acompanha a diligência, sob pena de nulidade, informando previamente o presidente do conselho local da Ordem dos Advogados ou da Ordem dos Médicos, que pode, ele

46 É neste preceito que se enquadra a busca à sede das pessoas coletivas, tal como já era entendido na vigência da Lei n.º 18/2003, que não consagra buscas domiciliárias, mas em que as primeiras eram subsumíveis ao então art. 17.º, n.º 1, al. c), tidas, pois, como buscas não domiciliárias. *Vide* Costeira, 2007: 29, e Pareceres n.º 127/2004 e 86/1991 da Procuradoria-Geral da República, referidos pela A.. Sobre a constitucionalidade do art. 17.º, n.º 1, al. c), da anterior LdC, *vide* Ac. do TC n.º 593/2008 e Ac. do TC n.º 596/2008.

próprio ou um seu delegado, estar presente (art. 19.º, n.º 7)⁴⁷. E apesar de não estarem expressamente referidas no art. 19.º, também podem ser realizadas buscas em estabelecimentos bancários (art. 20.º, n.ºs 6 e 7)⁴⁸, devendo obedecer aos requisitos do art. 19.º e não do art. 18.º, n.º 1, al. c) da LdC⁴⁹.

Não obstante a sua epígrafe, o art. 19.º, n.º 8, prevê a aplicação desse regime, com as necessárias adaptações, a “buscas a realizar noutros locais, incluindo veículos, de sócios, membros de órgãos de administração e trabalhadores ou colaboradores de empresas ou associações de empresas” (art. 19.º, n.º 8), portanto locais associados a pessoas que têm aquela qualidade. Quando se tratarem de buscas não domiciliárias, a autorização compete, pois, ao Ministério Público.

Aliás, tal como previsto expressamente no art. 21.º da LdC, onde se estabelece que “é competente para autorizar as diligências previstas nas alíneas c) e d) do n.º 1 do artigo 18.º e nos artigos 19.º e 20.º o Ministério Público ou, quando expressamente previsto, o juiz de instrução, ambos da área da sede da Autoridade da Concorrência”.

Os regimes referidos preveem buscas não domiciliárias e domiciliárias. Dando por assente a admissibilidade constitucional da previsão de buscas não domiciliárias no âmbito do direito contraordenacional^{50, 51}, importa refletir sobre as buscas domiciliárias.

A consagração destas resulta de uma razão bem prática: a necessidade de aceder a certas provas que se podem encontrar guardadas em domicílios⁵². Mas importa apurar se esta exigência prática se compadece com a Constituição.

47 Apesar de a anterior Lei da Concorrência (Lei n.º 18/2003, de 11 de junho), na sua versão original ou posteriores, nunca ter previsto a possibilidade de buscas domiciliárias, a verdade é que já poderiam ter lugar neste domínio, realizadas pela Comissão Europeia, ao abrigo do art. 21.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, de 16 de dezembro de 2002. Sobre os poderes da Comissão e relação com as autoridades nacionais, *vide* Wils, 2006: 3-24.

48 Moutinho & Duro, 2017: 330 e Anastácio & Alfafar, 2017: 349.

49 Moniz *et al.*, 2016: 217 e 222-223.

50 Acs. do TC n.ºs 593/2008 e 596/2008, ainda face ao art. 17.º da anterior LdC.

51 Cf. Loureiro, 2017: 235.

52 Veja-se o considerando n.º 34 da Diretiva (UE) 2019/1 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro de 2018: “A experiência revela que há documentos das empresas que podem estar guardados nos domicílios privados dos dirigentes, membros dos órgãos de administração e outros membros do pessoal das empresas ou associações de empresas, em especial devido à crescente utilização de modalidades de trabalho mais flexíveis. A fim de assegurar a eficácia das inspeções, as autoridades administrativas nacionais da concorrência deverão ter competência para aceder a todas as instalações, incluindo domicílios privados, se estiverem em condições de demonstrar que existe uma suspeita razoável de que aí estejam guardados

2.1. Problemática e admissibilidade constitucionais

Questão essencial, porque prejudicial, é analisar a admissibilidade constitucional de buscas domiciliárias no Direito Contraordenacional. A nosso ver, tal problemática deve ser respondida em dois planos sucessivos. Em primeiro lugar, saber se a CRP proíbe ou admite, de modo expreso, a possibilidade de consagração desse tipo de diligências no Direito Contraordenacional, enquanto ramo do Direito. Em segundo lugar, plano que só se coloca obtida resposta positiva à admissibilidade, em abstrato, de buscas domiciliárias em âmbito contraordenacional, saber qual a extensão dessa admissibilidade. Isto é, sendo o Direito de Mera Ordenação Social um ramo de Direito sancionatório público (não penal) com uma assinalada diversidade de matéria punível e de gravidade das coimas – a sua dualidade – descortinar se aquela admissibilidade não estará, na origem, limitada constitucionalmente a certos setores das contraordenações.

As buscas domiciliárias são diligências intrusivas da esfera pessoal dos seus visados e ofensoras da reserva da sua vida privada e familiar, em geral, e, em especial, da inviolabilidade do domicílio, direitos que se constituem como direitos, liberdades e garantias (arts. 26.º e 34.º da CRP)⁵³.

Aliás, no Direito internacional e regional, o respeito pela vida privada e familiar surge consagrado nas mesmas disposições que o respeito pelo domicílio, antecedendo, lógica e textualmente, este (*vide* art. 12.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, art. 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e art. 7.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia)⁵⁴.

O direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar (art. 26.º, n.º 1, da CRP) encontra, assim, uma sua proteção específica – ainda que parcial⁵⁵ – na garantia de inviolabilidade do domicílio, estabelecida no art. 34.º, n.º 1, da

documentos das empresas suscetíveis de serem relevantes para provar uma infração ao artigo 101.º ou 102.º do TFUE”.

53 Cf. Valente, 2005b: 301; 2005a: 105, e, referindo-se expressamente ao âmbito contraordenacional, salientando o facto de a intromissão ser feita por autoridade administrativa, não obstante a autorização judicial, *vide* Moutinho & Duro, 2017a: 327.

54 Nos dispositivos que apresentam epígrafes, estas referem-se ao direito ao “respeito pela vida privada e familiar” (cf. art. 8.º CEDH e art. 7.º CDFUE). Na CRP, a fórmula usada corresponde a “reserva da intimidade da vida privada e familiar” (art. 26.º, n.º 1). A expressão “intimidade” não confere aqui nem retira qualquer conteúdo ao direito, mas poderá ser importante na graduação da “gravidade da ofensa ou para resolver o conflito com outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”, M. Pinto, 2018b: 657-658.

55 Pois o direito à reserva da intimidade da vida privada não se limita à inviolabilidade do domicílio, cf. M. Pinto, 1993: 546-547.

CRP, configurando-se, nas palavras de Germano Marques da Silva e de Fernando Sá, como um “regime especial de tutela”, materializado num “direito subjetivo público de conteúdo negativo”^{56,57}.

Trata-se de “uma inviolabilidade de princípio”, que comporta restrições relevantes⁵⁸. As exceções a essa inviolabilidade, configuradas em abstrato, cujos regimes hão-de ser concretizados em lei, surgem previstas nos n.ºs 2 e 3 do mesmo art. 34.º da CRP.

Importa atender à letra constitucional.

No art. 34.º, n.º 2, estabelece-se que “a entrada no domicílio dos cidadãos contra a sua vontade só pode ser ordenada pela autoridade judicial competente, nos casos e segundo as formas previstos na lei”.

Por sua vez, o n.º 3 estabelece que “ninguém pode entrar durante a noite no domicílio de qualquer pessoa sem o seu consentimento, salvo em situação de flagrante delito ou mediante autorização judicial em casos de criminalidade especialmente violenta ou altamente organizada, incluindo o terrorismo e o tráfico de pessoas, de armas e de estupefacientes, nos termos previstos na lei”.

A questão é saber se fora de um quadro de consentimento – contra a vontade, portanto⁵⁹ – pode a lei estabelecer a possibilidade de buscas domiciliárias em âmbito contraordenacional⁶⁰.

56 Silva & Sá, 2017: 549.

57 Como refere Jorge Miranda, a consagração da inviolabilidade de domicílio nem sempre esteve diretamente relacionada com a intimidade da vida privada, tendo inicialmente estado relacionada com a instituição “família”. Em Portugal, a previsão dessa inviolabilidade ocorreu em todas as anteriores Constituições, quer monárquicas (1822, 1826 e 1838) quer republicanas (1911 e 1933), como expressão de “um imperativo de direito natural” cf. Miranda, 1974: 404-406, 410 e 419.

58 Canotilho & Moreira, 2014: 540.

59 Seguimos o entendimento de Marques da Silva e Fernando Sá (2017: 555-556) que consideram que aquelas expressões – consentimento e vontade – apresentam igual significado final, sendo as “duas faces de uma mesma realidade”, porquanto o consentimento manifesta a vontade, ou seja, esta é exteriorizada por aquele. Sugerindo interpretação diversa, Gomes Canotilho e Vital Moreira (2014: 541-542) referem que “o consentimento exigido para a entrada no domicílio durante a noite parece indiciar uma maior exigência quanto à manifestação de vontade do titular. Trata-se, porém, em qualquer dos casos, de uma exigência de acordo do titular do direito”. Ora, o regime processual penal das buscas domiciliárias mediante consentimento do visado demonstra que não existem diversos graus de manifestação de vontade quanto a buscas diurnas ou noturnas.

60 Não sendo certo, contudo, que com consentimento possam sempre ser feitas, Moniz *et al.*, 2016: 211-212. Quanto a nós, a existência de consentimento não afasta a exigência de proporcionalidade, *in casu*.

Trata-se, aqui, em rigor, de uma “afetação individual de direitos” ou “intervenção restritiva”, que constituindo uma tipologia de restrição, em geral, se distingue de um conceito estrito de restrição de direitos⁶¹.

Aquelas normas constitucionais, com os respetivos pressupostos e garantias, concretizados em lei, vêm materializar intromissões válidas no domicílio que “atingem apenas certas e determinadas pessoas e por causas que, individualmente, lhes respeitam”; no caso, fundando-se na conexão com comportamentos ilícitos e no interesse público⁶².

Ora, nem as disposições dos n.ºs 1 e 2 do art. 34.º, nem a sua epígrafe, fazem qualquer referência ao âmbito criminal ou contraordenacional.

Já no n.º 3 surge especificada a entrada no domicílio durante a noite reservada a matéria criminal, atenta a ainda maior danosidade dessa ação, havendo aqui dois aspetos a referir. Por um lado, é reafirmada e reforçada a garantia de inviolabilidade do domicílio, especificamente no período noturno (1.ª parte do preceito), por outro, concretiza-se que a exceção fica reservada ao âmbito criminal e de modo restrito, apenas em situação de flagrante delito ou mediante autorização judicial em casos de criminalidade especialmente violenta ou altamente organizada (2.ª parte do preceito).

Ora, qualquer restrição aos direitos, liberdades e garantias tem de estar expressamente prevista na Constituição (art. 18.º, n.º 2, da CRP). Como salienta Jorge Miranda, as várias dimensões do “princípio do caráter restritivo das restrições” são aplicáveis a qualquer restrição de direitos, liberdades e garantias, incluindo as designadas intervenções restritivas⁶³.

Gomes Canotilho e Vital Moreira ensinam que “toda a restrição tem de estar expressamente credenciada no texto constitucional, tornando-se portanto necessário que a admissibilidade da restrição encontre nele *expressão suficiente e adequada* (parecendo de admitir, porém, que a previsão não necessita de ser *direta* para ser *expressa*)”⁶⁴. Tal como se exige “suficiente e adequada expressão” na Constituição do direito, interesse ou bem que se visa salvaguardar⁶⁵.

De tudo isto, resulta absolutamente claro que, em âmbito contraordenacional, não é possível a entrada no domicílio durante a noite, através de

61 Miranda, 2017: 471-472.

62 Miranda, 2017: 471-472.

63 Miranda, 2017: 466-467 e Miranda & Silva, 2017: 257-259.

64 Canotilho & Moreira, 2014: 391.

65 Canotilho & Moreira, 2014: 392.

autorização judicial, por tal resultar constitucionalmente proibido de modo expresso, ainda que num raciocínio *a contrario*, uma vez que a exceção está reservada ao âmbito criminal.

Resta a questão quanto ao período diurno.

Ora, a acrescer ao já analisado, apenas o n.º 4 do art. 34.º volta a reservar ao âmbito criminal as exceções quanto, agora, à proibição de ingerência na correspondência, nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação, atento o grau de intromissão na esfera pessoal e privada que aqueles meios traduzem.

É certo que o n.º 2 do art. 34.º não se limita ao âmbito criminal⁶⁶. Mesmo a doutrina que nega a admissibilidade constitucional de buscas domiciliárias em matéria contraordenacional concorda que aquela garantia e o âmbito da sua exceção abarca realidades fora do âmbito criminal e fora da noção de busca, dando exemplos até de foro cível⁶⁷. Será certo que sim, mas é inegável a associação de todo o artigo à matéria da prova de determinado ilícito, atentos os n.ºs 3 e 4 e a sua localização.

Em termos sistemáticos⁶⁸, o art. 34.º surge após um artigo referente à expulsão, extradição e direito de asilo, que compreende situações absolutamente fora do âmbito criminal ou que com ele podem não ter qualquer relação (direito de asilo e a expulsão, respetivamente), encerrando uma sequência de artigos específica e exclusivamente dedicados àquela matéria (arts. 28.º a 31.º da CRP). Alargando aquele leque de artigos, compreendendo matéria não exclusivamente criminal, mas a ela se dedicando especialmente, poderíamos considerar os arts. 27.º e 32.º. Se todo o art. 34.º se referisse somente ao âmbito criminal, dada a sua relação com a matéria da prova, deveria estar colocado imediatamente após o art. 32.º, com a epígrafe “Garantias de processo criminal” e onde se tem uma disposição sobre as proibições de prova (atual n.º 8). Não se ignora que na versão original da Constituição o art. 33.º se referia ao direito à identidade, ao bom nome e à intimidade, fazendo

66 Cf. Canotilho & Moreira, 2014: 542.

67 Cf. Loureiro, 2017: 240, em que a A. refere caberem “hipóteses de entrada no domicílio que não as levadas a cabo por força de um processo penal, mas que não correspondem a buscas: pense-se, desde logo, no caso da realização de uma penhora em processo executivo (art. 757.º do Código de Processo Civil) ou de uma inspeção tributária (art. 63.º da Lei Geral Tributária)”.

68 Relativamente à importância “de uma correta interpretação objetiva e sistemática da Constituição” na análise da previsão e consagração de restrições de direitos fundamentais, com alcance superior ao sentido usado supra *vide* Miranda & Silva, 2017: 270. Ainda quanto à importância “de uma leitura sistemática da Constituição” no âmbito específico da inviolabilidade do domicílio, *vide* Silva & Sá, 2017: 550.

sentido seguir-se-lhe a garantia e as exceções da inviolabilidade de domicílio. Mas com a reorganização sistemática que se lhe seguiu, nas alterações da Lei Constitucional n.º 1/82, de 30 de setembro (primeira revisão constitucional), passando o art. 33.º a se referir à extradição, expulsão e direito de asilo, a estar reservado a disposição em análise ao foro criminal, bem deveria ter ocupado essa posição. Tanto mais quanto nesse momento o art. 32.º dizia respeito unicamente ao processo criminal, quer textualmente quer por o DL n.º 232/79 estar sem aplicação prática. Ou isso, ou para quem queira dar relevância aos casos abrangidos por aquele artigo que não de matéria criminal (mas não admitindo a contraordenacional) – entrada no domicílio para fins que não de prova em processo sancionatório – bem deveria ter acompanhado a norma referente ao direito à identidade, ao bom nome e à reserva da intimidade da vida privada e familiar (que então passou a constituir o art. 26.º, com a epígrafe ainda atual “Outros direitos pessoais”).

Já numa perspetiva puramente histórica, não serve dizer que o art. 34.º da CRP não pode contemplar matéria contraordenacional, por ainda não haver Direito de Mera Ordenação Social em 1976. Ora, aquele artigo, desde a sua versão original, foi já objeto de diversas alterações, nomeadamente em 1997 e 2001. Só na alteração operada pela Lei Constitucional n.º 1/2001 (quinta revisão constitucional), se acrescentou a exceção à inviolabilidade do domicílio no período noturno, fora de consentimento, reservando-a ao âmbito criminal, mas manteve-se a redação dos n.ºs 1 e 2, não reservando aqui as exceções ao âmbito criminal. Aquela norma foi pois já renovada em contexto de plena implementação e consolidação do ilícito de mera ordenação social em Portugal, quando até o art. 32.º já continha um número – o então n.º 8 – especificamente referido ao processo contraordenacional, introduzido pela Lei Constitucional n.º 1/89, de 8 de julho. Ainda em 1974, Jorge Miranda alertava para uma crescente relevância da inviolabilidade de domicílio face à intervenção do Estado na vida em sociedade pela via administrativa, havendo que salvaguardar aquela garantia através de “exigências legítimas do interesse público”, salientando a importância que tal garantia deveria vir a obter, desde logo, ainda nesse século⁶⁹. A criação do Direito de Mera Ordenação Social e as previsões posteriores de buscas domiciliárias nesta sede deram corpo àquela premonição.

Assim, as exceções à inviolabilidade de domicílio previstas no n.º 2 do art. 32.º da CRP tanto podem estar previstas em lei relativa a processo

69 Miranda, 1974: 404-405 e 409.

criminal como a processo contraordenacional, encontrando-se naquela norma constitucional a expressa previsão dessas restrições – *expressa* mas não *direta*, quer para uma realidade quer para a outra. Claro que se poderá advogar que numa leitura integrada do n.º 2 com o n.º 3, a restrição seria, para ambas, somente no âmbito criminal. Mas tal argumento ignora que até à revisão constitucional de 2001, quer o n.º 2 quer o n.º 3 não referiam na sua letra o âmbito criminal, e não era por isso que se negava a admissibilidade de buscas domiciliárias no processo penal ou que se entendia que esta restrição não estava expressa na Constituição. É realçando aquela revisão constitucional – que deixou de considerar a inviolabilidade “absoluta” do domicílio durante a noite – que Germano Marques da Silva e Fernando Sá defendem que as buscas domiciliárias diurnas não se limitam ao âmbito criminal⁷⁰.

Deste modo, a CRP admite que por autorização de autoridade judicial, de acordo com a sua previsão em lei, existam buscas domiciliárias diurnas em Direito Contraordenacional. Isto é, o comportamento ilícito que está na base da justificação da afetação da proteção e inviolabilidade do domicílio pode ser, em abstrato, resultante de uma conexão da medida com um ilícito contraordenacional.

Mas impõe-se, de imediato, um segundo plano de análise: descortinar se essa admissibilidade deve ter-se por genérica ou, logo originariamente, limitada a certos âmbitos contraordenacionais.

Exige-se, aqui, uma ponderação de valores em conflito logo na sua previsão pelo legislador (ingerência na reserva da vida privada em confronto com os fins prosseguidos pelo Direito de Mera Ordenação Social, *in casu*, isto é, o bem protegido em concreto)⁷¹. Ora, aquelas afetações de direitos, para além da conexão com comportamentos ilícitos, justificam-se por um interesse público. O interesse público subjacente – o interesse na persecução e responsabilização contraordenacional – tem de ser suficientemente forte para justificar aquelas intromissões no âmbito da reserva da vida privada, o que só se verificará nos âmbitos contraordenacionais que tutelem bens jurídicos com suficiente previsão constitucional. Trata-se de respeitar a salvaguarda de outros interesses constitucionalmente protegidos (art. 18.º, n.º 2, parte final) – *i.e.*, “a reserva constitucional de bem” – com suficiente e

70 Silva & Sá, 2017: 559. Vide também Moniz *et al.*, 2016: 209, nota 54, e Moutinho & Duro, 2017: 326.

71 Dando relevo à natureza dos bens jurídicos protegidos pelas infrações e aos seus efeitos sistémicos, Moutinho & Duro, 2017: 327.

adequada expressão na Constituição, capazes, pois, de “suportarem” a restrição do direito fundamental⁷². Este critério – que o interesse salvaguardado consista num bem jurídico-constitucional protegido pela contraordenação em investigação – deve ter-se por critério de constitucionalidade quanto à previsão de buscas domiciliárias em Direito Contraordenacional. É nestes termos que julgamos que a admissibilidade constitucional de buscas domiciliárias em Direito Contraordenacional tem-se constitucionalmente limitada ao domínio dos regimes especiais setoriais (que compreendam as ditas “contraordenações modernas”), abarcando, em especial, os respeitantes aos serviços de interesse económico, o setor económico-financeiro e a concorrência.

Acresce referir, por força dos arts. 8.º e 16.º da CRP, que o resultado a que chegámos é consentâneo com os instrumentos de direito internacional, regional e da União Europeia. Consentâneo, pois, com o art. 12.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem e com o art. 17.º do Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos, posto que não se configuram como uma intromissão arbitrária no domicílio. Consentâneo também com o art. 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, na medida em que aquelas previsões ocorrem em âmbitos que visam, também, “o bem-estar económico do país” (art. 8.º, n.º 2, da CEDH). Por fim, consentâneo com os arts. 7.º e 52.º, n.º 1 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, permitindo-se restrições ao direito de respeito pelo domicílio se “necessárias e corresponderem efetivamente a objetivos de interesse geral reconhecidos pela União, ou à necessidade de proteção dos direitos e liberdades de terceiros” – ora, os setores em estudo, dos serviços de interesse económico geral, sistema económico-financeiro e concorrência têm precisamente aquele estatuto de interesse geral reconhecido pela União. Aliás, o próprio Direito da União Europeia consagra a possibilidade de buscas domiciliárias naquele âmbito (art. 21.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, de 16 de dezembro de 2002) bem como a necessidade de os Estados Membros preverem esses poderes nas respetivas legislações (art. 7.º da Diretiva (UE) 2019/1 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro de 2018)⁷³. A regulação

72 Canotilho & Moreira, 2014: 392.

73 Sobre a relação entre a Comissão e as Autoridades da concorrência nacionais *vide* Wils, 2006: 3-24.

européia⁷⁴ teve, pois, também no âmbito dos meios intrusivos de obtenção de prova, uma influência marcante⁷⁵.

2.2. Princípios e critérios constitucionais e densificação legal

Vista e delimitada a admissibilidade, em geral, de buscas domiciliárias diurnas em âmbito contraordenacional, importa agora considerar quais os critérios legais e limites que se impõem na sua concreta previsão, consentâneos com as exigências constitucionais.

Em primeiro lugar, a lei tem de especificar os casos e formas em que podem ocorrer as buscas domiciliárias, com reserva de juiz quanto à sua autorização, como mínimo (art. 34.º, n.º 2, da CRP).

Quanto a este último aspeto, Damião da Cunha anota criticamente o *transporte* de conceitos construídos no processo penal para o processo contraordenacional, como entende ser o caso da referência a “autoridades judiciais” no âmbito da Lei da Concorrência⁷⁶. Concretiza o A. que não pode aquela expressão ser utilizada tal como o é nos arts. 18.º e 20.º da LdC, por se tratar de um conceito do sistema processual penal sem paralelismo com o sistema contraordenacional, nomeadamente ao nível das suas fases, e em que certas competências que afetam direitos, liberdades e garantias lhe são conferidas no processo penal fundadas na sua “instrumentalidade funcional” ao exercício da ação penal, competência que lhe é constitucionalmente atribuída⁷⁷. Especificamente quanto à referência ao juiz de instrução, no âmbito da busca domiciliária (art. 19.º LdC), vem aquele A. criticar esta previsão na LdC por entender que não há juiz de instrução fora da atuação em sede processual penal⁷⁸. Diz o A. que o juiz de instrução não pode ser um juiz que

74 Silva Sánchez (2015: 2) salienta os níveis sobrepostos em que assenta a regulação, incluindo um nível supranacional, quer através de *soft law* (e.g. recomendações) quer de *hard law*, onde se enquadra a legislação europeia, bem como o/os nível/is das legislações nacionais.

75 C. Pinto (2017: 248-249), notando na evolução do Direito de Mera Ordenação Social uma “confluência de matrizes diversas”, salienta que “é possível identificar novos impulsos a partir de 2002-2003, por via de uma crescente regulação europeia que trouxe exigências sancionatórias acrescidas, como, por exemplo, coimas mais elevadas, sanções variáveis em função do benefício económico obtido e do volume de negócios do infrator, sanções acessórias mais graves e diversificadas”.

76 Cunha, 2017: 85.

77 Cunha, 2017: 86-92.

78 Cunha, 2017: 97.

tenha à sua responsabilidade a “reserva dos direitos ou liberdades para todos os efeitos», um «juiz-reserva» universal”⁷⁹.

Não nos parece que este argumento vingue de modo decisivo. Na realidade, o A. pretende demonstrar que o legislador quis aproveitar indevidamente figuras do processo penal para o processo contraordenacional. Mas, na realidade, o legislador já há muito tempo que consagra a atuação do juiz de instrução em sede não penal, dando-lhe funções de autorização ou validação de medidas mais ou menos intrusivas, fora até de processos sancionatórios. É isto que acontece nos casos de autorização prévia ou de validação posterior de medidas de polícia (*e.g.*, realização de buscas e revistas sem suspeita da prática de crime), atos da competência do juiz de instrução do local de aplicação da medida de polícia (arts. 32.º, n.º 3, 33.º, n.ºs 1 e 3, e 29.º, al *a*), da Lei 53/2008, de 29 de agosto – Lei de Segurança Interna). E sem que a CRP fale da intervenção de juiz de instrução no âmbito das medidas de polícia (art. 272.º, n.º 2, da CRP).

Assim, a intervenção de juiz de instrução em sede não penal (sancionatório ou não, como se viu) não se constitui aqui como uma novidade absoluta e única, não se fundando, portanto, num paralelismo processual mas sim na afetação material de direitos, liberdades e garantias⁸⁰.

Em segundo lugar, os casos e formas em que pode ocorrer a intromissão na reserva da vida privada através da introdução no domicílio – busca domiciliária – na sua qualidade de “afetação de direito” ou “intervenção restritiva”, devem obediência ao princípio da proporcionalidade (art. 18.º, n.º 2, da CRP)⁸¹. Este princípio – designado como proibição do excesso ou proporcionalidade (em sentido lato) – configura-se, aliás, em qualquer Estado de Direito, diz-nos Jorge Novais, como “a referência fundamental do controlo da atuação dos poderes públicos” em matéria de limites e atuações restritivas de direitos fundamentais⁸².

Tal princípio tem de ser respeitado na sua tripla vertente ou subprincípios: adequação (com o sentido objetivo de aptidão)⁸³, necessidade e proporcionalidade.

79 Cunha, 2017: 96.

80 De todo o modo, tendemos a concordar com o A. quando refere que a competência deveria ser de juiz do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, cf. Cunha, 2017: 98.

81 Cf. Miranda, 2017: 471-473.

82 Novais, 2019: 95-96.

83 Reis Novais (2019: 97) critica a utilização da expressão “adequação”, por tal resultar de uma tradução do alemão, ela sim, “inadequada”, conferindo-lhe “um cunho axiológico” que contende com a “objetividade” desse subprincípio, sendo a expressão correta “aptidão”.

lidade em sentido estrito da medida restritiva face aos fins visados de “salvaguarda de outros direitos ou bens constitucionalmente protegidos”⁸⁴.

Este princípio projeta-se para o legislador – seu “destinatário direto” – mas também para o aplicador da lei⁸⁵.

Quanto ao legislador, a sua manifestação deve ocorrer a um duplo nível: (i) na decisão sobre a previsão legislativa de buscas domiciliárias; e, (ii) na consagração da proporcionalidade na própria previsão legislativa⁸⁶.

No que respeita ao primeiro momento – decisão sobre a previsão legislativa – o legislador deve ponderar se a busca domiciliária é idónea à recolha da prova da contraordenação, *i.e.*, só será admissível a sua previsão se atendendo ao tipo contraordenacional for possível vislumbrar a aptidão de meios de prova recolhidos através de busca domiciliária para a prova da contraordenação (adequação). Verificando-se essa abstrata possibilidade de idoneidade, deve exigir-se que não possam, *a priori*, vislumbrar-se outros meios de prova que, de modo acessível, necessariamente existirão, atendendo ao tipo contraordenacional e que, por si, dispensarão prova obtida de modo (mais) intrusivo (necessidade). Contudo, será a proporcionalidade em sentido estrito que se revela a mais relevante neste primeiro momento. O princípio da proporcionalidade impõe aqui a limitação dos meios intrusivos à investigação das contraordenações graves ou muito graves, como refere Pinto de Albuquerque na esteira de Göhler⁸⁷. Esta limitação deve ser considerada e estabelecida pelo legislador. Isto é, se limitámos, em regra, a admissibilidade constitucional de buscas domiciliárias em processo contraordenacional aos regimes setoriais, ainda assim, nesses âmbitos, aquelas estão reservadas constitucionalmente ao âmbito das contraordenações graves e muito graves, por força do art. 18.º, n.º 2, da CRP, ponderação que cabe ao legislador e não às autoridades administrativas e judiciais, no caso⁸⁸. Trata-se de uma “ponderação de bens” em

84 Canotilho & Moreira, 2014: 392 e Miranda & Silva, 2017: 274-280. Criticando uma mera perspetiva clássica do princípio da proporcionalidade, Novais, 2019: 95-145.

85 Cf. Miranda & Silva, 2017: 257-259.

86 Falamos aqui, pois, de diversos “momentos de ponderação e controlo inelimináveis no recortar de todas as restrições”, cf. Miranda e Silva, 2017: 271., que os AA. destacam a partir da construção de Novais, 2010.

87 Albuquerque, 2011a: 164-167.

88 Concordamos aqui, só na partida, não na conclusão, com Flávia Loureiro (2017: 240-241), quando refere que “fundamental, na verdade, para que se possa aferir da possibilidade de utilização de uma busca domiciliária – como de qualquer outro meio restritivo de direitos, liberdades e garantias, aliás – é o juízo de ponderação entre o bem que se pretende proteger e aquele que se sacrifica”. A A. nega a admissibilidade constitucional de buscas domiciliárias em Direito Contraordenacional.

que é necessário confrontar o bem ou direito objeto de intervenção restritiva (no caso, a reserva da vida privada) com o “bem constitucional que dir-se-ia justificar essa mesma intervenção legislativa restritiva”⁸⁹.

Se em âmbito criminal as buscas domiciliárias diurnas não estão legalmente limitadas a um catálogo de crimes (arts. 174.º, n.º 2, e 177.º, n.º 1 do CPP)⁹⁰, ao passo que um especial cuidado na proporcionalidade determinou esse catálogo quanto a buscas domiciliárias noturnas (art. 177.º, n.º 2, do CPP)⁹¹, já no âmbito contraordenacional a proporcionalidade determina – logo nas buscas domiciliárias diurnas, as únicas permitidas – a previsão de um catálogo preciso de infrações.

Isto é, se no processo criminal a ponderação de prevalência de interesses⁹² entre o “interesse punitivo do Estado” face aos direitos fundamentais está confiado, em primeiro plano, ao juiz, na apreciação do caso⁹³ – sendo isto somente verdade na busca domiciliária diurna, que não obedece a um catálogo de crimes – já no âmbito contraordenacional esta ponderação de interesses – de um lado, o interesse punitivo contraordenacional, de outro o respeito pela vida privada e familiar, através da inviolabilidade do domicílio – é matéria, em primeira linha, de ponderação do legislador – materializada em catálogo de infrações – e, já no âmbito dos casos concretos que ali se enquadrem, do juiz. Nestes termos, como, em geral, dizem Germano Marques da Silva e Fernando Sá, “qualquer previsão legal de entrada no domicílio deve ser devidamente fundamentada pela prossecução de um fim cuja importância justifique a compressão a este direito fundamental”, não se podendo tratar de “um qualquer interesse público menor”⁹⁴. Assim, o interesse público relacionado com matéria criminal – “interesse na realização da justiça”⁹⁵ – apresenta-se, em geral, como um interesse qualificado na justificação de intromissões na esfera privada domiciliar face ao interesse público da responsabilização contraordenacional. Não se pode tratar, pois, de toda e qualquer questão punitiva contraordenacional, no sentido de um atender somente às consequências

89 Miranda & Silva, 2017: 277.

90 *Vide* Andrade, 2013: 277-278 e Correia, 1999: 65-66.

91 Cf. Albuquerque, 2011b: 497-498.

92 Sobre o princípio da ponderação de interesses *vide* Andrade, 2013: 28-40.

93 Cf. Correia, 1999: 61.

94 Silva & Sá, 2017: 557.

95 M. Pinto, 1993: 566-567; 2018a: 640.

a infligir, mas sim numa legitimação material da medida⁹⁶ perante o bem constitucional protegido pela norma contraordenacional e a importância da finalidade repressiva e preventiva⁹⁷ da responsabilização contraordenacional do agente.

Em nossa opinião, esta ponderação está bem patente na LdC. Na realidade, as buscas domiciliárias foram aí limitadas às infrações aos arts. 9.º e 11.º da LdC e arts. 101.º e 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (art. 68.º, n.º 1, als. *a*), em parte, e *b*)), sendo excluídas do restante leque – extenso – previsto no art. 68.º da LdC. Não se pode, pois, concordar com Augusto Silva Dias quando refere que a LdC “não restringe a diligência probatória a um catálogo preciso de contraordenações graves”⁹⁸. As contraordenações eleitas corporizam a essência do regime da concorrência, ignorando até, discutivelmente, a infração ao art. 12.º, referente ao abuso de dependência económica, cuja figura, como nota Moniz (*et al.*), tem “escassa aplicação pela AdC”⁹⁹. Mas já se concorda, na plenitude, com o A., quando refere que a situação é problemática no âmbito do RSSE, ao prever-se buscas domiciliárias para recolha de prova das contraordenações previstas nos arts. 28.º e 29.º, pois “os dois preceitos preveem desde contraordenações muito graves a contraordenações leves”¹⁰⁰. Ora, de facto, referir que são admissíveis na investigação das contraordenações dos arts. 28.º e 29.º é o mesmo que prever a sua admissibilidade sem qualquer catálogo. Na realidade, aqueles dois preceitos esgotam todo o leque de contraordenações do diploma, pelo que nenhum juízo de ponderação ou de proporcionalidade foi feito pelo legislador.

Nestes termos, julgamos que o art. 11.º, n.º 1, do RSSE deve ter-se por inconstitucional na interpretação de que permite buscas domiciliárias por contraordenações classificadas como leves, por violação do princípio da proporcionalidade¹⁰¹.

96 Cf., ainda que em âmbito penal, Andrade, 2013: 28-40, com referência a diversos AA. e teses.

97 Sobre as funções ou fins das coimas, e a associação da função confiscatória à finalidade preventiva, *vide* Dias, 2018a: 165-166, Palma & Otero, 1996: 562-564 e Vilela, 2013: 364-367.

98 Dias, 2018a: 219.

99 Moniz *et al.*, 2016: 17.

100 Dias, 2018a: 219-220.

101 Ainda mais problemática, a este nível, merecendo igual juízo, é a situação no âmbito do RGICSF, cujo art. 215.º, n.º 2, se limita a afirmar que “as buscas e apreensões domiciliárias são objeto de mandado judicial”, sem que a medida surja delimitada por qualquer catálogo ou sequer prevista qualquer outra diferenciação ao nível de pressupostos e requisitos relativamente a buscas não domiciliárias.

Para finalizar este primeiro momento, dir-se-á ainda que as buscas domiciliárias apenas se justificarão e se apresentarão como toleráveis, quando as coimas potencialmente aplicáveis sejam de um elevado montante. Seria constitucionalmente incompreensível, por de tão grande desproporção, permitir-se buscas domiciliárias para a prova de contraordenações puníveis com coimas cujos limites se situassem, por exemplo, dentro dos previstos no RGCO, que, como sabemos, não permite buscas domiciliárias por ordem ou autorização judicial. Quer se considere que um dos objetivos da “ponderação de bens” é evitar “soluções (...) irrazoáveis ou irracionais”¹⁰², quer se considere, no seio do princípio da proibição do excesso, a existência ou necessidade de um “controlo de razoabilidade”¹⁰³ – *i.e.*, autónomo, paralelo, diverso e que acresce ao controlo da proporcionalidade em sentido estrito, não ligado, pois, a uma metodologia de ponderação de bens – aquela perspetiva impõe-se.

Mas saber-se o significado do montante da coima carece de ser visto à luz das coimas previstas na respetiva legislação setorial. O sancionamento do comportamento numa moldura de coima elevada, considerando a moldura praticada no setor, expressará, também, a gravidade do ilícito contraordenacional¹⁰⁴ e constituir-se-á como um indicador do peso e valor atribuído ao bem protegido pela norma que prevê a contraordenação.

No que respeita ao segundo momento – a consagração da proporcionalidade – a lei tem de conter, de modo expresso e preciso, as condições em que a busca se terá por admissível, quer as respeitantes à sua ordem ou autorização quer as respeitantes à sua realização, tornando-a sindicável¹⁰⁵.

Abordando a possibilidade de realização de buscas domiciliárias no âmbito da concorrência, Flávia Loureiro¹⁰⁶ considera que o art. 19.º da LdC não cumpre as exigências de proporcionalidade qualificadas que sempre se justificariam: por um lado, porque aparentando ser idêntica à norma do art. 177.º do CPP e estabelecendo requisitos iguais, aquela não ofereceria o mesmo grau de proteção desta; por outro, não exigiria quer a demonstração da essencialidade da prova a recolher quer a incapacidade de a recolher de outro modo.

102 Miranda & Silva, 2017: 277.

103 Novais, 2019: 128-145. O A. identifica o controlo da proporcionalidade e da razoabilidade como os dois domínios essenciais do princípio da proibição do excesso.

104 Cf. Palma & Otero, 1996: 561.

105 Cf. Silva & Sá, 2017: 558, Loureiro, 2017: 236-237 e Moutinho & Duro, 2017: 327.

106 Loureiro, 2017: 236-237.

Não podemos concordar com esta posição nem do ponto do qual parte: a comparação com o art. 177.º do CPP, qualificando-a como aparentemente “idêntica”.

Ora, a norma do art. 19.º da LdC não só não é idêntica, como estabelece um grau de concretização das condições de autorização da busca domiciliária muito superiores às previstas no art. 177.º do CPP, como, aliás, deve ocorrer.

A busca domiciliária no âmbito da LdC só poderá ser autorizada verificando-se: (i) fundadas suspeitas da existência de provas no domicílio de sócios, de membros de órgãos de administração e de trabalhadores e colaboradores de empresas ou associações de empresas – limita-se, pois, o leque de pessoas que podem sofrer a busca; (ii) provas que se reportem a uma violação dos arts. 9.º ou 11.º da LdC ou dos arts. 101.º a 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia – limita-se, pois, a um catálogo de infrações que não esgota, muito pelo contrário, todas as contraordenações previstas no art. 68.º da LdC. Para além destes pressupostos, que já manifestam a preocupação de proporcionalidade do legislador quanto às infrações em que tal meio de obtenção de prova é admissível, a LdC assegurou a proporcionalidade e a densificação dos casos em que tal meio é admissível, através da apreciação ou juízo sobre os seguintes elementos: (i) gravidade da infração investigada; (ii) a relevância dos meios de prova procurados; (iii) o envolvimento das empresas ou associação de empresas; e, (iv) a razoabilidade da suspeita de que as provas estão guardadas no domicílio. Para além disso, prevê-se expressamente que o juiz de instrução possa ordenar a prestação de outras informações sobre elementos necessários para o controlo da proporcionalidade (art. 19.º, n.º 3).

Como Jorge Miranda e Jorge Pereira da Silva ensinam, as leis que contenham intervenções restritivas de direitos fundamentais devem respeitar critérios de *densidade* e de *determinabilidade*, como corolário do “princípio da *reserva de lei restritiva*”: por um lado, que “contenham uma disciplina jurídica suficientemente desenvolvida e completa quanto aos pressupostos, quanto à configuração e quanto à extensão” daquelas intervenções; e, por outro, que “o sentido do texto legislativo seja preciso e inequívoco, de modo a que os seus destinatários possam compreender o respetivo conteúdo e prever com segurança o resultado da sua aplicação, designadamente *se e em que medida* vão ser afetados”¹⁰⁷. Neste âmbito, a determinabilidade – ainda que sustentada em princípios de Estado de Direito: segurança jurídica, reserva de lei e proibição do excesso – bem pode ser elevada, ela própria, como entende Jorge Novais, a

107 Miranda & Silva, 2017: 263.

princípio estruturante (autónomo) de Estado de Direito, permitindo a consideração daqueles fundamentos, não só de modo individual mas também global ou conjunto, conferindo, por este segundo modo, a relevância que a determinabilidade encerra¹⁰⁸.

Como se viu, o art. 19.º da LdC cumpre a densidade e determinabilidade exigidas.

Especificamente quanto à proporcionalidade, e ao contrário do que afirma Flávia Loureiro, o “juízo de necessidade, adequação e proporcionalidade, em sentido estrito” está na LdC bem salvaguardado e, em termos concretos, bem mais qualificado do que no regime das buscas domiciliárias em processo penal (cf. art. 177.º, n.º 1, do CPP)¹⁰⁹. Quanto à falta da referência expressa à “essencialidade” das provas não se julga que tal ponha em causa o entendimento aqui expresso. Por um lado, a essencialidade não é requisito expresso (literal) das buscas domiciliárias diurnas em processo penal, por outro, a consideração sobre a “relevância” das provas que se suspeita, de modo razoável, que “estão guardadas no domicílio”, aponta naquele caminho da necessidade da prova para a prática da infração.

Para além do mais, é necessário que se verifique “fundada suspeita” quanto à existência das provas no domicílio (cf. art. 11, n.º 1, do RSSE, e art. 19.º, n.º 1, da LdC), ao passo que o processo penal se refere a “indícios” da existência de provas (arts. 177.º e 174.º, n.º 2, do CPP)¹¹⁰ – esta diversa terminologia deve consubstanciar um grau qualificado de suporte na fundamentação do requerimento das buscas nos processos contraordenacionais e, naturalmente, na decisão judicial de autorização.

A previsão exata das condições e formalismos das buscas domiciliárias em processo contraordenacional afasta esses regimes do regime processual penal, não se podendo dizer que se verifica uma confusão entre ramos distintos ou que o Direito Contraordenacional assume, sem mais, meios que são típicos do processo penal, antes se afirma uma sua especificidade. Ou seja, não só o regime processual penal não é aplicável *in totum* ao Direito

108 Novais, 2019: 267-288.

109 Mas não obstante a proporcionalidade da medida não estar expressamente prevista em âmbito criminal, o juiz tem de realizar essa apreciação e fundamentação no deferimento, Ac. do TRL de 28 de janeiro de 2010.

110 De todo o modo, a referência a “indícios” em processo penal não se basta com meras informações dos órgãos de polícia criminal, tendo de consubstanciar uma “suspeita razoável”, capaz de suportar a intromissão na vida privada, cf. Albuquerque, 2011b: 486, com referência a diversos Acórdãos. Esta exigência será acrescida nas buscas domiciliárias face a buscas não domiciliárias.

Contraordenacional¹¹¹, como se afirma antes, por aquela via, o seu espaço de autonomia dentro da *dualidade* de ilícitos que o compõem.

Para tal, em tudo aquilo que são os poderes mais relevantes de investigação das entidades reguladoras, devem os respetivos regimes estar aí regulados, com exigências superiores ao que se verifica nos meios correspondentes em processo penal. É, aliás, este o caminho que tem vindo a ser seguido, quer na previsão recente de buscas domiciliárias, quer no aprofundamento dos regimes em termos de poderes de inquirição, busca e apreensão – compare-se, *e.g.*, o art. 18.º da atual LdC com o art. 17.º da revogada Lei n.º 18/2003. Se antes podia ser apontada alguma omissão ao regime quanto a pressupostos objetivos e formalidades das buscas, exigindo um maior recurso ao regime processual penal¹¹², com a atual LdC esse recurso é menor, porquanto o regime é mais exaustivo (*e.g.* prevê, por si, a notificação ao visado do despacho – mandado – que autoriza a busca).

Augusto Silva Dias critica, em concreto, a não referência à “necessidade de investigação”¹¹³. Esta omissão, segundo Lobo Moutinho e Pedro Duro¹¹⁴, em entendimento que parece não ser seguido totalmente por Augusto Silva Dias¹¹⁵, é “superável em sede de interpretação conforme à constituição”. Vejamos.

Quanto a nós, da referência à *relevância* dos meios de prova procurados e de que *as provas da infração estão guardadas no domicílio* extrai-se aquela necessidade. Isto é, se houver provas da prática da infração fora de domicílio, e, por si, suficientes para sustentar uma decisão condenatória, nem a Autoridade administrativa deve requerer a diligência, nem o juiz, havendo aquele requerimento, a deve autorizar. E tudo, com fundamento na construção legal, sendo já a sua projeção na esfera do aplicador da lei.

Para além do mais, tendo o n.º 2 (e n.º 3) do art. 18.º da CRP como objeto imediato as “restrições legais” e como “destinatário direto o legislador”, ficando de fora, *prima facie*, os “atos de afetação individual e concreta” de direitos, os tribunais (e a Administração) não podem chegar a um resultado que o legislador não poderia, desde logo, ter previsto¹¹⁶.

111 Costeira, 2007: 35.

112 Costeira, 2007: 27 e ss..

113 Dias, 2018a: 218-220.

114 Moutinho & Duro, 2017: 327-328.

115 Dias, 2018a: 219-220.

116 Cf. Miranda & Silva, 2017: 257-259.

Aqueles critérios de ponderação são dirigidos, em primeira mão, ao legislador que os deve traduzir na lei. Mas também dirigidos ao aplicador da lei. Assim, mesmo que se entenda que a necessidade – ou mesmo amplamente a proporcionalidade, em qualquer das suas vertentes – não está plasmada no texto legal, ela obriga quer as autoridades administrativas quer o tribunal. Neste quadro, o juiz de instrução competente tem a relevante tarefa de apreciar e decidir a proposta de busca domiciliária feita pela autoridade administrativa.

Mas há ainda um outro plano da necessidade que bem foi respeitado pelo legislador. Trata-se do plano pessoal, no sentido do leque de destinatários que podem ser atingidos com a medida prevista, considerando-se, em geral, como referem Jorge Miranda e Pereira da Silva, “mais benignas as medidas legislativas que tenham um menor alcance (...) pessoal”¹¹⁷. Quer na LdC (art. 19.º) quer no RSSE (art. 11.º), a busca domiciliária está legalmente limitada ao domicílio de: (i) sócios; (ii) membros de órgãos de administração; e (iii) trabalhadores e colaboradores, das entidades envolvidas na prática das contraordenações. Eis um aspeto da necessidade bem consagrado pelo legislador e que se distancia absolutamente do regime das buscas domiciliárias em processo penal, que não se encontram limitadas por um plano pessoal (*e.g.*, ao domicílio do arguido ou de suspeito, ainda que em regra, na prática, assim ocorra).

Não estando as buscas domiciliárias limitadas ao âmbito criminal, questão diversa e central é saber se as contraordenações que exijam esses meios, em campos de convergência material com crimes, não o deveriam ser assim tipificadas.

3. A CONCORRÊNCIA ENTRE O DIREITO DAS CONTRAORDENAÇÕES E O DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL: POR UMA RESPOSTA INTEGRAL

O plano da análise que nos propomos realizar é, no início, duplo e, no final, integrador. Duplo porque a análise deve identificar os pontos de fricção, quer no plano material quer no plano processual, das soluções tomadas vistas pelo prisma do Direito Penal ou Processual Penal e do Direito de Mera Ordenação Social. Integrador, porque a resposta não pode ser, no final, parcial, incompleta ou desconsideradora das diversas dimensões do problema. Se não

117 Cf. Miranda & Silva, 2017: 276.

existem soluções inócuas, ainda assim qualquer solução não pode deixar de estar consciente das suas vantagens e inconvenientes, bem como de minimizar os danos da não opção por uma outra.

No plano material, podemos verificar a preferência pelo Direito das Contraordenações na previsão e sancionamento de ilícitos ao sistema económico-financeiro, em detrimento da sua previsão como crimes, o que significa um alargamento do campo que, por excelência, estaria destinado àquele ramo do Direito¹¹⁸, constituindo-se como alternativa e complementar ao Direito Penal no âmbito da prevenção e repressão de ilícitos económicos¹¹⁹.

A doutrina apresenta-se dividida quanto a este alargamento do seu âmbito de incidência. Está, pois, aqui em causa a discussão sobre a delimitação entre o Direito Contraordenacional e o Direito Penal¹²⁰.

Soares da Veiga, de modo muito crítico, defende uma posição de “expurgação” do Direito das Contraordenações de todos os comportamentos mais graves, englobando expressamente, ainda que não se limite a esta, a área económico-financeira, com a conseqüente criminalização desses factos¹²¹.

Abordando especificamente o setor económico-financeiro, José António Veloso considera que a melhor solução seria “aplicar o regime de mera ordenação apenas às infrações do tipo da disciplina financeira, únicas compatíveis com esse enquadramento, e arrumar o essencial da regulamentação dos ilícitos graves – não só da lei bancária, mas também da lei das seguradoras, da lei da bolsa e de outras leis financeiras – no Direito penal propriamente dito (...)”¹²².

Já Nuno Brandão, assumindo a dignidade penal de certos comportamentos contraordenacionais, manifesta-se contrário a esse caminho por critérios político-criminais, de *ultima ratio* e de necessidade de pena, o que, a ser seguido, conduziria a uma nova “hipertrofia penal”¹²³.

Trata-se de uma área de convergência material entre contraordenações e crimes, na medida em que essas contraordenações teriam dignidade de tutela

118 C. Pinto, 2002: 98-99.

119 *Vide* Paliero, 1993: 1030-1034.

120 Monteiro, 2017: 203-204. Como nota o A., esta discussão já não é recente, encontrando ela própria as suas raízes em discussões anteriores (ainda) sobre o ilícito contravençional e o direito penal administrativo.

121 Veiga, 2009: 169-170.

122 Veloso, 2000: 69.

123 Brandão, 2016: 477-478.

penal, sendo qualificados daquele modo por mera opção ou por desnecessidade de pena¹²⁴.

No plano substantivo é uma opção que salvaguarda a natureza de *ultima ratio* do Direito Penal¹²⁵, dando aplicação aos princípios da dignidade de tutela penal e da necessidade de pena, e suscetível de ser integrado pelo direito contraordenacional¹²⁶ numa *dualidade* de contraordenações, sem possibilidade de regresso a um campo exclusivo das contraordenações tradicionais.

A opção pelo Direito Contraordenacional protege, pois, o Direito Penal de uma sua instrumentalização, salvaguardando-se quer a proporcionalidade, em termos de necessidade e merecimento de pena que não se deixe sucumbir a um quadro utilitarista, quer um conceito material de crime – contribuindo assim para a preservação da *ultima ratio* do Direito Penal^{127,128} e colocando-o a salvo de efeitos colaterais caso constituísse a primeira opção¹²⁹.

Como nota Conde Monteiro¹³⁰, esta opção pertence ao legislador, que tem “a primeira e última palavra”, por não haver comandos constitucionais de criminalização e face à impossibilidade epistemológica de separar o Direito Contraordenacional do Direito Penal, encontrando ainda suporte na jurisprudência do Tribunal Constitucional. Neste âmbito, o Ac. do Tribunal Constitucional n.º 85/85 considera que a imposição de sanções penais, decorrente da criminalização de um comportamento, só é, por um lado, admissível constitucionalmente quando respeitada a proporcionalidade (necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito) perante o direito ou interesse constitucionalmente previstos que se visa proteger; e, por outro, só é exigível constitucionalmente quando o direito ou bem a proteger seja de máxima importância “e essa proteção não possa ser garantida de outro modo”.

124 Brandão, 2016: 464 e 941.

125 C. Pinto, 2002: 98.

126 Brandão, 2016: 941.

127 Vide Prittwitz, 2018: 72-74; 2016: 107, a propósito da *ultima ratio* no âmbito do direito penal económico.

128 Crítico da utilização excessiva do Direito Penal em âmbito regulatório, Brown, 2011: 661-664.

129 Vide Silva Sánchez, 2015: 3-4, onde o A. aborda a instrumentalização e flexibilização do Direito Penal como efeitos desejados pelos modelos regulatórios ou, pelo menos, como efeitos colaterais. Neste sentido, uma das características do Direito Penal económico é “obrigar a repensar muitos dos elementos clássicos da dogmática, Volk, 2016: 147. Por exemplo, para os países que admitam a responsabilidade penal das pessoas coletivas esta constitui-se como um dos aspetos sensíveis do regime, a carecer de uma fundamentação própria e a exigir uma *reconformação* de princípios, vide Brito, 2012a: 201 e ss.; 2012b: 227-228 e 252.

130 Monteiro, 2017: 221-225. Vide também, Brandão, 2017: 281.

Acrescentando ainda: “existe aqui, sem dúvida, ampla margem de discricionariedade legislativa, na opção por meios penais ou por outros”.

Neste contexto, Silva Dias apresenta uma “posição de fundo de que o Direito Penal não é o instrumento mais adequado para prevenir ou evitar crises financeiras globais”¹³¹. O A. considera que “onde a pena comprovadamente não desempenha funções de intimidação ou de integração normativa ela carece de utilidade e a sua previsão e aplicação colide com o princípio da proporcionalidade/necessidade consagrado no artigo 18.º, n.º 2 da CRP”¹³².

A necessidade de proteção e intervenção nesses domínios, considerando a desnecessidade de pena, tem levado à eleição preferencial do Direito das Contraordenações como o ramo do Direito apto a tal proteção e intervenção. Deste modo, troca-se a estigmatização própria das sanções penais pela “natureza não estigmatizante” das sanções administrativas¹³³.

Mas se a dicotomia “necessidade de proteção/intervenção e desnecessidade de pena” conduz, e bem, ao Direito das Contraordenações, outro plano há ainda a considerar.

Esse outro plano ganha expressão numa outra dicotomia “necessidade de proteção/intervenção e necessidade de prova obtida por certos meios típicos do processo criminal”.

Estamos, pois, no campo da avaliação da adequação e da necessidade de um determinado modelo de processo, se contraordenacional, se criminal, que pode ser tido em conta pelo legislador na tipificação respetiva de ilícitos¹³⁴.

Trata-se, assim, de saber se a investigação dos factos tipificados reclama um modelo de processo criminal. A discussão que se opera quanto a meios intrusivos de obtenção de prova e a necessidade de investigação parece conduzir a esse caminho.

Ora, se em âmbito contraordenacional os únicos meios constitucionalmente admissíveis fossem os previstos no RGCO tal seria incontornável. Mas não são. Como se viu, a CRP admite certos meios de prova e meios de obtenção de prova em processo contraordenacional que o RGCO nega sem exceções (formulando-os, então, como uma falsa proibição absoluta, *e.g.* quebra

131 Dias, 2018b: 17. Em sentido semelhante, mas alargando aos “problemas gerais dos mercados financeiros”, Mendes, 2015: 130.

132 Dias, 2014: 70. Mas devemos referir que o Professor Augusto Silva Dias, no seu ensino, manifestou o entendimento de que, nos casos em que sejam necessários meios típicos de processo penal (*e.g.* buscas domiciliárias), então, o comportamento deveria ser ilícito penal e não contraordenacional.

133 Cf. Paliero, 1993: 1027-1028.

134 C. Pinto, 2017: 251.

de segredo profissional) ou que admite apenas mediante consentimento (formulando-os como uma proibição relativa, mas que pode, na realidade, vir a ser afastada para além do consentimento, *e.g.* buscas mediante autorização da autoridade judiciária competente). Desse modo fica salvaguardada a adequação e necessidade da intervenção. Assim, o art. 42.º do RGCO, nos termos em que está elaborado, configura-se como mais uma norma daquele regime que não aspira a uma vocação geral. O desfasamento do RGCO perante os regimes especiais é, afinal, o desfasamento do tempo – pois que aquela norma permanece inalterável desde 1982 – permitido constitucionalmente. A par de muitas outras alterações que deveriam ocorrer para voltar a conferir o atributo de geral ao RGCO¹³⁵, justificar-se-ia, na vertente processual¹³⁶, uma nova redação do seu art. 42.º, consentânea com a realidade dual do Direito de Mera Ordenação Social.

Assim, meios como as buscas domiciliárias, sendo típicos do processo penal – ou seja, aí normalmente acontecendo – não lhe são exclusivos, como já verificámos anteriormente.

De todo o modo, tem de admitir-se que não pode haver uma sobreposição de meios admissíveis em processo contraordenacional face ao processo criminal¹³⁷, bem como, quando tal previsão signifique uma compressão de direitos numa área em que as garantias não são as do processo penal, quando os meios tipicamente o são, então as garantias também o deveriam ser. Acresce que se tratando, muitas vezes, de crimes e contraordenações que formam um todo setorial – com proteção de iguais bens jurídico-penais – a previsão de meios de prova iguais favorece a superação de dificuldades colocadas a uma eventual necessária “circulação das provas”¹³⁸ entre processos sancionatórios de natureza distinta.

As duas dicotomias conduzem, pois, a direções opostas, materializadas na síntese “desnecessidade de pena e necessidade de meios típicos de processo criminal”.

O modo de resolver este dilema e de conciliar os seus caminhos, protegendo o Direito Penal e salvaguardando as maiores garantias de processo

135 *Vide* algumas propostas em Vilela, 2013: 405 e ss.; 2015: 160.

136 Salientando a necessidade de uma reforma do RGCO, a nível processual, capaz de integrar as especificidades da dualidade das contraordenações, *vide* Brandão, 2017: 283-288.

137 Relativamente ao âmbito dos poderes das entidades reguladoras, considerando os meios intrusivos ao seu dispor, Flávia Loureiro (2017: 230) alerta para a ocorrência de uma metamorfose do direito contraordenacional em “direito *quasi* ou *semi*-penal”.

138 Sobre isto, *vide* Mendes, 2015: 146.

penal face ao processo contraordenacional, é o da consagração de garantias de defesa dos visados adequadas aos meios ao dispor das autoridades administrativas^{139,140}. Desde logo, a verificação de uma maior densificação dos preceitos que preveem buscas domiciliárias em Direito Contraordenacional (setorial) face ao regime do CPP. Assim se salvaguardando a maior eficácia e eficiência daquele ramo do Direito nas áreas regulatórias em estudo¹⁴¹.

Para além disto, será de refletir numa mitigação do modelo inquisitório¹⁴², salvaguardando aspetos de estrutura acusatória, ainda que com diverso alcance nas suas dimensões “material” e “orgânico-subjetiva”¹⁴³. Por um lado, na dimensão material, afigura-se essencial a delimitação de fases do processo, separando a necessária investigação (instrução) da acusação e, por sua vez, da decisão. Por outro lado, na dimensão orgânico-subjetiva, julga-se adequado a manutenção dos inerentes poderes de investigação, acusação e decisão nas entidades reguladoras¹⁴⁴. Não se defendendo, pois, a consagração de um modelo acusatório (puro), a quem a decisão caberia a uma outra entidade

139 Ou seja, a afirmação de que “dada a diferente natureza dos ilícitos em causa e a menor ressonância ética do ilícito de mera ordenação social, com reflexos nos regimes processuais próprios de cada um deles, não é constitucionalmente imposto ao legislador a equiparação das garantias em ambos esses regimes” (Ac. do TC n.º 659/2006) surge enfraquecida nas *contraordenações modernas*.

140 Perante a anterior LdC (Lei n.º 18/2003), Paulo de Sousa Mendes (2009: 707-718) constatou que o procedimento sancionatório previsto se afastava quer das garantias do processo penal quer das garantias do processo contraordenacional geral, questionando se não se estaria a assistir ao surgimento de “um novo ramo de direito, uma espécie de direito de intervenção”.

141 Brandão (2016: 478) alerta que “um modelo regulatório penal implicaria ainda consideráveis, senão mesmo insuperáveis dificuldades de articulação entre a dimensão de supervisão inerente à regulação setorial e o paradigma de investigação criminal postulado pela nossa lei processual penal”.

142 C. Pinto (2017: 255) considera o modelo de processo contraordenacional, consagrado na fase organicamente administrativa, “não uma solução inquisitória mas sim um modelo de concentração legal de competências, com controlo judicial, crivos de legalidade, garantias de defesa e, em especial, com a sujeição do caso a um possível julgamento pleno perante um tribunal independente, numa solução conforme às exigências (mínimas) do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem na matéria e imposta, entre nós, pelo art. 43.º da Lei-Quadro das Entidades Reguladoras Independentes (Lei n.º 67/2013, de 28/8)”. Para o A., os valores prosseguidos pela estrutura acusatória ficam assegurados através da previsão de impugnação judicial, cf. C. Pinto, 2017: 256. Já Sousa Mendes defende a separação entre entidades instrutória e decisória, considerando insuficiente como sistema de “freios e contrapesos” a impugnação judicial (Mendes, 2009: 717-718), ainda que o recurso judicial garanta o respeito pelo “princípio do processo justo e equitativo” e não se revele “alternativa a ablação de poderes das autoridades reguladoras ou o regresso a modelos institucionais de pura separação de poderes” (Mendes, 2015: 140-141). Entendendo que a solução de separação seria a ideal, mas tendo por suficiente a intervenção de diversos funcionários de modo a quem levanta o auto não exerça funções instrutórias e, por sua vez, este não seja aquele que vai decidir, *vide* Vilela, 2013: 421.

143 Sobre estas dimensões, Gomes Canotilho & Vital Moreira, 2014: 522.

144 Neste sentido, Brandão, 2017: 285-287.

– mas sim a solução monista¹⁴⁵ – seria desejável que, por um lado, a investigação e acusação, e, por outro, a decisão, fossem realizadas por funcionários ou serviços distintos.

Em suma, a solução contraordenacional avançada, ao mesmo tempo que respeita o “critério de legitimação material negativa da necessidade de pena”¹⁴⁶, compreende certos meios usualmente conotados com o processo penal, mas que não lhe são, como se viu, exclusivos, pelo que não podem sobrepor-se àquela legitimação negativa da necessidade de pena. Por outro lado, se para a prova de determinado comportamento se mostra absolutamente necessário a utilização de meios exclusivos do processo criminal (*e.g.*, apreensão de correspondência que deva seguir o regime do art. 179.º do CPP e não o regime geral da apreensão), e caso esse comportamento tenha dignidade de tutela penal, então a necessidade de processo criminal deve prevalecer sobre a desnecessidade de pena, sendo a solução criminal.

4. CONCLUSÃO

O art. 42.º do RGCO não tem vocação de aplicação geral a todo o ordenamento contraordenacional. Há proibições de prova que ali surgem configuradas que podem ser afastadas em regimes especiais, por tais meios de prova ou de obtenção da prova serem constitucionalmente admissíveis nesta sede. Uma reforma profunda do RGCO que pretendesse tornar esse regime o ponto de partida de toda a legislação contraordenacional – ao invés, quanto à legislação setorial, de um mero recurso subsidiário a ele – não deixaria o art. 42.º do RGCO incólume.

Os meios de obtenção da prova da prática de contraordenações económico-financeiras são próximos dos existentes para os crimes, como se pode constatar pela previsão de buscas, em especial as buscas domiciliárias, a apreensão de documentação e a quebra de segredo. É o correspondente processual da convergência material entre contraordenações e crimes que Nuno Brandão assinala.

145 No que respeita ao regime da concorrência, Vilaça & Carvalho (2017: 134) colocam “a questão de saber se a função de investigação e a função sancionatória deveriam estar sob a alçada da mesma entidade” frisando que “o legislador de 2003 optou por uma solução monista, que se manteve no atual RJC, com o objetivo de assegurar uma articulação eficaz entre os poderes de investigação e os poderes sancionatórios, evitando dessa forma a dispersão de recursos e de massa crítica”.

146 Brandão, 2016: 477.

As áreas de convergência material entre crime e contraordenação legitimam materialmente a previsão e consequente possibilidade de utilização em processo contraordenacional de meios tidos como “típicos” de processo criminal, mas que não lhe são exclusivos. Esta legitimação decorre da natureza constitucional do bem protegido.

A conciliação da salvaguarda de direitos fundamentais com as necessidades de prova nos domínios contraordenacionais setoriais, em que substantivamente se está longe das contraordenações vulgares, mas próximo dos crimes, encontra dificuldades constitucionais.

De todo o modo, a admissibilidade constitucional dos meios de obtenção de prova em processo contraordenacional é superior à amplitude dos meios permitidos no RGCO, constituindo-se tal desfasamento como o campo exclusivo e limite de meios intrusivos em domínios setoriais. Meios que, sendo característicos, não são, afinal, exclusivos do processo penal.

Trata-se de meios que seriam admissíveis à luz do processo penal caso os factos estivessem previstos como crimes. Não o estando, mas sendo necessários para a investigação dos ilícitos, o legislador previu-os no âmbito contraordenacional, num campo especial face ao RGCO.

Na consagração desses meios, exige-se um especial cuidado na concretização e respeito do princípio da proporcionalidade, conforme art. 18.º, n.º 2, da CRP.

A similitude entre os arts. 18.º, 19.º, 20.º da LdC e 10.º, 11.º e 12.º RSSE demonstra uma estabilização de poderes neste âmbito. A ser assim, aquele poderia ser um ponto de partida para a consagração de meios intrusivos previstos no RGCO, em secção própria, posto que limitado às contraordenações mais graves. O âmbito da sua aplicação poderia ser definido logo no RGCO ou, especificamente, nas legislações setoriais. A ser do segundo modo, e passando aqueles meios a fazer parte do regime geral, ainda assim se deveria entender que o comando da sua aplicação contido em legislação especial obedeceria à reserva relativa de competência da AR, o que significaria a necessidade de uma alteração ao art. 165.º, n.º 1, al. c), da CRP.

Em suma, o verdadeiro campo de meios típicos e exclusivos do processo penal é o campo dos meios ocultos de investigação, bem como a ingerência na correspondência (art. 34.º, n.º 4, da CRP) – esses sim, absolutamente vedados no âmbito contraordenacional. Os autores que advogam a necessidade da previsão como crime, ao invés de contraordenação, para afastar meios intrusivos em processo contraordenacional (*e.g.* buscas domiciliárias), não enfrentam

a questão de que essa previsão iria, com toda a certeza, alargar os meios de investigação à disposição, ainda mais intrusivos.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV.

2017 *Lei da Concorrência: Comentário Conimbricense*, Miguel Gorjão-Henriques (dir.) & Manuel Lopes Porto, José Luís da Cruz Vilaça, Carolina Cunha, Miguel Gorjão-Henriques & Gonçalo Anastácio (coord.), 2.^a ed., Coimbra: Almedina.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de

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

2011b *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4.^a ed. atualizada, Lisboa: Universidade Católica Editora.

ANASTÁCIO, Gonçalo & ALFAFAR, Diana

2017 “Anotação ao art. 20.º da LdC”, in Miguel Gorjão-Henriques (dir.) & Manuel Lopes Porto, José Luís da Cruz Vilaça, Carolina Cunha, Miguel Gorjão-Henriques & Gonçalo Anastácio (coord.), *Lei da Concorrência: Comentário Conimbricense*, 2.^a edição, Coimbra: Almedina, pp. 332-349.

ANDRADE, Manuel da Costa

2013 *Sobre as proibições de prova em Processo Penal*, reimpressão, Coimbra: Coimbra Editora.

BOLINA, Helena

2009 “O regime dos processos de contraordenação dos reguladores independentes”, in Eduardo Paz Ferreira, Luís Silva Morais & Gonçalo Anastácio (coord.), *Regulação em Portugal: Novos tempos, novo modelo?*, Coimbra: Almedina, pp. 737-771.

BRANDÃO, Nuno

2016 *Crimes e Contra-ordenações: Da Cisão à Convergência Material*, Coimbra: Coimbra Editora.

2017 “Por um sistema contra-ordenacional a diferentes velocidades”, in *Scientia Iuridica*, t. LXVI, n.º 344, pp. 277-288.

BRITO, Teresa Quintela de

2012a “Fundamento da responsabilidade criminal de entes colectivos: articulação com a responsabilidade individual”, in Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias & Paulo de Sousa Mendes (coord.), *Direito Penal Económico e Financeiro*, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 201-225.

2012b “Responsabilidade criminal de entes coletivos (Algumas questões em torno da interpretação do art. 11.º do Código Penal)”, in Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias & Paulo de Sousa Mendes (coord.), *Direito Penal Económico e Financeiro*, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 227-253.

BROWN, Darryl

2011 “Criminal Law’s unfortunate triumph over Administrative Law”, in *Journal of Law, Economics & Policy*, vol. 7, n.º 4, pp. 657-683.

CANOTILHO, J. J. Gomes & MOREIRA, Vital

2014 *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4.ª edição revista, reimpressão, Coimbra: Coimbra Editora.

CORREIA, Eduardo

1973 “Direito Penal e Direito de Mera Ordenação Social”, in *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. 49, pp. 257-281.

CORREIA, João Conde

1999 “Qual o significado de abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência e nas telecomunicações (art. 32.º, n.º 8, 2.ª parte da CRP)?”, in *Revista do Ministério Público*, n.º 79, pp. 45-67.

COSTEIRA, Maria José

2007 “As buscas e apreensões nos processos de natureza contra-ordenacional”, in *Revista sub judice*, n.º 40, pp. 27-38.

CUNHA, José M. Damião

2017 “O «inconstitucional» e o «ilógico» no regime de buscas e outras diligências do regime jurídico da concorrência (Lei n.º 19/2012, de 8 de maio)”, in *Revista do Ministério Público*, n.º 151, pp. 83-100.

DIAS, Augusto Silva

2014 “O Direito Penal como instrumento de superação da crise económico-financeira: estado da discussão e novas perspectivas”, in *Anatomia do Crime*, n.º 0, pp. 45-73.

2018a *Direito das Contra-ordenações*, Coimbra: Almedina.

2018b *Imputação objetiva de negócios de risco à ação de infidelidade (art. 224.º, n.º 1 do Código Penal: o Direito Penal no mar revolto da crise económico-financeira)*, Coimbra: Almedina.

- ESTEVE PARDO, José
2015 “La administración garante. Una aproximación”, in *Revista de Administración Pública*, n.º 197, pp. 11-39.
- FERREIRA, Eduardo Paz & MORAIS, Luís Silva
2009 “A regulação setorial da Economia: Introdução e perspetiva geral”, in Eduardo Paz Ferreira, Luís Silva Morais & Gonçalo Anastácio (coord.), *Regulação em Portugal: Novos tempos, novo modelo?*, Coimbra: Almedina, pp. 7-38.
- LOUREIRO, Flávia Novera
2017 “Os poderes de investigação nas contraordenações concorrenciais – ou a “criminalização” do direito administrativo sancionatório”, in *Scientia Iuridica*, t. LXVI, n.º 344, pp. 227-242.
- MAJONE, Giandomenico
1994 “The rise of the regulatory state in Europe”, in *West European Politics*, vol. 17, n.º 3, pp. 77-101.
1997 “From the Positive to the Regulatory State: Causes and Consequences of Changes in the Mode of Governance”, in *Journal of Public Policy*, vol. 17, n.º 2, pp. 139-167.
- MATEUS, Abel M.
2007 “Economia e Direito da Concorrência e Regulação”, in *Revista sub judice*, n.º 40, pp. 11-26.
- MENDES, A. de Oliveira & CABRAL, José dos Santos
2009 *Notas ao regime geral das contraordenações e coimas*, 3.^a ed., Coimbra: Almedina.
- MENDES, Paulo de Sousa
2009 “O procedimento sancionatório especial por infrações às normas de concorrência”, in Eduardo Paz Ferreira, Luís Silva Morais & Gonçalo Anastácio (coord.), *Regulação em Portugal: Novos tempos, novo modelo?*, Coimbra: Almedina, pp. 705-720.
2015 “A regulação financeira, o Direito Penal e a utilização em processo penal das provas produzidas por autoridades reguladoras financeiras”, in *Anatomia do Crime*, n.º 1, pp. 129-150.
- MIRANDA, Jorge
1974 “Inviolabilidade do domicílio” in *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, n.ºs 1-2-3-4, pp. 379-421.
2017 *Direitos Fundamentais*, Coimbra: Almedina.

- MIRANDA, Jorge & MEDEIROS, Rui
 2017 *Constituição Portuguesa Anotada*, vol. I, 2.^a edição revista, Lisboa: Universidade Católica Editora.
- MIRANDA, Jorge & Silva, Jorge Pereira da
 2017 “Anotação ao art. 18.º da CRP” in Jorge Miranda & Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, vol I, 2.^a ed. revista, Lisboa: Universidade Católica Editora, 229-296.
- MONIZ, Carlos Botelho et al.
 2016 *Lei da Concorrência Anotada*, Carlos Botelho Moniz (coord.), Coimbra: Almedina.
- MONTEIRO, Fernando Conde
 2017 “Breves reflexões epistemológicas sobre a delimitação entre o ilícito contraordenacional e o ilícito jurídico-penal em face da ordem jurídica portuguesa” in *Scientia Iuridica*, t. LXVI, n.º 344, pp. 203-225.
- MOUTINHO, José Lobo & Duro, Pedro
 2017 “Anotação aos arts. 18.º e 19.º da LdC”, in Miguel Gorjão-Henriques (dir.) & Manuel Lopes Porto, José Luís da Cruz Vilaça, Carolina Cunha, Miguel Gorjão-Henriques e Gonçalo Anastácio (coord.), *Lei da Concorrência: Comentário Conimbricense*, 2.^a ed., Coimbra: Almedina, pp. 313-331.
- NOVAIS, Jorge Reis
 2010 *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, 2.^a ed., Coimbra: Coimbra Editora.
- 2019 *Princípios estruturantes de Estado de Direito*, Coimbra: Almedina.
- PALIERO, Carlo Enrico
 1993 “La sanzione amministrativa come moderno strumento di lotta alla criminalità económica”, in *Rivista trimestrale di Diritto Penale Dell’Economia*, n.º 4, pp. 1021-1048.
- PALMA, Maria Fernanda & Otero, Paulo
 1996 “Revisão do regime legal do ilícito de mera ordenação social”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. 37, n.º 2, pp. 557-591.
- PEREIRA, António Beça
 2018 *Regime Geral das Contra-ordenações e Coimas: Anotação ao Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de outubro*, 12.^a ed., reimp., Coimbra: Almedina.
- PINTO, Frederico de Lacerda da Costa
 2002 “As codificações setoriais e o papel das contraordenações na organização do Direito Penal secundário”, in *Themis*, n.º 5, pp. 87-100.

- 2017 “As garantias do Estado de Direito e a evolução do direito de mera ordenação social” in *Scientia Iuridica*, t. LXVI, n.º 344, pp. 243-262.
- PINTO, Paulo Mota
- 1993 “O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada”, in *BFDUC*, vol. 69, pp. 479-586.
- 2018a “A proteção da vida privada e a Constituição” in *Direitos de personalidade e direitos fundamentais – Estudos*, Coimbra: Gestlegal, pp. 593-647.
- 2018b “A proteção da vida privada na jurisprudência do Tribunal Constitucional” in *Direitos de personalidade e direitos fundamentais – Estudos*, Coimbra: Gestlegal, pp. 649-678.
- PRITTWITZ, Cornelius
- 2016 “Derecho penal especial, Derecho penal económico?”, in Kai Ambos, María Laura Böhm & John Zuluaga (eds.), *Desarrollos actuales de las ciencias criminales en Alemania*, vol. 1, Série CEDPAL, Göttingen: Göttingen University Press, pp. 103-111.
- 2018 “El Derecho penal como *propria ratio*”, in Kai Ambos (ed.), *Ciencias criminales en Alemania desde una perspectiva comparada e internacional*, vol. 2, Série CEDPAL. Göttingen: Göttingen University Press, pp. 71-85.
- SANTOS, Manuel Simas & Sousa, Jorge Lopes de
- 2011 *Contra-ordenações: Anotações ao regime geral*, 6.ª ed., Lisboa: Áreas Editora.
- SILVA, Germano Marques da & Sá, Fernando
- 2017 “Anotação ao art. 34.º”, in Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, vol I, 2.ª ed., Lisboa: Universidade Católica Editora, pp. 548-564.
- SILVA Sánchez, Jesús-María
- 2015 *Derecho penal regulatório?*, in *InDret*, n.º 2, disponível em http://www.indret.com/pdf/editorial.2_9.pdf
- VALENTE, Manuel Monteiro Guedes
- 2005a *Revistas e buscas*, 2.ª ed. revista e aumentada, Coimbra: Almedina.
- 2005b “Revistas e buscas: Que viagem queremos fazer?”, in M. M. Guedes Valente (coord.), *I Congresso de Processo Penal*, Coimbra: Almedina, pp. 285-311.
- VEIGA, Raul Soares da
- 2009 “Legalidade e oportunidade no direito sancionatório das autoridades reguladoras”, in Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias & Paulo de Sousa Mendes (coord.), *Direito Sancionatório das Autoridades Reguladoras*, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 139-173.

VELOSO, José António

2000 “Questões hermenêuticas e de sucessão de leis nas sanções do regime geral das instituições de crédito”, in *Revista da Banca*, n.º 49, pp. 27-71.

VILAÇA, José Luís da Cruz & CARVALHO, Miguel Marques de

2017 “Anotação ao art. 5.º da LdC”, in Miguel Gorjão-Henriques (dir.) & Manuel Lopes Porto, José Luís da Cruz Vilaça, Carolina Cunha, Miguel Gorjão-Henriques e Gonçalo Anastácio (coord.), *Lei da Concorrência: Comentário Conimbricense*, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, pp. 132-148.

VILELA, Alexandra

2013 *O Direito de Mera Ordenação Social: Entre a ideia de “recorrência” e a de “erosão” do Direito Penal Clássico*, Coimbra: Coimbra Editora.

2015 “O Direito Contraordenacional: Um direito sancionatório com futuro?” in *Anatomia do Crime*, n.º 2, pp.149-162.

VOLK, Klaus

2016 “Criminalidad económica”, in Kai Ambos, María Laura Böhm & John Zuluaga (eds.), *Desarrollos actuales de las ciencias criminales en Alemania*, vol. 1, Série CEDPAL, Göttingen: Göttingen University Press, pp. 139-148.

WILS, Wouter P. J.

2006 “Powers of investigation and procedural rights and guarantees in EU anti-trust enforcement: The interplay between european and national legislation and case-law”, in *World competition: Law and Economic Review*, vol. 29, n.º 1, pp. 3-24.

BREVES

CHOQUE DE PREÇOS NO GÁS E TEMPESTADE ELÉTRICA: REFLEXOS NOS CONSUMIDORES E NA SEGURANÇA DE ABASTECIMENTO

*João Lopes**

As perspetivas incertas dos investidores desaceleraram o investimento em exploração de gás natural, por razões de ordem conjuntural – a pandemia quebrou o consumo desse combustível fóssil e aumentou a incerteza – e estrutural – o crescimento das renováveis a médio e longo prazo transforma o gás numa alternativa transitória de curto e médio prazo para o carvão, mas cuja utilização também declinará inevitavelmente nos roteiros para a descarbonização das economias. Esta desaceleração cria tensão no curto prazo entre a oferta e procura de gás natural. O transporte marítimo de gás natural, em estado liquefeito, integrou as diferentes geografias mundiais num mercado *spot* onde a disputa entre Ásia e Europa do gás disponível no mercado, antes do inverno de 2022, levou o preço a disparar para níveis nunca observados, os quais são também influenciados pela geopolítica do gás. A dependência da Europa ocidental em relação ao gás russo e as tensões criadas pelo novo gasoduto no Báltico, o Nordstream II – o fornecimento de gás russo à Europa baixou durante 2021 no que pode ser interpretado como uma forma de pressionar as autoridades e reguladores europeus a autorizar a entrada em funcionamento desse gasoduto –, deixaram as reservas de gás armazenado na Europa em mínimos de 5 anos à beira do próximo inverno. No caso da Península Ibérica, o conflito entre Marrocos e Argélia cria dúvidas sobre a continuidade de utilização do gasoduto EMPL (*Europe Maghreb Pipeline*), a primeira fonte de abastecimento por gasoduto a Portugal e a Espanha desde 1996.

* Especialista de Concorrência Sénior na Autoridade da Concorrência. A opinião expressa no presente artigo vincula apenas o autor e não reflete necessariamente a posição da Autoridade da Concorrência.

Key-Words: Energia, concorrência, regulação, auxílios de Estado

A instabilidade do outono de 2021 nos mercados de energia, com epicentro nos mercados de gás natural, acontece em grande medida pelas perspectivas de descarbonização das economias, muito influenciadas pela expansão do solar fotovoltaico, a custos muito competitivos – uma boa notícia a médio prazo mas com implicações no curto prazo –, e traduzem uma mudança de paradigma no funcionamento do sistema elétrico, com consequências profundas para os seus utilizadores finais, desde os consumidores industriais aos consumidores domésticos.

1 – DIFERENÇAS E SEMELHANÇAS ENTRE 2008 E 2021

A crise energética de 2021 é profundamente distinta da verificada em 2008. Nesse ano, todas as fontes de energia fóssil tinham um preço muito correlacionado com o preço do petróleo, que influenciava, por via das centrais térmicas a carvão e a gás natural, os custos de produção da energia elétrica. Em julho de 2008, o petróleo atinge máximos nos mercados internacionais – o Brent do Mar do Norte chega a cotar nos 143.95 dólares o barril. Os preços grossistas da energia elétrica sobem acima dos 70 € / MWh durante uma larga parte do ano de 2008, atingindo a média mensal máxima de 76 €/MWh em novembro de 2008. Durante o verão desse ano, o governo de então legislou (Decreto-Lei n.º 165/2008) e decidiu adiar a repercussão do aumento dos preços grossistas para as tarifas da eletricidade de 2009. A não atualização da tarifa regulada em 2008 criou um efeito predatório na concorrência, secando o mercado livre, e o comercializador de último recurso acumulou vendas com prejuízo superiores a € 1,1 mil milhões, que foram imputados à dívida tarifária. Por outro lado, nas tarifas para 2009, a ERSE previu um preço grossista da energia da ordem dos 70 €/MWh, aproximadamente idêntico ao preço grossista observado até setembro de 2008, pelo que o governo de então decidiu diferir a recuperação do sobrecusto da produção em regime especial (renováveis e cogeração), criando um *deficit* nas tarifas de acesso às redes de 2009, igualmente imputado à dívida tarifária. As decisões adotadas nas tarifas de 2009 implicaram uma dívida tarifária da ordem dos 1,7 mil milhões. Na realidade, por ação da crise económica provocada pela crise financeira do *subprime* / falência do *Lehman Brothers*, e acompanhando a queda muito significativa dos preços do petróleo que se seguiu, a partir de dezembro de 2008 os preços grossistas da energia elétrica iniciam uma queda significativa e em janeiro de 2009 já se encontravam substancialmente abaixo da previsão do custo da energia formulada meses antes pela ERSE, tornando injustificados

os pressupostos da decisão das tarifas de 2009 e da dívida tarifária então criada – mal entraram em vigor, as tarifas de 2009 já estavam desatualizadas. Ao invés dos 70 €/MWh previstos nas tarifas de 2009, o preço grossista real de 2009 não foi além dos 37 €/MWh.

No choque de preços de 2021, observa-se que o preço do gás natural deixou de estar ligado ao preço do petróleo. Em início de outubro de 2021, enquanto o preço do petróleo cotava em torno dos 80 dólares o barril, muito longe do máximo histórico de 2008, o gás atingia valores recorde na aproximação ao inverno de 2021/2022, como noticia o Financial Times (FT) de 6/10/2021¹, tendo subido de 18 €/MWh seis meses antes para 117,5 €/MWh para o contrato de entrega em novembro de 2021 na Europa. Como menciona a notícia do FT, o gás natural estava a ser transacionado a um valor equivalente a 200 dólares o barril, quase três vezes mais o valor a que o preço do petróleo era transacionado. Esta quebra de correlação do preço do gás natural face ao petróleo deve-se muito à transformação do modo como o gás natural é transacionado no contexto da liberalização dos mercados de gás na Europa. Enquanto antes da liberalização o gás natural era importado quase em exclusivo em contratos *take or pay* de muito longa duração entre os países produtores e os incumbentes históricos de cada país, nos quais os preços do gás natural eram indexados ao petróleo ou seus derivados, na atualidade assiste-se crescentemente a preços definidos em mercados regionais – como o MIBGÁS – em transações *spot* que refletem a cada momento o encontro entre a oferta e a procura.

Em consequência da subida vertiginosa dos preços do gás natural, os preços grossistas da energia elétrica na crise de 2021 são muito mais altos que na crise de 2008 – a média de setembro de 2021 em Portugal foi 156 €/MWh, ao passo que a média do mês mais alto em 2008 não foi além dos 76 €/MWh. Este crescimento dos preços grossistas acontece na generalidade dos mercados europeus de energia elétrica.

Do ponto de vista do sistema elétrico nacional, o choque de preço no gás natural afeta essencialmente a produção elétrica de origem térmica e as importações de energia elétrica, que representaram 41% da produção em 2020, proporção que se manteve até setembro do ano de 2021. Este choque de preços não afeta os regimes subsidiados de produção, cujo preço se mantém sem grande variação, nem os custos fixos do sistema relacionados com

1 “Record gas prices hit bonds as investors fear wider damage”, edição online do Financial Times de 06/10/2021. <https://www.ft.com/content/c94cee7d-4ffe-4946-a83b-b4f85026b74f>

redes de transporte e distribuição, nem as rendas fixas de contratos [CMEC e Contratos de Aquisição de Energia (CAE)]. Uma estrutura de custos em que preponderam os custos fixos acaba por amortecer o impacto global do aumento dos custos variáveis térmicos. Os clientes domésticos de energia elétrica, que assumem uma fatia proporcionalmente maior dos custos fixos do sistema – além de pagarem mais custos de redes assumem também uma proporção maior do sobrecusto das renováveis –, observam que os seus custos de fornecimento são menos afetados pelo choque nos preços do gás natural e na energia elétrica.

Num contexto de mercado livre, que representava 95% do consumo elétrico em junho de 2021, estes aumentos de preço terão sido passados aos clientes industriais – nos quais a revisão frequente de contratos é uma realidade e onde se aplicam mecanismos de indexação dos preços retalhistas aos preços grossistas. No caso dos consumidores domésticos, o aumento dos custos grossistas foi passado apenas parcialmente nos dois ajustamentos trimestrais promovidos pela ERSE durante o ano de 2021 – o ajustamento do custo da energia foi incompleto² –, enquanto nos tarifários em regime livre apenas alguns comercializadores verticalmente integrados conseguem apresentar tarifários mais competitivos que as tarifas transitórias, como notícia o jornal Expresso de 08/10/2021³.

Convirá notar que no contexto do mercado de retalho, nem todos os comercializadores terão sido atingidos da mesma forma pela subida dos preços grossistas. Os operadores verticalmente integrados com um portefólio de produção diversificado com fontes renováveis (e também com energia nuclear em Espanha) apenas parcialmente terão sido atingidos pela subida dos custos do gás (casos da EDP, Iberdrola, Endesa e também Galp, que tem realizado um esforço de investimento no solar fotovoltaico em Espanha). Os comercializadores sem produção que tenham coberto os seus fornecimentos com contratos a prazo de preço fixo do mesmo modo não terão sido totalmente afetados pela subida dos preços grossistas, ainda que a liquidez disponível nos contratos a prazo seja relativamente reduzida, portanto é limitado o alcance dessa proteção.

2 A ERSE, conforme os regulamentos adotados, nas atualizações de tarifas corrigiu em alta somente metade do desvio de previsão entre o preço da energia regulado e o novo preço previsto. Vide ERSE, ATUALIZAÇÃO DA TARIFA DE ENERGIA DO SETOR ELÉTRICO, setembro de 2021.

3 “Luz: preços regulados esmagam concorrência”, edição em papel do jornal Expresso de 09/10/2021.

A grande volatilidade de preços grossistas na energia elétrica, e os valores extremamente elevados dos preços – no dia 7/10/2021 o preço médio grossista no mercado ibérico atingiu novo máximo histórico, 288 €/MWh, e o máximo horário ascendeu a 319 €/MWh –, na verdade, apenas refletem um sistema mais complexo na integração de renováveis e no *phasing out* de tecnologias térmicas, com a saída das duas centrais a carvão em Portugal no decurso de 2021. Poder-se-á mudar a arquitetura do mercado, com vista a proteger o sistema e os seus utilizadores das consequências dessa volatilidade, mas os fundamentais que justificam a instabilidade atual deverão permanecer, e os momentos críticos serão também mais frequentes. Essa instabilidade irá aumentar a prazo e os custos dessa instabilidade também irão aumentar.

2 – O PAPEL DOS COMERCIALIZADORES NA GESTÃO DO CHOQUE DE PREÇOS DA ENERGIA

O modo como a instabilidade dos preços grossistas será transferida aos consumidores finais depende da atuação dos comercializadores de energia, cuja função para o futuro será cada vez mais a intermediação do risco.

No inverno rigoroso de 2020/2021 nos Estados Unidos, no Texas, num mercado com uma arquitetura diferente do mercado grossista ibérico, em fevereiro de 2021, como noticia o *New York Times* de 20/02/2020⁴, durante uma onda de frio em que os preços grossistas chegaram a valores extremamente elevados, os consumidores finais com tarifários indexados ao referencial grossista foram confrontados com faturas mensais de milhares de dólares. As tarifas indexadas aos preços grossistas, expondo os consumidores finais à volatilidade, implicam riscos financeiros para as economias familiares quando os valores da energia atingem valores astronómicos, como se verificou no Texas ou se verifica em Espanha na tarifa regulada ao consumidor final que é indexada aos preços grossistas, e que motivou iniciativas do governo espanhol tendentes à sua reforma.

O modelo alternativo à indexação dos preços de retalho aos preços grossistas implica que as tarifas a clientes finais se formem com a imputação de prémios de risco sobre o referencial grossista nos preços a consumidores finais. É exatamente neste prémio de risco que os grandes produtores verticalmente integrados apostam quando investem no solar fotovoltaico com risco de

4 “His Lights Stayed on During Texas’ Storm. Now He Owes \$16,752.”, edição online do *New York Times* de 20/02/2021 <https://www.nytimes.com/2021/02/20/us/texas-storm-electric-bills.html>.

mercado – para esses agentes o negócio não estará na venda no mercado grossista da energia solar fotovoltaica, cujo preço poderá baixar significativamente quando a capacidade solar atualmente projetada para os próximos anos esteja em operação, antes estará no fornecimento dessa energia a preço de retalho a clientes finais.

Outra questão que importa apurar será determinar quais os agentes melhor habilitados para fazer gestão de risco, já que a contratação a prazo no mercado ibérico tem reduzida liquidez. De facto, para as elétricas verticalmente integradas, o contrato de preço fixo com um consumidor final é um substituto de um contrato a prazo, pelo que esses agentes vendem relativamente pouca produção no mercado a prazo; neste contexto, será importante perceber qual o papel e probabilidade de sobrevivência dos pequenos comercializadores independentes num mercado onde a gestão do risco é um fator crítico. Em Portugal, o processo de saída do mercado de pequenos comercializadores foi antevisto pelo regulador⁵ e identificam-se algumas saídas no outono de 2021. No Reino Unido, num mercado maduro, na antecipação do próximo inverno, o número de falências entre comercializadores é significativo, ainda que a adoção de um *price cap* nos preços do gás natural seja parcialmente responsável pela saída de operadores⁶.

No contexto da crise do outono de 2021, a comunicação da Comissão Europeia sobre os preços da energia⁷ defende o desenvolvimento de um modelo de contratos a longo prazo de preço fixo para as energias renováveis, e agregadores de procura, para melhorar a capacidade negocial dos pequenos clientes. Este tipo de contratos envolve mecanismos de partilha de risco entre produtores e clientes finais e pode servir o propósito para novos investimentos. Porém, não interferem no curto prazo com a estrutura atual da produção e comercialização.

Na verdade, em resultado desta crise, a potencial concentração da atividade de comercialização num número reduzido de comercializadores verticalmente integrados pode levar a que os prémios de risco sobre os preços

5 “Comunicado: ERSE aprovou medidas extraordinárias para atenuar impacto dos preços grossistas no mercado de energia”, ERSE, 18/10/2021.

6 “U.K. Pays Price for Energy Market That Anyone Could Join”, edição online do *Bloomberg* de 16/10/2021 <https://www.bloomberg.com/news/articles/2021-10-16/u-k-pays-price-for-energy-market-that-anyone-could-join>.

7 Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of The Regions, Tackling rising energy prices: a toolbox for action and support, COM(2021) 660 final, 13/10/2021.

grossistas se formem num contexto de baixa intensidade concorrencial no mercado de retalho, recomendando a necessidade de supervisionar o mercado, como defende a Comissão Europeia⁸, e a eventual intervenção da regulação económica no sentido de proteger o bem-estar do consumidor no acesso a um serviço essencial.

3 – O PAPEL DA REGULAÇÃO ECONÓMICA NA GESTÃO DO CHOQUE DE PREÇOS DA ENERGIA

Em tese, a gestão do risco da atividade grossista pode também ser realizada pela comercialização regulada. Quando se forma um défice tarifário num ano e um *superavit* tarifário no seguinte, os desequilíbrios potencialmente anulam-se, ainda que existam custos com o serviço do stock de dívida. As séries de preço grossista da energia elétrica revelaram no passado uma certa convergência para um valor médio na ordem dos 50 €/MWh (de 2007 a 2020, em Portugal, a média aritmética do preço grossista foi de 47,34 €/MWh), registando um máximo histórico em 2008 (69,98 €/MWh) e um mínimo em 2020 (33,99€/MWh).

Quando os valores dos custos grossistas da energia elétrica flutuam ciclicamente em torno de um valor médio, em teoria é possível alisar a repercussão dos picos de preços nos consumidores. No passado, o fundo de correção da hidraulicidade desempenhou essa função no sistema elétrico nacional – a produção hidroelétrica é bastante irregular de ano para ano mas a média móvel em períodos mais alargados é relativamente estável. Esse fundo financeiro acumulava em anos húmidos e era utilizado em anos secos.

Este modelo de intervenção no contexto de mercado em que coexistem comercializadores regulados e não regulados enfrenta duas dificuldades práticas. A primeira dificuldade diz respeito a como evitar a arbitragem entre comercialização regulada e não regulada e a socialização dos riscos do comercializador de último recurso por todos os consumidores. A segunda dificuldade prende-se com a capacidade limitada de previsão em relação ao futuro, i.e., a capacidade de determinar se o choque de preços observado no momento corrente é de natureza transitória ou é um crescimento permanente do nível de preços grossista.

A experiência de regulação das tarifas de gás entre final de 2008 e princípio de 2009 é ilustrativa da primeira dificuldade. Os preços do gás natural

⁸ *Idem*.

no contrato mais antigo com a Argélia fixavam o preço de importação do gás natural com base no histórico do preço do petróleo verificado nos trimestres anteriores. Na fixação das tarifas reguladas do gás natural a clientes finais, em final de 2008, a ERSE, observando a queda acentuada recente dos preços do petróleo, decidiu amortecer a subida do preço de importação do gás natural que refletia o máximo histórico do petróleo verificado durante o verão desse ano. Sabendo-se que os preços de importação do gás natural cairiam nos trimestres seguintes, o aumento do final de 2008 poderia assim ser diluído durante o ano de 2009. O déficit tarifário de final de 2008 seria recuperado como um *superavit* tarifário durante o ano 2009. Porém, em 2009, com tarifas reguladas de gás natural mais elevadas que o custo de importação, os comercializadores em regime livre conseguiram fazer melhores preços retalhistas, e os clientes abandonaram o comercializador de último recurso, impossibilitando a possibilidade de gerar o *superavit* necessário ao pagamento da dívida criada em final de 2008. Para recuperar essa dívida tarifária acabou por ser necessário repercuti-la nas tarifas de acesso às redes – o monopólio do qual os consumidores não conseguem fugir. O corolário deste episódio é que um modelo de diferimento no tempo de picos de preços precisa de uma base de clientes estável, pelo que é um modelo que pode funcionar bem em regime de monopólio, mas já não funcionará bem em regime de concorrência em que terceiros agentes arbitram contra a ineficiência da tarifa regulada.

A segunda dificuldade prática para adotar uma estratégia de alisamento de preços é apurar a natureza transitória ou persistente do choque de preços. Para um choque de preços permanente, sobretudo em fontes energéticas importadas e sobre as quais não se consegue atuar, não há outra solução senão refletir o aumento de preços nos consumidores finais. Assim, a grande questão que se coloca atualmente é apurar se os preços grossistas da energia elétrica regressarão à média histórica dos 50 €/MWh.

Em tese, os preços do gás natural cairão a partir do final do inverno, à medida que se dissipe a crise do gás natural para o inverno de 2022, que também dependerá de quão rigorosas sejam as temperaturas entre dezembro de 2021 e fevereiro de 2022. Os futuros nos mercados regionais de gás europeus, em meados de outubro, sugerem esse comportamento. Usando por referência o mercado holandês (TTF), um dos principais na Europa, em 15 de outubro, data em que a ERSE anunciou o projeto de tarifas para o ano seguinte, o futuro do gás natural para novembro de 2021 cotava a 94 €/MWh, o futuro para o primeiro trimestre de 2022, a 92 €/MWh, e os futuros para o segundo e terceiro trimestres de 2022, em valores que rondavam os 46 e os 43 €/

MWh, respetivamente. Os futuros para 2023 situavam-se em 32 €/MWh. Para um custo de gás natural de 40 €/MWh e um custo de CO₂ de 50 € por tonelada, o custo variável da energia elétrica de uma central de ciclo combinado a gás natural ascenderá a mais de 90 €/MWh, ainda muito acima da média histórica do preço grossista em Portugal.

Os futuros do gás natural na Europa sugerem que o mercado grossista da energia elétrica só “normalizará” a partir de 2023. Por outro lado, os fundamentais que implicam uma oferta de gás natural restringida no curto prazo, relacionados com os roteiros para a descarbonização da economia, poderão permanecer no médio prazo. Por fim, o aumento dos preços de CO₂ deverá manter-se elevado em respeito por uma política coerente de combate às alterações climáticas. No contexto atual, é difícil afirmar que os mercados regressem ao normal pré-choque de preços a breve prazo, o que leva a considerar ser necessária prudência sobre adoção de estratégias de alisamento dos preços que envolvam a criação de dívida tarifária no curto prazo. Pelo contrário, acontecendo uma nova crise económica, o mercado do gás natural reajustar-se-á em baixa.

4 – A DECISÃO DE TARIFAS DA ENERGIA ELÉTRICA EM CONTEXTO DE CRISE ENERGÉTICA

A velocidade de atuação da regulação económica – cujo calendário de fixação das tarifas elétricas continua muito rígido e colado ao calendário do Orçamento de Estado – será crucial para corrigir desequilíbrios na estrutura tarifária da energia elétrica.

Uma característica central do sistema tarifário nacional da energia elétrica reside no modo como se calculam os denominados Custos de Interesse Económico Geral (CIEG) relacionados com os contratos com produtores anteriores à liberalização – os CAE e os CMEC – e os contratos dos produtores dos regimes subsidiados das renováveis e co-geração, baseados em tarifas feed-in. As rendas fixas dos CAE e CMEC e a conjugação das tarifas feed-in fixas com o volume de eólicas e co-geração com pouca variação inter-anual determinam uma preponderância de custos fixos, ainda que esses custos fixos sejam decrescentes no tempo com o término de CAE e o fim dos contratos feed-in. No cálculo dos CIEG, o preço de mercado previsto para cada ano faz o *clearing* dos custos fixos do sistema, sendo os custos acima dos preços de mercados transferidos para as tarifas de acesso às redes. Sempre que os preços grossistas da energia sobem, os custos de acesso às redes baixam. Pelo

contrário, quando os preços grossistas de energia descem, os custos de acesso às redes sobem. Este sistema permite diluir o impacto das subidas de preços grossistas da energia elétrica.

As tarifas de acesso às redes fixadas em 2021, pela redução inesperada dos CIEG em resultado da subida dos preços grossistas verificadas durante o ano, ficaram acima do custo real e proporcionaram um *superavit* tarifário na componente de acesso às redes.

Existiram condições para baixar as tarifas de acesso às redes antes do final do ano de 2021, o que providenciaria um alívio na fatura dos consumidores face aos níveis extremos dos preços grossistas de setembro e outubro, todavia, a ERSE, por opção regulamentar, não prevê alterações a meio do ano das tarifas de acesso, o que implicou adiar a descida dessa componente tarifária para 2022. Por seu lado, a componente de energia nas tarifas transitórias do comercializador regulado ficou abaixo de custo.

No momento em que a ERSE apresentou a sua proposta de tarifas para 2022, o modelo de intervenção tarifário em condições excecionais continua aquele que foi definido em 2008, em particular no Decreto-Lei n.º 165/2008: a ERSE, até 10 de setembro, apresenta ao governo os diferentes cenários para a repercussão nas tarifas elétricas dos custos decorrentes de medidas de política energética, de sustentabilidade ou de interesse económico geral, que condicionarão a evolução das tarifas do ano seguinte; o governo pode decidir com base nessa informação os pressupostos que determinarão a variação de tarifas do ano seguinte, proposta pela ERSE até 15 de outubro.

Em 21 de setembro⁹, o Ministro do Ambiente e da Ação Climática anunciou em conferência de imprensa que o preço da eletricidade não subiria nos mercados regulados e que haveria uma redução de pelo menos 30% na tarifa de acesso às redes para os consumidores industriais. Em 15 de outubro, consistentemente com o anúncio do governo, a ERSE propôs nas tarifas para 2022 uma redução muito significativa das tarifas de acesso às redes, a manutenção do nível das tarifas transitórias a clientes finais, que abrangem 5% do consumo à data, e uma redução da dívida tarifária – o que não deixa de ser significativo num ano em que se registou um aumento dos custos variáveis de geração no sistema provocado pelo choque de preços no gás natural. A decisão da ERSE produz os seus maiores impactos na componente das

9 “Preço da eletricidade não sobe no mercado regulado em 2022, afirma Ministro do Ambiente e da Ação Climática”, *Portal do Governo*, 21/09/2021, <https://www.portugal.gov.pt/pt/gc22/comunicacao/noticia?i=preco-da-eletricidade-nao-sobe-no-mercado-regulado-em-2022-afirma-ministro-do-ambiente-e-da-acao-climatica>

tarifas de acesso às redes, enquanto que para 95% do consumo, no mercado em regime livre, a variação global dos preços dependerá do comportamento dos comercializadores no que respeita ao custeio da compra e venda grossista da energia elétrica.

Os pressupostos para a variação de tarifas para 2022 ficaram assim decididos em 15 de outubro. Porém, como a experiência demonstra, é tremendamente difícil acertar em setembro/outubro de um ano, no preço grossista da energia elétrica de todo o ano seguinte. Se o preço regulado da energia voltar a ficar abaixo do preço de mercado real, acentuará o efeito predatório das tarifas reguladas – como o Ministro do Ambiente e da Ação Climática sublinhou na conferência de imprensa de 21 de setembro, “se o mercado não regulado, no próximo ano, tiver tarifas mais altas do que o regulado, «a transação [dos consumidores de um mercado para o outro] está à distância de um telefonema e é imediata»”. Esse comportamento só será possível para clientes em Baixa Tensão, dado que as tarifas transitórias em Média Tensão são extintas no final do ano, e já não existem em Alta e Muito Alta Tensão. Se o preço regulado da energia ficar acima do preço de mercado real, uma vez que a tarifa regulada pode funcionar como referência para o mercado livre, contribuirá para a formação de lucros de arbitragem – i.e., que resultam da ineficiência do processo de determinação das tarifas – pelos comercializadores em regime livre. Os erros de previsão nos preços grossistas traduzem-se também em geral em *deficits* ou *superavits* nas tarifas de acesso às redes, de sinal contrário aos verificados na função de comercialização.

Para os consumidores industriais, que estão excluídos das tarifas reguladas, tem-se recomendado a adoção de contratos a prazos mais longos com preços fixos, para alisar o pico de preços, o que implica partilha de risco entre produtores e consumidores e um prémio de risco (que será maior para os detentores de meios de produção cujos custos não estão correlacionados com o preço do gás natural, i.e., as renováveis). Definir esse prémio num momento de crise, em que se verifica uma potencial quebra de estrutura, em que a informação histórica de preço deixa de ser válida para projeções futuras, pode dar origem a prémios significativos. Por outro lado, tal como em 2008, se se configurar uma nova crise económica no próximo ano, os preços da energia podem cair de forma abrupta. Face às dinâmicas de preço observadas até outubro de 2021, os contratos de preço fixo a prazos mais longos podem dar origem a perdedores e ganhadores – um pouco à semelhança do que aconteceu com os *swaps* de taxa de juro antes da crise de 2008, nos quais se apostava contra a subida de taxas de juro, que acabaram por cair significativamente depois dessa

crise, e deram origem a perdas financeiras muito significativas aos clientes do sistema bancário que subscreveram essas proteções de risco.

Neste quadro, é fácil reconhecer que os clientes industriais estão muito mais expostos aos riscos do choque de preços da energia de 2021 comparativamente aos clientes domésticos, para os quais a tarifa transitória não aumentará e que funciona como retaguarda para o caso dos preços do mercado livre subirem muito significativamente.

A indústria dos combustíveis líquidos adaptou-se a um paradigma de volatilidade nos preços grossistas do petróleo revendo os preços do retalho, na bomba, com uma enorme frequência, semanal ou mesmo diária. Os consumidores, sejam eles automobilistas ou empresas, não apreciam a volatilidade, pelas implicações orçamentais associadas e a dificuldade de absorver choques de preço significativos, e o mesmo acontece também nos consumidores de energia elétrica e do gás natural. Todavia, a necessidade imperativa de reduzir o impacto ambiental da produção e consumo de energia implicam uma mudança de paradigma no funcionamento dos sistemas de energia cada vez mais baseados em renováveis, para o qual se exige também uma mudança nos hábitos dos consumidores.

De certo modo, as indústrias da energia elétrica e do gás natural poderão ter de evoluir no sentido da maior frequência e maior rapidez na revisão dos preços, dado que a gestão do risco será cada vez mais complexa e as apostas que os preços irão subir ou descer no futuro próximo implicam riscos financeiros importantes.

No contexto de crise energética de 2021, seria aconselhável que se revisse o calendário de fixação das tarifas, no sentido de definir a previsão do preço da energia do ano seguinte mais próximo do final do ano, em vez de o definir em 15 de outubro, e prever revisões das tarifas de energia e de acesso às redes mais frequentes, reagindo à dinâmica do sistema elétrico. De facto, navegar durante uma tempestade implica que o rumo se ajuste com maior frequência, para evitar os perigos da tormenta. Distinguir no meio da tempestade, no ruído do curto prazo, a tendência de médio prazo, também não é tarefa fácil e é, pelo que se disse atrás, muito propenso ao erro.

5 - IMPLICAÇÕES DA CRISE DO GÁS NATURAL NA SEGURANÇA DE ABASTECIMENTO NO CURTO E MÉDIO PRAZO EM PORTUGAL

Outra novidade da crise energética de 2021 face à anterior prende-se com a diversidade de centrais térmicas para responder aos desafios da segurança de

abastecimento no setor elétrico. Na crise de 2008, o sistema elétrico estava dotado de centrais a fuel-óleo, a carvão e a gás natural. No caso das centrais a carvão e a fuel-óleo, a remuneração dessas centrais era assegurada por contratos de aquisição energia, que garantiam uma renda que permitia manter uma enorme capacidade de geração ociosa. As condições de remuneração nesses contratos eram desproporcionalmente elevadas face à ausência de risco para o investidor – no caso dos contratos da EDP Produção, remuneravam o ativo líquido com uma taxa de 8,5% reais mais inflação – e por isso integravam o conceito de renda económica. A solução do passado para manter capacidade de resposta do sistema elétrico para momentos críticos era por isso ineficiente e não deve ser exemplo para futuro. Nesta nova crise, não há contratos de aquisição de energia (CAE), porque caducaram ou estão em vias de caducar, já não há centrais a fuel-óleo e as centrais a carvão são desativadas – por iniciativa do proprietário no caso da central de Sines, no início de 2021, ou no caso da central do Pego, a partir de novembro de 2021, com o fim do respetivo contrato, e a decisão do governo de a substituir por um modelo piloto de gestão dinâmica da rede nacional de transporte de eletricidade (RNT) no ponto de injeção atualmente ocupado por essa central, baseado em energias renováveis.

No que respeita à segurança de abastecimento, do lado da produção, como fontes garantidas, o sistema elétrico nacional passará a depender quase em exclusivo de uma única fonte de energia fóssil – o gás natural¹⁰ – e na armazenagem elétrica que existe em albufeiras hidroelétricas, muitas das quais dotadas de capacidade de bombagem, função que permite armazenar energia quando existe excesso de energias renováveis. A produção de energia a partir de fontes renováveis de origem eólica e solar depende da disponibilidade do recurso, por natureza, variável, e por isso não é garantida.

As centrais hidroelétricas podem efetivamente dar apoio em momentos críticos, mas os critérios de maximização dos lucros com que são exploradas não dão garantias que as mesmas possam ser geridas com vista à segurança de abastecimento. O exemplo relatado na imprensa espanhola¹¹ que refere que a Iberdrola, no início do verão de 2021, esvaziou duas albufeiras em seis semanas, num período em que os preços grossistas cresciam para níveis nunca

10 A central de ciclo combinado a gás natural, a primeira a ser construída em Portugal, primeiro grande cliente do sistema de gás natural, pode funcionar com um combustível alternativo, derivado do petróleo.

11 “El Gobierno califica de “escandaloso” el vaciado de embalses por parte de Iberdrola para producir energía más barata”, edição online do *El País* de 13/08/2021, <https://elpais.com/economia/2021-08-13/teresa-ribera-investigara-el-vaciado-de-embalses-por-parte-de-iberdrola-para-producir-energia-mas-barata.html>

antes observados, é disso demonstrativo. Uma gestão dos armazenamentos hídricos com vista à segurança de abastecimento seria mais conservadora no uso da água antes do outono, ao invés de prosseguir uma simples maximização do valor esperado de venda do stock de água armazenado. Todavia, mesmo agentes sofisticados têm dificuldade de prever os preços – se soubesse que os preços em setembro no MIBEL atingiriam em média 156 €/MWh, consideravelmente mais elevado que os preços médios de julho e agosto, respetivamente 92 €/MWh e 106 €/MWh, a Iberdrola teria conservado a água nessas albufeiras para gerar a energia mais tarde.

Neste quadro, uma crise de abastecimento do gás natural colocará em tensão a produção de energia elétrica e a segurança de abastecimento. Uma vez que um problema de abastecimento no gás em Portugal será muito provavelmente também sentido em Espanha, uma crise de abastecimento de gás natural é suscetível de afetar simultaneamente a capacidade de importação de energia elétrica, uma vez que limita a capacidade do sistema elétrico vizinho em apoiar o sistema português em períodos de carência de fontes de energia no mercado nacional, agravando o problema.

Para gerir o sistema, em situações de crise do lado do gás natural, que afete não só o preço mas também a sua disponibilidade no mercado nacional, será necessária muita e maior flexibilidade do lado da procura – a procura deverá ser mais elástica em relação ao preço – ou do lado da armazenamento de energia hidroelétrica. No mercado dos ajustes de sistema, os desequilíbrios significativos poderão originar valores de transação extremamente elevados para a procura a descer ou para a produção a subir e no limite levar a cortes seletivos a utilizadores.

A questão crítica para o sistema elétrico no futuro será a gestão da flexibilidade da procura e da produção. Os consumidores que sejam flexíveis vão conseguir proteger-se dos aumentos dos custos, mas consumirão menos energia em momentos críticos. Os consumidores em atividades com baixa capacidade de flexibilidade podem pagar muito. A inflexibilidade terá custos económicos e sociais. Determinadas atividades económicas, que sejam incompatíveis com demasiada flexibilidade, poderão ser empurradas para fora do sistema, pelos elevados custos, procurando outras geografias em que os custos da flexibilidade sejam mais baixos. O problema da flexibilidade é também um problema de acessibilidade a um serviço essencial e de pobreza energética. Quem tenha mais flexibilidade, vai pagar menos, mas também vai consumir menos e reduzir o seu bem-estar económico. Pelo contrário, quem fornece flexibilidade ao sistema – produção flexível, armazenamento ou

gestão de procura – será potencialmente muito bem remunerado em períodos críticos, ainda que sendo atividade com risco.

Neste contexto, enquanto o armazenamento em baterias não esteja disponível no sistema elétrico em apoio ao armazenamento hidroelétrico atualmente existente, soluções baseadas em combustíveis fósseis (ou renováveis) e centrais térmicas serão necessárias, devendo determinar-se sobre como financiar a sua presença no mercado.

Essa não foi uma questão enquanto os CAE existiram – o contrato da central de carvão de Sines terminou no segundo semestre de 2017 e o da central a carvão do Pego em novembro de 2021. Também é questionável que o mecanismo de garantia de potência que existiu em Portugal a partir de 2012 (Portaria n.º 251/2012), fixando administrativamente incentivos à disponibilidade para centrais a gás natural e incentivos ao investimento para centrais hidroelétricas tenha efetivamente contribuído para a segurança de abastecimento, antes poderá ter sido uma forma de auxílio de Estado a determinados produtores (a Comissão Europeia colocou dúvidas sobre incentivos administrativos, considerando que os mesmos geravam riscos de sobrecompensação dos beneficiários, manifestando preferência por sistemas em que os incentivos sejam baseados em mecanismos de mercado¹²).

Para futuro, será necessário avaliar como financiar a reserva de *backup* do sistema, em particular para centrais que de outro modo não terão capacidade para se manter disponíveis para produzir, nomeadamente através de contratos a prazo de *backup*, contratados em regime de concorrência, para evitar os riscos verificados no passado com os CAE ou nos sistemas de fixação administrativa do preço da capacidade.

Em alternativa, aceitar um modelo puro de mercado, em que os detentores dessa capacidade decidem se mantêm a capacidade disponível, cria o risco de uma presença inconstante e remunerada com preços voláteis e extraordinariamente elevados em momentos críticos.

Por outro lado, importa também avaliar que fontes de energia serão elegíveis para fornecer *backup* ao sistema: no presente, essas fontes concentram-se numa única fonte fóssil, o gás natural, e no armazenamento hidroelétrico; complementarmente, para esse efeito, os planos do governo perspetivam o desenvolvimento do hidrogénio verde e o armazenamento em baterias (vide o relatório de 2021 da Agência Internacional de Energia de revisão da política

12 Vide “*Final Report of the Sector Inquiry on Capacity Mechanisms*”, Comissão Europeia, COM(2016) 752 final, 30/11/2016, https://ec.europa.eu/energy/sites/ener/files/documents/com2016752.en_.pdf

energética portuguesa¹³), porém, essas fontes de *backup* ainda não estão disponíveis e tomarão o seu tempo a serem escaláveis e competitivas para dar um contributo sensível à segurança de abastecimento nacional.

A saída das centrais a carvão cria, no curto e médio prazo, um déficit de fontes de *backup* ao sistema elétrico e expõe-no criticamente a períodos secos ou a crises no gás natural – que poderão acontecer em simultâneo – ainda que as simulações realizadas pelo governo, analisadas pela Agência Internacional de Energia em 2021 na avaliação da política energética nacional¹⁴, demonstrem que o sistema elétrico consegue corresponder aos cenários de procura apenas com as centrais hidroelétricas e a gás natural existentes. Por outro lado, cabe mencionar que o relatório de monitorização da segurança de abastecimento de 2020, publicado pela DGEG¹⁵, revela num dos cenários considerados que “*caso o sistema electroprodutor não evolua mais para além da capacidade atual acrescida da capacidade em construção ou que está previsto iniciar a construção até final de 2020, considerando ainda o descomissionamento da central a carvão de Sines até final de 2020, da central a carvão do Pego até final de 2021 e da central de ciclo combinado a gás natural da Tapada do Outeiro até final de 2024, o sistema não será capaz de dar resposta às necessidade de consumo de eletricidade em 2022.*” Significa esta afirmação que se não existir gás natural suficiente para alimentar todas as centrais a gás natural atualmente existentes no inverno de 2022 – i.e., basta uma central que saia do sistema, como no caso da central da Tapada do Outeiro –, o sistema elétrico poderá enfrentar problemas de segurança de abastecimento.

Neste contexto, torna-se necessário avaliar em que medida o sistema elétrico nacional estará preparado para, no curto prazo, em absoluto, prescindir da presença de centrais a carvão em mercado, ainda que se trate de centrais mais poluentes, de arranque lento e pouco flexíveis. Essa avaliação ganha pertinência no quadro da crise no gás natural vivida em 2021 e num momento em que o destino da central a carvão do Pego ainda não está definitivamente encerrado. A grande questão que deve ser avaliada é identificar se a crise do gás natural de 2021 é um evento único ou se, pelo contrário, terá condições para se repetir no futuro e com que graus de severidade.

13 IEA (2021), Portugal 2021, IEA, Paris <https://www.iea.org/reports/portugal-2021>.

14 Idem.

15 Relatório de Monitorização da Segurança de Abastecimento do Sistema Elétrico Nacional para o período de 2021-2040 (RMSA-E 2020), aprovado por despacho do senhor Secretário de Estado Adjunto e da Energia de 30 de dezembro de 2020, comunicado à Comissão Europeia e à ERSE.

6 – CONCLUSÃO

Os modelos económicos que internalizam as externalidades de poluição não preveem como comportamento ótimo o nível zero de poluição. A teoria económica sugere que o nível ótimo de poluição se alcança quando o custo marginal de reduzir a poluição seja igual ao custo marginal da poluição – i.e. o dano ambiental, que é função do nível de emissões do elemento poluidor. Este resultado deve-se à forma da curva de custos de abatimento da poluição – o custo marginal de abater é baixo quando a poluição é alta, mas cresce à medida que se baixa a poluição, podendo crescer exponencialmente quando se aproxima do nível zero de poluição. Uma política de eliminação de capacidade térmica de produção de energia elétrica com baixo nível de utilização pode conduzir a uma situação em que o custo marginal de redução da poluição é superior ao custo ambiental específico, economicamente medido, do nível de emissão que é abatido.

Em geral, tem-se notado na política de redução das emissões de CO₂ um défice de análise económica e uma calibração ineficaz dos instrumentos de intervenção.

Em primeiro lugar, assistimos nos últimos 20 anos a um modelo de maximização da utilização das fontes endógenas de produção renováveis, independentemente do respetivo custo. Em alternativa, se adotássemos um paradigma em que as metas ambientais são alcançadas ao mínimo custo, seria questionável, por exemplo, o interesse de alargar o eólico *offshore* de Viana do Castelo, com tarifas subsidiadas elevadas, enquanto o potencial das alternativas mais baratas se encontrar por explorar, por exemplo, entre outros, no solar fotovoltaico nos edifícios públicos, industriais, do comércio e serviços e residencial, sem necessidade de incentivos financeiramente pesados. Na verdade, a promoção do autoconsumo e a partilha dos seus benefícios com os consumidores finais é também uma forma de promover uma mudança dos consumidores na relação com a energia, no seu empoderamento e no seu envolvimento para a transição energética, fundamental para a adaptação a um paradigma energético essencialmente baseado em renováveis.

Em segundo lugar, um dos instrumentos centrais de política económica para combate às alterações climáticas, nomeadamente o comércio de emissões de CO₂, que visava internalizar na função de custos a decisão de emitir CO₂, apenas recentemente começou a fornecer sinais de preço compatíveis com as externalidades ambientais geradas pelos gases com efeitos de estufa. Em resultado, é apenas relativamente recente a situação em que se começou a dar preferência à utilização de centrais térmicas de ciclo combinado a gás

natural, que emitem aproximadamente 1/3 das emissões poluentes das centrais a carvão por MWh gerado.

Em terceiro lugar, a aposta nas renováveis tem sido vista como uma oportunidade para fazer política industrial, como por exemplo, o concurso eólico de 2007 e o investimento em fábricas de componentes de geradores eólicos, ou mais recentemente e de forma bastante mais ambiciosa, o fomento da produção do hidrogénio verde obtido da eletrólise – o governo prevê um investimento entre 2 GW a 2,5 GW de capacidade em eletrolisadores – que na fase atual e na perspectiva de preços grossistas da energia elétrica voláteis e extremos é de viabilidade económica duvidosa e caso avance provocará potencialmente custos irrecuperáveis muito significativos, com uma capacidade instalada em eletrolisadores ociosa quando os preços grossistas da eletricidade atingirem valores mais elevados (o custo de produção do hidrogénio em eletrolisadores depende do custo da eletricidade utilizada no processo).

As metas setoriais do Plano do Hidrogénio Verde para 2030 preveem que esta fonte venha a representar entre 2 a 5% do consumo de energia na indústria, entre 1 a 5% no transporte rodoviário, entre 3 a 5% no transporte marítimo doméstico, e entre 1,5 a 2% do consumo final de energia. Essas metas são perfeitamente alcançáveis, alternativamente, por via de investimentos em eficiência energética que reduzam os consumos em igual proporção e sem os riscos de custos ociosos que se adivinham no investimento em eletrolisadores.

Por fim, pouca atenção tem sido dada à dimensão comportamental no consumo de energia. Existem experiências de economia comportamental, que implementadas em larga escala, podem contribuir para reduções de consumo com baixos custos de implementação. A intervenção do lado da procura por via de mudanças de hábitos com base em incentivos comportamentais é uma forma de obter os mesmos resultados que alternativamente se obtêm por via de sinais de preço elevados, penalizadores dos orçamentos dos consumidores.

Analisando os desafios atuais do sistema elétrico ocorre comparar com um barco à vela. Tal como um barco à vela, um sistema elétrico baseado em renováveis precisa de um motor auxiliar. Sendo certo que um barco à vela navegará a maior parte do tempo com suporte ao recurso eólico, o barco à vela precisa de um motor auxiliar para situações críticas, para evitar derivas e acidentes, para manter a navegabilidade durante tempestades ou para ir à procura do vento quando se é apanhado numa calmaria. O paradigma para a energia atual encaminha-se perigosamente para um modelo de veleiro com um motor auxiliar sem potência suficiente – uma receita para um naufrágio mais à frente.

Enquanto as baterias e outras formas de *backup* não tiverem escala e competitividade, quanto menor for o *backup* térmico do sistema, maiores serão os custos associados à flexibilidade para manter o sistema elétrico equilibrado, os quais, inevitavelmente, serão passados aos seus utilizadores finais. Quanta flexibilidade os consumidores serão capazes de suportar, será de crucial importância para avaliar o balanço entre a desejada sustentabilidade ambiental e o desenvolvimento económico que se quer promover.

ENERGY EFFICIENCY FIRST: OVERCOMING THE HURDLES?*

*Lisa Pinto Ferreira***

INTRODUCTION

Energy efficiency is one of the five dimensions of the Energy Union. As such, it is the subject of two directives in the Clean Energy Package,¹ and the Governance Regulation (EU) 2018/1999 foresees it as a key aspect to be addressed by the Member States in their national energy and climate plans (NECPs). Also, these plans are expected to incorporate the “energy efficiency first” principle, meaning that Member States shall consider the value of investing in efficiency – including energy savings and demand-response initiatives – in all policy, planning and investment decisions regarding the energy system development, and whenever efficiency improvements prove to be more cost-effective or valuable than investing in supply-side infrastructures (such as new power generation or grids), prioritize them.

Yet, despite the policy developments at EU level since 2006,² energy efficiency is still far from being a front-runner, and the younger and related “energy efficiency first” (EE1st) principle has been struggling for implementation.

A recast of the Energy Efficiency Directive (EED) was proposed by the European Commission as part of the “Fit for 55” Package within the

* Key-Words: Energy Efficiency; Energy Efficiency First; Demand Response; National Energy and Climate Plans; Clean Energy Package; European Green Deal; Fit for 55 Package; Energy Regulatory Authorities; Transmission System Operators; Distribution System Operators.

** Energy law adviser. Lawyer.

1 Directive (EU) 2018/2002, amending Directive 2012/27/EU, on Energy Efficiency, and Directive (EU) 2018/844, amending Directive 2010/31/EU, on the Energy Performance of Buildings (EPBD).

2 With the adoption of the Energy Services Directive.

European Green Deal³, with the purpose of fostering energy efficiency as an effective priority across all sectors, removing barriers in the energy market and overcoming market failures that hamper efficiency in the supply and use of energy. The proposal for a new EED includes a specific provision regarding the EE1st principle (Article 3) and another (Article 25) that intends to clarify and enhance the role of national regulatory authorities in implementing the EE1st principle, both in their decisions on the operation of the electricity and gas infrastructure and in ensuring that the electricity and gas transmission system operators (TSOs) and distribution system operators (DSOs) apply the principle in their network planning, network development and investment decisions.

The recently issued Commission Recommendation (EU) 2021/1749 *on Energy Efficiency First: from principles to practice – Guidelines and examples for its implementation in decision-making in the energy sector and beyond*, following the EU Strategy for Energy System Integration⁴ and complementing the proposal for a recast of the EED, provides a good opportunity for a brief analysis on energy efficiency and the EE1st principle at EU level, subject to further developments.

1. ENERGY EFFICIENCY

1.1. A pillar and a gap

What exactly is “energy efficiency”? According to Article 2 of the EED, it means “*the ratio of output of performance, service, goods or energy, to input of energy.*”⁵ In simpler terms, energy efficiency means using less energy to achieve the same level of result, eliminating the waste of energy, both in the conversion of primary energy to final energy and in the consumption of final energy.

Energy efficiency is not only a decarbonization instrument, albeit being an important one: it serves other relevant purposes and thus it stands as a *pillar*

3 In view of the new climate target of 55% reduction of greenhouse gas emissions by 2030 inscribed in the European Climate Law (Regulation (EU) 2021/1119).

4 COM(2020) 299 final.

5 Article 194 (1)(c) TFEU states that “[...] Union policy on energy shall aim, in a spirit of solidarity between Member States, to: [...] (c) promote energy efficiency and energy saving and the development of new and renewable forms of energy”.

of the Energy Union⁶. It is also considered an energy source in its own right, in which the public and the private sectors can invest ahead of other more complex or costly alternatives (“save before you build”)⁷.

It is rather puzzling that despite the aforesaid the reality shows a clear *delivery gap*. Indeed, it is generally accepted that energy efficiency is the most cost-effective way to reduce emissions, lower energy bills for households and industries, reduce energy poverty, improve energy security by reducing demand for energy imports and dependence on suppliers of fossil fuels, and deliver better air quality and better health. All these made energy efficiency won the epitome of “the low hanging fruit”.

But something did not go as expected: the last available data by the European Environment Agency⁸ points out to the 20% reduction binding target on energy efficiency for 2020 being met *only* because of the impact of covid-19 on energy consumption⁹ and not because of structural changes – thus, with strong *risks of rebound*.

Also, according to the European Commission’s assessment of the final NECPs,¹⁰ the aggregative energy efficiency ambition of the Member States amounts to a 29.7% reduction for primary and 29.4% for final energy consumption, which represents a *gap* of 2.8 percentage points for primary and 3.1 percentage points for final energy consumption in respect to the 32,5% reduction target for 2030 foreseen in the Clean Energy Package. Hence, as stressed in the State of the Energy Union 2021 Report, “[t]his will require the updating and proper implementation of the NECPs with new measures being planned to bridge the collective ambition gap of the current NECPs.”¹¹

6 Along with decarbonization, energy security, internal energy market and research, innovation and competitiveness.

7 Commission Recommendation (EU) 2021/1749, recital 8.

8 <https://www.eea.europa.eu/data-and-maps/indicators/final-energy-consumption-by-sector-13/assessment>

9 Previous data from the Eurostat pointed out to the energy efficiency target not being met by 3,0% in primary energy consumption and by 2,6% in final energy consumption (https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Energy_saving_statistics#Primary_energy_consumption_and_distance_to_2020_and_2030_targets).

10 COM(2020) 564 final, p. 6.

11 COM(2021) 950 final, p. 12.

1.2. The need to go further

The proposal for a new EED recognizes the need to substantially increase the efforts on energy efficiency and, accordingly, sets more ambitious targets for reducing energy use at EU level – 39% for primary and 36% for final energy consumption¹² -, and makes those targets binding at EU level, since the current target of a 32,5% reduction¹³ for both primary and final energy consumption is merely indicative.

Despite national targets remaining indicative, the proposal introduces a formula for Member States to set their national indicative contributions to the (now) binding EU target and adds delivery gap mechanisms to those foreseen in the Governance Regulation.

Among other changes, the proposal nearly doubles Member State’s annual energy savings¹⁴ obligations in end use (from current 0,8% to 1,5%) and strengthens the obligation of the public sector to play a leading role by introducing an annual renovation obligation of at least 3% for public buildings, which are considered in wider terms, comprising all buildings owned by public bodies at all administration levels and in all sectors of public bodies’ activities.

It also gives special attention to the EE1st principle, as explained below.

2. THE “ENERGY EFFICIENCY FIRST” PRINCIPLE

2.1. The Clean Energy Package

The Clean Energy Package translated into legislation the goals of the Energy Union and enshrined the EE1st principle in the Governance Regulation¹⁵ as an overarching theme linking the initiatives on energy efficiency, including on the energy performance of buildings, renewable energy and market design. The idea behind the principle is that energy efficiency, along with

12 Calculated using the new 2020 Reference scenario baseline.

13 Calculated using the 2007 Reference scenario baseline.

14 According to Article 2(5) of the EED, “energy savings” means “an amount of saved energy determined by measuring and/or estimating consumption before and after implementation of an energy efficiency improvement measure, whilst ensuring normalisation for external conditions that affect energy consumption”.

15 Articles 2(18) and 3(3)(b) and Recital 64.

demand-side resources and flexibility,¹⁶ should compete in an *equal footing* with the supply-side resources (e.g. generation capacity and grid enlargement) and, thus, should be favored whenever proved more cost-effective than supply-side solutions to a given need.

So, Article 2(18) of the Governance Regulation defined “energy efficiency first” as “*taking utmost account in energy planning, and in policy and investment decisions, of alternative cost-efficient energy efficiency measures to make energy demand and energy supply more efficient, in particular by means of cost-effective end-use energy savings, demand response initiatives and more efficient conversion, transmission and distribution of energy, whilst still achieving the objectives of those decisions.*”

It is worth stressing that, according to this definition, the EE1st principle is *not entirely coincident* with the concept of energy efficiency, which is related to the setting of measures leading directly to energy savings: on the one hand, the EE1st principle goes *beyond* energy efficiency measures and savings by including demand-side resources and flexibility as part of energy efficiency solutions from a system efficiency perspective, on the other hand, as a result of the EE1st being acted, the implementation of an energy-efficient solution is *one of the possible outcomes*, but not necessarily the chosen one.

In turn, the EED stated that it contributed to the implementation of the EE1st principle and provided some additional explanation.¹⁷

In addition, the Electricity Market Directive included some provisions regarding the procurement of demand response services and energy efficiency measures by DSOs and TSOs whenever such services cost-effectively alleviated the need to upgrade or replace electricity capacity and supported the efficient and secure operation of the distribution and transmission systems.¹⁸ To some degree, this was also foreseen in the Renewables Directive (RED II), when stating that Member States should encourage local and regional administrative bodies to consult the network operators to reflect the

16 Article 2(20) of the Electricity Market Directive (EU) 2019/944 defines “demand response” as “*the change of electricity load by final customers from their normal or current consumption patterns in response to market signals, including in response to time-variable electricity prices or incentive payments, or in response to the acceptance of the final customer’s bid to sell demand reduction or increase at a price in an organised market as defined in point (4) of Article 2 of Commission Implementing Regulation (EU) No 1348/2014 (17), whether alone or through aggregation.*”

17 Article 1(1) and Recital 2.

18 Articles 32(1) and 40(5) of the Electricity Market Directive.

impact of energy efficiency and demand response programs on the infrastructure development plans of the operators.¹⁹

However, neither the Governance Regulation nor the Energy Efficiency Directive (or any other piece of the Clean Energy Package) included specific requirements on how the principle should be *applied*. Consequently, most final NECPs only set out limited details on the application of the EE1st principle, without foreseeing cost-effective, technically, economically and environmentally sound energy efficiency measures as alternatives to supply-side solutions in planning, policy and investment decisions.

2.2. The European Green Deal

a. The strategies

An important *push* towards the strengthen and operationality of the EE1st came from the EU Strategy for Energy System Integration of the European Green Deal²⁰, whereby the EE1st principle is to be applied across the whole energy system and sectoral policies, by giving priority to demand-side solutions whenever these are more cost-effective than investments in energy infrastructure in meeting policy objectives.

The strategy links the EE1st principle to circularity and improved use of resources (resource efficiency) and identifies the issue of a guidance to Member States on how to make the EE1st principle operational as a key action.

The Renovation Wave Strategy²¹ also makes the EE1st a *key principle* for building renovation towards 2030, including in the revision of the EPBD.

Finally, the Commission's proposal for the revision of the TEN-E regulation²² integrates the EE1st principle in the planning and project assessment process by requiring ACER to include the EE1st principle in the framework guidelines for the joint scenarios to be developed by the European Network of Transmission System Operators (ENTSOs) for electricity and for gas, and by requiring the ENTSOs to implement the EE1st principle when assessing the infrastructure gaps and consider with priority all relevant non-infrastructure related solutions.

19 Article 15(3) of Directive (EU) 2018/2001.

20 COM(2020) 299 final.

21 COM(2020) 662 final.

22 COM(2020) 824 final.

b. The proposal for a recast of the EED

A dedicated article regarding the EE1st principle (Article 3) was proposed by the Commission in the recast of the EED as part of the “Fit for 55” Package, to ensure its practical implementation, as follows:

*‘Article 3****Energy efficiency first principle***

1. *In conformity with the energy efficiency first principle, Member States shall ensure that energy efficiency solutions are taken into account in the planning, policy and major investment decisions related to the following sectors:*
 - (a) *energy systems, and*
 - (b) *non-energy sectors, where those sectors have an impact on energy consumption and energy efficiency.*

2. *Member States shall ensure that the application of the energy efficiency first principle is verified by the relevant entities where policy, planning and investment decisions are subject to approval and monitoring requirements.*

3. *In applying the energy efficiency first principle, Member States shall:*
 - (a) *promote and, where cost-benefit assessments are required, ensure the application of cost-benefit methodologies that allow proper assessment of wider benefits of energy efficiency solutions from the societal perspective;*
 - (b) *identify an entity responsible for monitoring the application of the energy efficiency first principle and the impacts of planning, policy and investment decisions on energy consumption and energy efficiency;*
 - (c) *report to the Commission, as part of the integrated national energy and climate progress reports in accordance with Article 17 of Regulation (EU) 2018/1999 on how the principle was taken into account in the national and regional planning, policy and major investment decisions related to the national and regional energy systems.”*

Furthermore, Article 25 intends to *clarify and enhance* the role of national regulatory authorities in implementing the EE1st principle, both in what regards their decisions on the operation of the gas and electricity infrastructure, including their decisions on network tariffs, and in ensuring that the gas and electricity TSOs and DSOs apply the EE1st in their network planning, network development and investment decisions. Accordingly, it is expected that *i)* only the energy really needed is produced, *ii)* investments in stranded

assets are avoided, and *iii*) demand for energy is managed in a cost-effective way and network losses are reduced, all while taking full account of security of supply and market integration.

To this end, it is foreseen that national regulatory authorities shall provide *methodologies and guidance* on how to assess alternatives in the *cost-benefit analysis*, taking into account *wider benefits*, and verifying the implementation of the EE1st principle by the TSOs or DSOs when approving, verifying or monitoring the projects submitted by such operators.

Also, national regulatory authorities shall ensure the removal of incentives in transmission and distribution tariffs that are detrimental to the *overall efficiency* (including energy efficiency) of the generation, transmission, distribution and supply of electricity and gas.

Some thoughts on the regulatory challenges that come with the aforesaid provisions and the Commission Recommendation (EU) 2021/1749 will be outlined in 3. *infra*.

c. The Commission Recommendation (EU) 2021/1749 on Energy Efficiency First: from principles to practice

In view of the need identified in the Energy System Integration Strategy to provide guidance to Member States on how to make the EE1st principle operational across the energy system when implementing EU and national legislation, the Commission issued a total of 8 recommendations, preceded by explanatory recitals. To this end, recital 16 importantly stresses that “[r]egardless of whether the energy efficiency-related action is taken, careful assessment of energy-efficient solutions should always be demonstrated. Reducing the full potential of implementing energy efficiency as an option should be justified. The risk of not applying the EE1st principle is to commit to more expensive solutions, with more negative externalities. In particular, when energy demand is overestimated, investments can lead to underused capacity and stranded assets”. Recital 18 points out the relevance of the EE1st principle for various decisions, in different sectors, taken by policy makers, regulators and market entities, and the particular role of policy makers and regulators in supporting and enabling the proper application of the principle.

In short, the 8 recommendations to Member States are as follows:

1. Ensure that the EE1st principle is applied in *policy, planning and investment* decisions at various decision making levels in a *proportionate* way.

2. Treat the EE1st principle as an *overarching principle* to be applied broadly and in conjunction with other policy objectives, notably regarding climate and security of supply, and not as an ultimate goal to reduce energy consumption.
3. Take a *system approach and wider societal perspective* for cost-benefit analysis when making strategic decisions, designing regulatory frameworks and planning future investment schemes. In this sense, demand side resources and flexibility shall be considered as part of energy efficiency solutions from a *system efficiency perspective* and the principle shall lead to the selection of energy-efficient solutions at asset level, whenever they also represent a cost-effective decarbonization pathway.
4. Verify the *application* of the EE1st principle.
5. Provide *framework conditions* (including adequate incentives) for the application of the principle and *remove barriers* to the EE1st principle in all relevant policy areas and sectors.
6. Provide *information, guidance and assistance* to relevant parties, in particular at local level, and notably through a *cost-benefit assessment methodology* developed by the national regulatory authority that would allow estimating *energy savings co-benefits* and shall be applicable to energy related sectors, in particular energy generation, transformation, transmission and distribution, and energy using sectors, such as buildings, industry, transport, Information and Communications Technology services and agriculture.
7. Collect *data* and *monitor* energy efficiency developments.
8. Follow and promote the *guidelines* provided in the Annex to the Recommendation.

The guidelines aim firstly at policy makers and regulators and are based on a study contracted by the Commission and on preliminary findings of the ENEFIRST²³ and sEnergies²⁴ projects under Horizon 2020. The purpose therein is to provide useful insights into the actions to be taken by policy makers and regulators in the decision-making process when applying the EE1st principle in specific sectors and policy areas.

23 <https://enefirst.eu/>.

24 <https://www.seenergies.eu/>.

3. CHALLENGES FOR THE NATIONAL REGULATORS AND NETWORK OPERATORS IN IMPLEMENTING THE EE 1ST PRINCIPLE

Despite the aforesaid efforts at the EU policy level to make the EE1st principle an operational tool, notably, to minimize the costs of the energy transition, some challenges come to mind, especially to national regulators and network operators. To name a few:

- a) The EE1st principle can be a difficult concept to communicate and can be perceived as a barrier to investment.
- b) How to effectively compare investments in the supply-side and in the demand-side in order to prioritize, *e.g.*, the option of having a substation and a new wire *versus* procuring flexibility or energy efficiency services from thousands of households? How to get the methodologies and cost-benefit analysis right?
- c) How to establish correct system adequacy scenarios for energy efficiency and demand-side response?
- d) How to enable all capacities to be competitive on the same level?
- e) Considering that in most Member States DSOs and TSOs have a rate of return on capital investment, meaning a direct finance incentive to invest in assets (CAPEX), how can they be incentivized to invest in energy efficiency and demand-response flexibility services (OPEX)?

Therefore, the EE1st principle faces operability and credibility tests that will show whether or not it stands as an important instrument of the EU energy and climate policy.

JURISPRUDÊNCIA DE CONCORRÊNCIA
DA UNIÃO EUROPEIA – DE ABRIL
A SETEMBRO DE 2021

Elaborado por Fernando Pereira Ricardo

Acordos, decisões de associações de empresas e práticas concertadas

Acórdão do Tribunal Geral de 29 de setembro de 2021, proferido no âmbito do Processo T-363/18; ECLI:EU:T:2021:638

Partes: Nippon Chemi-Con Corporation/Comissão

Descritores: Acordos, decisões e práticas concertadas – Mercado de condensadores eletrolíticos de alumínio e tântalo – Decisão que declara uma violação dos artigos 101.º TFUE e 53.º do Acordo EEE – Coordenação de preços no EEE – Prática concertada – Intercâmbio de informações comerciais sensíveis – Competência territorial da Comissão – Direitos da defesa e do direito de ser ouvido – Intangibilidade do ato – Infração única e continuada – Restrição da concorrência por objeto – Orientações para o cálculo do montante das coimas de 2006 – Valor das vendas – Dever de fundamentação – Proporcionalidade – Igualdade de tratamento – Gravidade da infração – Circunstâncias atenuantes – Parágrafo 37 das orientações para o cálculo do montante das coimas de 2006 – Competência de plena jurisdição

Acórdão do Tribunal Geral de 29 de setembro de 2021, proferido no âmbito do Processo T-344/18; ECLI:EU:T:2021:637

Partes: Nippon Rubycon e Rubycon Holdings/Comissão

Descritores: Acordos, decisões e práticas concertadas – Mercado de condensadores eletrolíticos de alumínio e tântalo – Decisão que declara uma violação dos artigos 101.º TFUE e 53.º do Acordo EEE – Coordenação de preços no EEE – Multas – Imunidade parcial em matéria de coimas

– N.º 26 da Comunicação de cooperação de 2006 – Redução do valor da multa – Parágrafo 37 das orientações para o cálculo do montante das coimas de 2006 – Limite máximo de 10% do valor da coima – Competência de plena jurisdição

Acórdão do Tribunal Geral de 29 de setembro de 2021, proferido no âmbito do Processo T-343/18; ECLI:EU:T:2021:636

Partes: Tokin/Comissão

Descritores: Acordos, decisões e práticas concertadas – Mercado de condensadores eletrolíticos de alumínio e tântalo – Decisão que declara uma violação do artigo 101.º TFUE e do artigo 53.º do Acordo EEE – Coordenação de preços no EEE – Comunicação de denúncias – Orientações para o cálculo do montante das coimas de 2006 – Valor das vendas – Proporcionalidade – Igualdade de tratamento – Gravidade da infração – Circunstâncias atenuantes

Acórdão do Tribunal Geral de 29 de setembro de 2021, proferido no âmbito do Processo T-342/18; ECLI:EU:T:2021:635

Partes: Nichicon Corporation/Comissão

Descritores: Acordos, decisões e práticas concertadas – Mercado de condensadores eletrolíticos de alumínio e tântalo – Decisão que declara uma violação dos artigos 101.º TFUE e 53.º do Acordo EEE – Coordenação de preços no EEE – Prática concertada – Troca de informações comerciais sensíveis – Competência territorial da Comissão – Restrição da concorrência por objeto – Comunicação de acusações – N.º 13 das orientações para o cálculo do montante das coimas de 2006 – Valor das vendas – Dever de fundamentação – Proporcionalidade – Igualdade de tratamento – Infração única e continuada – Gravidade da infração – Distanciamento público – Circunstâncias atenuantes – Competência de plena jurisdição

Acórdão do Tribunal Geral de 29 de setembro de 2021, proferido no âmbito do Processo T-341/18; ECLI:EU:T:2021:634

Partes: Nec/Comissão

Descritores: Acordos, decisões e práticas concertadas – Mercado de condensadores eletrolíticos de alumínio e tântalo – Decisão que declara uma violação dos artigos 101.º TFUE e 53.º do Acordo EEE – Coordenação de preços no EEE – Imputação à empresa-mãe da infração cometida pela sua filial – Orientações para o cálculo do valor das coimas de 2006

– Gravidade da infração – Aumento do valor da coima por reincidência – Proporcionalidade – Competência de plena jurisdição

Acórdão do Tribunal de Justiça de 3 de junho de 2021, proferido no âmbito do Processo C-563/19 P; ECLI:EU:C:2021:428

Partes: Italm Recylex e o./Comissão

Descritores: Recurso de decisão do Tribunal Geral – Acordos, decisões e práticas concertadas – Mercado da reciclagem de baterias para automóveis – Comunicação sobre a cooperação de 2006 – Ponto 26 – Imunidade parcial – Elementos de facto adicionais que reforçam a gravidade ou a duração da infração – Elementos conhecidos da Comissão Europeia – Redução do montante da coima – Classificação para efeitos da redução – Ordem cronológica

Acórdão do Tribunal de Justiça de 15 de abril de 2021, proferido no âmbito do Processo C-694/19 P; ECLI:EU:C:2021:286

Partes: Italmobiliare e o./Comissão

Descritores: Acordos, decisões e práticas concertadas – Mercado de embalagens alimentares destinadas à venda a retalho – Responsabilidade pela conduta ilícita – Condições de concessão do benefício da imunidade – Orientações para o cálculo do montante das coimas de 2006 – Valor das vendas – Limite máximo da multa – Duração do procedimento administrativo – Prazo razoável – Capacidade de pagamento

Auxílios de Estado

Acórdão do Tribunal Geral de 29 de setembro de 2021, proferido no âmbito do Processo T-448/18; ECLI:EU:T:2021:626

Partes: Ryanair e o./Comissão

Descritores: Auxílios de Estado – Acordos celebrados pela Kärntner Flughafen Betriebsgesellschaft com a Ryanair e suas filiais Airport Marketing Services e Leading Verge.com – Serviços aeroportuários – Serviços de marketing – Decisão que declara o auxílio incompatível com o mercado interno e ordena a sua recuperação – Conceito de auxílio ao Estado – Responsabilização perante o Estado – Vantagem – Critério do investidor privado – Recuperação – Artigo 41.º da Carta dos Direitos Fundamentais – Direito de acesso ao processo – Direito de ser ouvido

Acórdão do Tribunal Geral de 29 de setembro de 2021, proferido no âmbito do Processo T-447/18; ECLI:EU:T:2021:625

Partes: TUIfly/Comissão

Descritores: Auxílios de Estado – Acordos celebrados pela Kärntner Flughafen Betriebsgesellschaft com as companhias aéreas Hapag Lloyd Express e TUIfly – Serviços aeroportuários – Serviços de marketing – Decisão que declara o auxílio incompatível com o mercado interno e ordena a sua recuperação – Vantagem – Teste do investidor privado – Artigo 41.º da Carta de Direitos fundamentais – Direito de acesso ao processo – Direito de ser ouvido

Acórdão do Tribunal Geral de 22 de setembro de 2021, proferido no âmbito do Processo T-639/14 RENV; ECLI:EU:T:2021:604

Partes: DEI/Comissão

Descritores: Auxílios de Estado – Tarifa de fornecimento de eletricidade – Fixação da tarifa faturada à Alouminion por decisão de um tribunal arbitral – Decisão de arquivamento – Decisão que constata a inexistência de auxílio – Ato contestável – Estatuto do interessado – Interesse em agir – Qualidade do ação – Admissibilidade – Responsabilidade para com o Estado – Vantagem – Princípio do operador privado – Dificuldades graves

Acórdão do Tribunal de Justiça de 16 de setembro de 2021, proferido no âmbito do Processo C-850/19 P; ECLI:EU:C:2021:740

Partes: FVE Holýšov I s. r. o. e o/ Comissão e o.

Descritores: Recurso – Auxílios de Estado – Regime de apoio às energias renováveis – Decisão que declara o regime de auxílios compatível com o mercado interno – Recurso de anulação

Acórdão do Tribunal de Justiça de 16 de setembro de 2021, proferido no âmbito do Processo C-337/19 P; ECLI:EU:C:2021:741

Partes: Comissão/Bélgica e Magnetrol International

Descritores: Recurso de decisão do Tribunal Geral – Auxílios de Estado – Regime de auxílios concedido pelo Reino da Bélgica – Isenção dos lucros excedentários – Decisão fiscal antecipada (tax ruling) – Prática administrativa constante – Regulamento (UE) 2015/1589 – Artigo 1.º, al. d) – Conceito de “regime de auxílios” – Conceito de “ato” – Conceito de “outras medidas de execução” – Definição dos beneficiários “de forma geral

e abstrata” – Recurso subordinado – Admissibilidade – Autonomia fiscal dos EstadosMembros

Acórdão do Tribunal Geral de 15 de setembro de 2021, proferido no âmbito do Processo T-777/19; ECLI:EU:T:2021:588

Partes: CAPA e o./Comissão

Descritores: Auxílios de Estado – Auxílios individuais a favor da exploração de parques eólicos marítimos – Obrigação de compra da eletricidade a um preço superior ao preço de mercado – Procedimento preliminar de exame – Decisão de não suscitar objeções – Recurso de anulação – Artigo 1.º, al. *b)* do Regulamento (UE) 2015/1589 – Qualidade de parte interessada – Empresas de pesca – Implantação dos parques em zonas de pesca – Relação de concorrência – Inexistência – Risco de afetação dos interesses das empresas de pesca pela concessão dos auxílios controvertidos – Inexistência – Inexistência de afetação direta e individual – Inadmissibilidade

Acórdão do Tribunal Geral de 15 de setembro de 2021, proferido no âmbito do Processo T-24/19; ECLI:EU:T:2021:586

Partes: INC e Consorzio Stabile Sis/Comissão

Descritores: Auxílios de Estado – Autoestradas italianas – Prorrogação de concessões para fins de execução de obras – Serviços de interesse económico geral – Limite máximo do custo das portagens – Decisão de não suscitar objeções – Artigo 106.º, n.º 2 TFUE – Recursos interpostos por concorrentes do beneficiário – Abandono do projeto de concessão do auxílio pelo Estado-Membro – Projeto insuscetível de ser executado tal como aprovado – Anulação que não proporciona benefícios aos recorrentes – Desaparecimento do interesse em agir – Não conhecimento do mérito

Acórdão do Tribunal Geral de 8 de setembro de 2021, proferido no âmbito do Processo T-328/18; ECLI:EU:T:2021:548

Partes: Naturgy Energy Group/Comissão

Descritores: Auxílios de Estado – Medida de incentivo ao ambiente adotada pela Espanha a favor das centrais elétricas a carvão – Decisão de dar início ao procedimento previsto no artigo 108.º, n.º 2 TFUE – Dever de fundamentação – Erro manifesto de apreciação – Caráter seletivo

Acórdão do Tribunal Geral de 8 de setembro de 2021, proferido no âmbito do Processo T-193/19; ECLI:EU:T:2021:558

Partes: Achema e Achema Gas Trade/Comissão

Descritores: Auxílios de Estado – Auxílio à Litgas para o fornecimento de uma quantidade mínima de GNL ao terminal de GNL localizado no porto marítimo de Klaipėda – Decisão de não levantar objeções – Proteção dos direitos processuais – Regulamento da União aplicável aos auxílios estatais sob a forma de compensação de serviço público – Serviço de interesse económico geral – Compensação por serviço de interesse económico geral – Custos relacionados com a evaporação – Custos de equilíbrio – Segurança do abastecimento – Artigo 14.º da Diretiva 2004/18/CE – Conjunto de indícios coerentes

Acórdão do Tribunal de Justiça de 2 de setembro de 2021, proferido no âmbito do Processo C-665/19 P; ECLI:EU:C:2021:667

Partes: NeXovation/Comissão

Descritores: Recurso de decisão do Tribunal Geral – Auxílios de Estado a favor do complexo do Nürburgring (Alemanha) – Decisão que declara os auxílios em parte incompatíveis com o mercado interno – Venda dos ativos dos beneficiários dos auxílios de Estado declarados incompatíveis – Processo de concurso aberto, transparente, não discriminatório e incondicional – Decisão que declara que o reembolso dos auxílios incompatíveis não se refere ao novo proprietário do complexo do Nürburgring e que este não beneficiou de um novo auxílio para a aquisição desse complexo – Admissibilidade – Qualidade de parte interessada – Pessoa individualmente afetada – Violação dos direitos processuais das partes interessadas – Dificuldades que exigem a abertura de um procedimento formal de investigação-Fundamentação

Acórdão do Tribunal de Justiça de 2 de setembro de 2021, proferido no âmbito do Processo C-647/19 P; ECLI:EU:C:2021:666

Partes: Ja zum Nürburgring eV/Comissão

Descritores: Recurso de decisão do Tribunal Geral – Auxílios de Estado – Auxílios a favor do complexo do Nürburgring (Alemanha) – Decisão que declara os auxílios parcialmente incompatíveis com o mercado interno – Venda dos ativos dos beneficiários dos auxílios de Estado declarados incompatíveis – Concurso público aberto, transparente, não discriminatório e incondicional – Decisão que declara que o reembolso

dos auxílios incompatíveis não se refere ao novo proprietário do complexo de Nürburgring e que este não beneficiou de um novo auxílio para a aquisição desse complexo – Admissibilidade – Qualidade de parte interessada – Pessoa individualmente afetada – Violação dos direitos processuais das partes interessadas – Dificuldades que exigem a abertura de um procedimento formal de investigação – Fundamentação – Desvirtuação das provas

Acórdão do Tribunal de Justiça de 2 de setembro de 2021, proferido no âmbito do Processo C-57/19 P; ECLI:EU:C:2021:663

Partes: Comissão/Tempus energy e Tempus Energy Technology

Descritores: Recurso de decisão do Tribunal Geral – Auxílios de Estado – Regime de auxílio – Artigo 108.º, n.ºs 2 e 3 TFUE – Regulamento (CE) n.º 659/1999 – Artigo 4.º, n.ºs 3 e 4 – Conceito de “dúvidas quanto à compatibilidade de uma medida notificada com o mercado comum” – Decisão de não levantar objeções – Procedimento formal de investigação não iniciado – Orientações relativas aos auxílios estatais à proteção ambiental e à energia 2014/2020 – Código de boas práticas para a condução dos procedimentos de controlo dos auxílios estatais – Contactos de “prénotificação” – Direitos processuais das partes interessadas – Mercado de capacidade de eletricidade no Reino Unido

Acórdão do Tribunal de Justiça de 15 de julho de 2021, proferido no âmbito do Processo C-453/19 P; ECLI:EU:C:2021:608

Partes: Deutsche Lufthansa AG/Comissão

Descritores: Recurso de decisão do Tribunal Geral – Auxílios de Estado – Auxílios a favor do complexo do «Recurso de decisão do Tribunal Geral – Auxílios de Estado – Auxílios concedidos a aeroportos e a companhias aéreas – 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 auxílios de Estado a favor das companhias aéreas que utilizam esse aeroporto – Inadmissibilidade de recurso de anulação – Artigo 263.º, quarto parágrafo TFUE – Pessoa singular ou coletiva não direta e individualmente afetada pela decisão de causa – Proteção jurisdicional efetiva

Acórdão do Tribunal Geral de 14 de julho de 2021, proferido no âmbito do Processo T-648/19; ECLI:EU:T:2021:428

Partes: Nike European Operations Netherlands e Converse Netherlands/Comissão

Descritores: Auxílios de Estado – Auxílios executados pelos Países Baixos a favor da Nike – Decisões fiscais antecipadas – Decisão de início do procedimento formal de investigação – Princípio da isenção de armas – Vantagem – Natureza seletiva – Igualdade de tratamento – Boa administração – Insuficiente exame preliminar – Dificuldades graves – Obrigação de razões de estado

Acórdão do Tribunal Geral de 14 de julho de 2021, proferido no âmbito do Processo T-677/20; ECLI:EU:T:2021:465

Partes: Ryanair e Laudamotion/Comissão (Austrian Airlines; Covid-19)

Descritores: Auxílios de Estado – Mercado alemão dos transportes aéreos – Empréstimo público garantido pela Alemanha a favor da Condor Flugdienst no âmbito da pandemia de COVID19 – Decisão de não levantar objeções – Auxílio destinado a reparar os danos causados por um acontecimento extraordinário – Artigo 107.º, n.º 2, al. b) TFUE – Avaliação dos danos – Nexo de causalidade – Dever de fundamentação – Manutenção dos efeitos da decisão

Acórdão do Tribunal Geral de 9 de junho de 2021, proferido no âmbito do Processo T-665/20; ECLI:EU:T:2021:344

Partes: Ryanair/Comissão (Condor; Covid-19)

Descritores: Auxílios de Estado – Mercado alemão dos transportes aéreos – Empréstimo público garantido pela Alemanha a favor da Condor Flugdienst no âmbito da pandemia de COVID19 – Decisão de não levantar objeções – Auxílio destinado a reparar os danos causados por um acontecimento extraordinário – Artigo 107.º, n.º 2, al. b) TFUE – Avaliação dos danos – Nexo de causalidade – Dever de fundamentação – Manutenção dos efeitos da decisão

Acórdão do Tribunal Geral de 9 de junho de 2021, proferido no âmbito do Processo T-47/19; ECLI:EU:T:2021:331

Partes: Dansk Erhverv/Comissão

Descritores: Auxílios de Estado – Venda de bebidas em lata a residentes estrangeiros, em estabelecimentos comerciais na fronteira na Alemanha

– Isenção de depósito na condição de as bebidas adquiridas serem consumidas fora do território alemão – Denúncia – Decisão da Comissão de não suscitar objeções – Recurso de anulação – Legitimidade – Admissibilidade – Pressupostos de abertura de um procedimento formal de investigação – Erro de direito – Dificuldades sérias – Conceito de “auxílio de Estado” – Recursos estatais – Inexistência de aplicação de uma coima

Acórdão do Tribunal Geral de 7 de julho de 2021, proferido no âmbito do Processo T-680/19; ECLI:EU:T:2021:412

Partes: Irish Wind Farmers’ Association e o./Comissão

Descritores: Auxílios de Estado – Setor da energia – Legislação irlandesa relativa à tributação da propriedade das sociedades – Método de cálculo do montante do imposto devido pelos produtores de eletricidade a partir de combustíveis fósseis – Queixa dos operadores de parques eólicos – Decisão que declara a ausência de auxílio de Estado – Não início do procedimento formal de investigação – Dificuldades graves – Direitos processuais das partes interessadas

Acórdão do Tribunal Geral de 2 de junho de 2021, proferido no âmbito do Processo T-223/18; ECLI:EU:T:2021:315

Partes: Casa Regina Apostolorum della Pia Società delle Figlie di San Paolo/Comissão

Descritores: Auxílios de Estado – Serviços de saúde – Subvenções diretas concedidas a hospitais públicos da Região do Lácio (Itália) – Decisão que declara a inexistência de auxílio de Estado – Recurso de anulação – Ato regulamentar que não inclui medidas de execução – Afetação direta – Admissibilidade – Dever de fundamentação – Conceito de atividade económica

Acórdão do Tribunal de Justiça de 20 de maio de 2021, proferido no âmbito do Processo C-128/19; ECLI:EU:C:2021:401

Partes: Azienda Sanitaria Provinciale di Catania/Assessorato della Salute della Regione Siciliana,

Descritores: Reenvio prejudicial – Auxílios de Estado – Setor agrícola – Abate de animais afetados por doenças infecciosas – Compensação dos criadores – Obrigações de notificação e de *standstill* – Artigo 108.º, n.º 3 TFUE – Conceitos de “auxílio existente” e de “novo auxílio” – Regulamento (CE) n.º 659/1999 – Isenções por categorias de auxílio – Regulamento (UE) n.º 702/2014 – Auxílios *de minimis* – Regulamento (UE) n.º 1408/2013

Acórdão do Tribunal Geral de 19 de maio de 2021, proferido no âmbito do Processo T-643/20; ECLI:EU:T:2021:286

Partes: Ryanair/Comissão (KLM; Covid-19)

Descritores: Auxílios de Estado – Países Baixos – Garantia de Estado para os empréstimos e o empréstimo subordinado do Estado a favor da KLM no âmbito da pandemia de COVID19 – Quadro temporário relativo a medidas de auxílio estatal – Decisão de não levantar objeções – Decisão que declara o auxílio compatível com o mercado interno – Auxílio concedido anteriormente a outra sociedade do mesmo grupo de empresas – Dever de fundamentação – Manutenção dos efeitos da decisão

Acórdão do Tribunal Geral de 19 de maio de 2021, proferido no âmbito do Processo T-628/20; ECLI:EU:T:2021:285

Partes: Ryanair/Comissão (Espanha; Covid-19)

Descritores: Auxílios de Estado – Espanha – Medidas de recapitalização destinadas a apoiar as empresas sistémicas e estratégicas para a economia espanhola perante a pandemia de COVID19 – Decisão de não levantar objeções – Quadro temporário dos auxílios de Estado – Medida destinada a sanar uma perturbação grave da economia de um Estado-Membro – Medida dirigida ao conjunto da economia de um Estado-Membro – Princípio da não discriminação – Livre prestação de serviços e liberdade de estabelecimento – Proporcionalidade – Critério do estabelecimento em Espanha dos beneficiários do auxílio – Não ponderação entre os efeitos benéficos do auxílio e os seus efeitos negativos sobre as condições das trocas comerciais e sobre a manutenção de uma concorrência não falseada – Artigo 107.º, n.º 3, al. b), TFUE – Conceito de “regime de auxílios” – Dever de fundamentação

Acórdão do Tribunal Geral de 19 de maio de 2021, proferido no âmbito do Processo T-465/20; ECLI:EU:T:2021:284

Partes: Ryanair/Comissão (TAP; Covid-19)

Descritores: Auxílios de Estado – Mercado português dos transportes aéreos – Auxílio concedido por Portugal à TAP devido à pandemia de COVID19 – Empréstimo de Estado – Decisão de não levantar objeções – Ponto 22 das Orientações relativas aos auxílios estatais de emergência e à reestruturação concedidos a empresas em dificuldade – Sociedade que faz parte de um grupo – Dificuldades específicas e que não resultam de uma afetação arbitrária dos custos dentro do grupo – Dificuldades demasiado

graves para serem resolvidas pelo próprio grupo – Dever de fundamentação – Manutenção dos efeitos da decisão

Acórdão do Tribunal Geral de 19 de maio de 2021, proferido no âmbito do Processo T-218/18; ECLI:EU:T:2021:282

Partes: Deutsche Lufthansa/Comissão

Descritores: Auxílios de Estado – Sector da aviação – Auxílios ao funcionamento concedidos pela Alemanha ao aeroporto de Frankfurt-Hahn – Decisão de não formular objeções – Recurso de anulação – Estatuto do interessado – Salvaguarda dos direitos processuais – Admissibilidade – Orientações relativas aos auxílios à aviação – Dúvidas quanto à compatibilidade dos auxílios com o mercado interno – Artigo 4.º, n.º 4 do Regulamento (UE) 2015/1589 – Dificuldades graves

Acórdão do Tribunal Geral de 12 de maio de 2021, proferido no âmbito do Processo T-816/17; ECLI:EU:T:2021:252

Partes: Luxemburgo/Comissão

Descritores: Auxílios de Estado – Auxílio concedido pelo Luxemburgo à Amazon – Decisão que declara o auxílio incompatível com o mercado interno e ilegal e que ordena a sua recuperação – Decisão fiscal antecipada (tax ruling) – Preço de transferência – Vantagem fiscal seletiva – Método de fixação dos preços de transferência – Análise funcional

Acórdão do Tribunal de Justiça de 12 de maio de 2021, proferido no âmbito do Processo C-11/20; ECLI:EU:C:2021:380

Partes: Comissão/República Helénica

Descritores: Incumprimento de Estado – Auxílios de Estado – Auxílios declarados ilegais e incompatíveis com o mercado interno – Artigo 108.º, n.º 2, segundo parágrafo TFUE – Mau tempo – Prejuízos sofridos pelos agricultores – Auxílios de compensação – Obrigação de recuperação – Obrigação de informação – Incumprimento

Acórdão do Tribunal Geral de 12 de maio de 2021, proferido no âmbito do Processo T-816/17; ECLI:EU:T:2021:252

Partes: Luxemburgo/Comissão

Descritores: Auxílios de Estado – Auxílio concedido pelo Luxemburgo à Amazon – Decisão que declara o auxílio incompatível com o mercado interno e ilegal e que ordena a sua recuperação – Decisão fiscal antecipada

(tax ruling) – Preço de transferência – Vantagem fiscal seletiva – Método de fixação dos preços de transferência – Análise funcional

Acórdão do Tribunal Geral de 12 de maio de 2021, proferido no âmbito do Processo T-516/18; ECLI:EU:T:2021:251

Partes: Luxemburgo/Comissão

Descritores: Auxílios de Estado – Auxílio concedido pelo Luxemburgo à Engie – Decisão que declara o auxílio incompatível com o mercado interno e ilegal e que ordena a sua recuperação – Decisões fiscais antecipadas (tax rulings) – Recursos estatais – Vantagem – Efeito combinado de duas medidas fiscais – Isenção dos rendimentos de participações – Tributação das distribuições de lucros – Abuso de direito – Caráter seletivo – Quadro de referência – Constatação de uma derrogação – Comparabilidade das situações – Regime mãefilial – Grupo de sociedades – Recuperação Harmonização indireta – Direitos processuais – Dever de fundamentação

Acórdão do Tribunal Geral de 5 de maio de 2021, proferido no âmbito do Processo T-561/18; ECLI:EU:T:2021:240

Partes: ITD e Danske Fragtmænd/Comissão

Descritores: Auxílios de Estado – Sector postal – Compensação da execução da obrigação de serviço universal – Decisão de não levantar objeções – Cálculo da compensação – Metodologia dos custos líquidos evitados – Tomada em consideração dos benefícios imateriais imputáveis ao serviço universal – Utilização dos fundos concedidos a título da compensação – Garantia pública do pagamento de indemnizações por despedimento em caso de insolvência – Isenção do IVA para certas operações efetuadas pelo prestador do serviço universal – Repartição contabilística dos custos comuns às atividades abrangidas pelo serviço universal e às não abrangidas por esse serviço – Entrada de capital de uma empresa pública para evitar a insolvência da sua filial – Denúncia de um concorrente – Decisão que declara a inexistência de auxílio de Estado no termo da fase de análise preliminar – Auxílio existente – Concessão periódica de vantagens – Imputabilidade ao Estado – Critério do investidor privado

Acórdão do Tribunal de Justiça de 29 de abril de 2021, proferido no âmbito do Processo C-890/19 P; ECLI:EU:C:2021:345

Partes: Fortischem a.s./Comissão e o.

Descritores: Recurso – Auxílios de Estado – Vantagem – Recuperação – Continuidade económica

Acórdão do Tribunal de Justiça de 29 de abril de 2021, proferido no âmbito do Processo C-847/19 P; ECLI:EU:C:2021:343

Partes: Achemos Grupè e Achema/Comissão

Descritores: Recurso de recurso – Auxílios de Estado – Decisão de não levantar objeções – Artigo 108.º TFUE – Direitos das partes interessadas – Princípio da boa administração – Investigação diligente e imparcial – Âmbito da fiscalização do Tribunal Geral – Dever de fundamentação

Acórdão do Tribunal de Justiça de 29 de abril de 2021, proferido no âmbito do Processo C-704/19; ECLI:EU:C:2021:342

Partes: Comissão/Espanha (TNT en Castille-La Manche)

Descritores: Recurso de recurso – Auxílios de Estado – Decisão de não formular objeções – Artigo 108.º TFUE – Direito de Incumprimento de Estado – Auxílios de Estado – Auxílio à implantação da televisão digital terrestre em zonas remotas e menos urbanizadas da Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha (Comunidade Autónoma de Castela-La Mancha, Espanha) – Decisão (UE) 2016/1385 – Auxílio ilegal e incompatível com o mercado interno – Incumprimento no prazo estabelecido

Acórdão do Tribunal Geral de 14 de abril de 2021, proferido no âmbito do Processo T-388/20; ECLI:EU:T:2021:196

Partes: Ryanair/Comissão (Finnair I; Covid-19)

Descritores: Auxílios de Estado – Mercado finlandês do transporte aéreo – Auxílio concedido pela Finlândia à Finnair no contexto da pandemia de COVID19 – Garantia do Estado associada a um empréstimo – Decisão de não levantar objeções – Quadro temporário das medidas de auxílio de Estado – Medida destinada a sanar uma perturbação grave da economia de um Estado-Membro – Não ponderação dos efeitos benéficos do auxílio com os seus efeitos negativos nas condições das trocas comerciais e na manutenção de uma concorrência não falseada – Igualdade de tratamento – Liberdade de estabelecimento – Livre prestação de serviços – Dever de fundamentação

Acórdão do Tribunal Geral de 14 de abril de 2021, proferido no âmbito do Processo T-379/20; ECLI:EU:T:2021:195

Partes: Ryanair/Comissão (SAS, Suède; Covid-19)

Descritores: Auxílios de Estado – Mercado sueco do transporte aéreo – Auxílio concedido pela Suécia a favor de uma companhia aérea no quadro da pandemia de COVID19 – Garantia – Decisão de não levantar objeções – Compromissos que condicionam a compatibilidade dos auxílios com o mercado interno – Auxílio destinado a remediar os danos causados por um acontecimento extraordinário – Liberdade de estabelecimento – Livre prestação de serviços – Igualdade de tratamento – Dever de fundamentação

Acórdão do Tribunal Geral de 14 de abril de 2021, proferido no âmbito do Processo T-378/20; ECLI:EU:T:2021:194

Partes: Ryanair/Comissão (SAS, Danemark; Covid-19)

Descritores: Auxílios de Estado – Mercado dinamarquês do transporte aéreo – Auxílio concedido pela Dinamarca a favor de uma companhia aérea no quadro da pandemia de COVID19 – Garantia – Decisão de não levantar objeções – Compromissos que condicionam a compatibilidade dos auxílios com o mercado interno – Auxílios destinados a remediar os danos causados por um acontecimento extraordinário – Liberdade de estabelecimento – Livre prestação de serviços – Igualdade de tratamento – Dever de fundamentação

Acórdão do Tribunal Geral de 14 de abril de 2021, proferido no âmbito do Processo T-300/19; ECLI:EU:T:2021:191

Partes: Achema e Lifosa/Comissão

Descritores: Auxílios de Estado – Mercado da eletricidade produzida a partir de fontes de energia renovável – Auxílios ao funcionamento – Decisão que declara um regime de auxílio compatível com o mercado interno no termo da fase preliminar de exame – Artigo 107.º, n.º 3, al. c) TFUE – Violação dos direitos processuais – Enquadramento comunitário de 2008 dos auxílios estatais a favor do ambiente – Orientações de 2014 relativas a auxílios estatais à proteção ambiental e à energia 2014-2020 – Artigo 30.º TFUE – Artigo 110.º TFUE – Conjunto de indícios concordantes

Acórdão do Tribunal Geral de 14 de abril de 2021, proferido no âmbito do Processo T-69/18; ECLI:EU:T:2021:189

Partes: Verband Deutscher Alten und Behindertenhilfe e CarePool Hannover/Comissão

Descritores: Auxílios de Estado – Ação social independente – Subvenções concedidas às associações de um agrupamento regional de ação caritativa – Rejeição de uma denúncia – Decisão de não levantar objeções no final da fase de análise preliminar – Recurso de anulação – Qualidade de parte interessada – Salvaguarda dos direitos processuais – Afetação substancial da posição concorrencial – Admissibilidade – Inexistência de dificuldades sérias – Inexistência de alteração substancial de um auxílio existente

Concentrações

Acórdão do Tribunal Geral de 22 de setembro de 2021, proferido no âmbito do Processo T-425/18; ECLI:EU:T:2021:607

Partes: Altice Europe/Comissão

Descritores: Concentrações – Setor das telecomunicações – Decisão que aplica coimas pela realização de uma operação de concentração antes da sua notificação e da sua autorização – Artigo 4.º, n.º 1, artigo 7.º, n.º 1, e artigo 14.º do Regulamento (CE) n.º 139/2004 – Segurança jurídica – Confiança legítima – Princípio da legalidade – Presunção de inocência – Proporcionalidade – Gravidade das infrações – Execução das infrações – Troca de informações – Montante das coimas – Competência de plena jurisdição

NOTAS CURRICULARES

JOÃO LOPES

João Lopes é especialista de concorrência sénior na Autoridade da Concorrência, na qual está ao serviço desde 2004, tendo experiência em análise de práticas restritivas de concorrência, operações de concentração e de auxílios de Estado. É Doutorado em Economia pelo ISCTE, Mestre em Economia pelo ISEG e Licenciado em Economia pela Faculdade de Economia da Universidade Nova de Lisboa.

João Lopes is a senior competition expert at the Portuguese Competition Authority, where he works since 2004. He has experience in competition restrictive practices, merger analysis and state aid. He holds a PhD in Economics from ISCTE – University Institute of Lisbon, a Master in Economics from ISEG – Lisbon School of Economics & Management, and an Economics Degree from Nova School of Business & Economics.

LISA PINTO FERREIRA

Advogada e consultora jurídica com vasta experiência no setor da energia, em especial, em eficiência energética, renováveis e gás natural. Após exercer advocacia na *Miguel Galvão Teles, João Soares da Silva & Associados* (estagiária e associada) e na *Sérvulo Correia & Associados* (associada e sócia de indústria), foi adjunta do Secretário de Estado da Energia, assessora do Diretor-Geral de Energia e Geologia e diretora do departamento jurídico da Agência Nacional de Energia, onde criou os departamentos jurídico e de contratação pública. No exercício destas funções, elaborou várias peças legislativas relevantes no domínio da energia, incluindo o Plano Nacional de Ação para as Energias Renováveis e o Plano Nacional de Ação para a Eficiência Energética, implementou o operador logístico de mudança de comercializador de eletricidade e gás natural e esteve ativamente envolvida na transposição da Diretiva (UE) 2018/844 relativa ao desempenho energético dos edifícios. É licenciada em Direito, pós-graduada em Direito Administrativo e concluiu a primeira fase do mestrado em Direito Público da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. É também certificada pela *Florence School of Regulation* (master level em 2020 e 2021).

Lawyer and legal adviser with an extensive track record in the energy sector, notably in energy efficiency, renewables, and natural gas. After working as a lawyer at Miguel Galvão Teles, João Soares da Silva & Associados (trainee and associate) and Sêrvulo Correia & Associados (associate and junior partner), she was deputy to the Secretary of State for Energy, adviser to the Director-General for Energy and Geology and head of legal of the National Energy Agency, where she established both the legal and the public procurement departments. In such roles, she drafted several main energy legislation pieces, including the National Action Plan for Renewable Energy and the National Action Plan for Energy Efficiency, implemented the logistics operator for switching electricity and gas supplier, and was actively involved in the transposition of Directive (EU) 2018/844 on the energy performance of buildings. She holds a Law degree, a post-graduation degree in Administrative Law and completed the first phase of the master's programme in Public Law at the Faculty of Law of the University of Lisbon. She is also certified by the Florence School of Regulation (master level in 2020 and 2021).

MIGUEL SOUSA FERRO

Miguel Sousa Ferro é Professor na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, onde leciona cadeiras no Departamento de Ciências Jurídico-Económicas. As suas áreas de especialização principais são o Direito Europeu, Direito da Concorrência e Direito Nuclear. Obteve o seu doutoramento e licenciatura da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e um LL.M em Estudos Europeus do Colégio da Europa. É advogado e sócio gerente da Sousa Ferro & Associados. Co-coordenador da obra recentemente publicada pela Oxford University Press, “The EU Antitrust Damages Directive: Transposition in the Member States”, e autor do livro “Market Definition in EU Competition Law”, publicado pela Edward Elgar.

Miguel Sousa Ferro is a Professor at the University of Lisbon Law School, where he lectures courses within the Economic Law Department. His main areas of specialization are EU Law, Competition Law and Nuclear Law. He obtained his PhD and his undergraduate degree from the University of Lisbon, and an LL.M in European Studies from the College of Europe. He is a practising lawyer, Managing Partner at Sousa Ferro & Associados. He has published widely with national and international publishers and periodicals, including the books “The EU Antitrust Damages Directive: Transposition in the Member States” (Oxford University Press) and “Market Definition in EU Competition Law” (Edward Elgar).

NUNO CUNHA RODRIGUES

Nuno Cunha Rodrigues é Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDL) e titular de uma Cátedra Jean Monnet conferida pela Comissão Europeia. Advogado. Licenciado, Mestre e Doutor em Direito pela FDL. Lecionou em diversas Faculdades de Direito em Portugal e no estrangeiro. Publicou diversos livros e artigos científicos nas áreas do Direito da União Europeia; Direito da Concorrência; Contratação Pública e Finanças Públicas.

Nuno Cunha Rodrigues is an Associate Professor at the Faculty of Law of the University of Lisbon (FDL) and holder of a Jean Monnet Chair granted by the European Commission. Attorney. Bachelor, Master in Law and PhD in Law (FDL). He has taught at several Law Faculties both in Portugal and abroad. He has published several books and scientific articles in the areas of EU Law; Competition Law; Public Procurement and Public Finance.

NUNO RICARDO PICA DOS SANTOS

Doutorando em Direito, especialidade de Ciências Jurídico-Criminais, Mestre em Ciências Jurídico-Forenses e Licenciado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL). Licenciado em Ciências Policiais pelo Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna (ISCPSI). Assistente convidado no ISCPSI e assistente de investigação no Centro de Investigação do ISCPSI (ICPOL). Oficial de polícia na Polícia de Segurança Pública. *National Research and Science Correspondent* (AGO2015 a OUT2017) e membro do *Expert Group on Fundamental Rights* (2021) na *European Union Agency for Law Enforcement Training* (CEPOL).

PhD student in Law (Legal-Criminal Sciences), Master's degree in Legal-Forensic Sciences and Bachelor's degree in Law (University of Lisbon School of Law). Bachelor's degree in Police Sciences (Higher Institute of Police Sciences and Internal Security). Guest lecturer at the Higher Institute of Police Sciences and Internal Security and researcher at the ICPOL. Senior police officer (Portuguese Public Security Police). National Research and Science Correspondent (from August 2015 to October 2017) and member of the CEPOL Expert Group on Fundamental Rights (2021) at the European Union Agency for Law Enforcement Training (CEPOL).

REVISTA DE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO

ÍNDICE TEMÁTICO CONSOLIDADO – N.ºS 1 a 45

- Concorrência – Questões gerais
 - *Questões processuais*
 - *Private enforcement*
 - *Nemo tenetur se ipsum accusare*
 - *Outros*
- Concorrência – Práticas restritivas
 - *Geral*
 - *Abuso de posição dominante*
 - *Restrições verticais*
 - *Restrições horizontais*
- Concorrência – Controlo de concentrações
- Concorrência – Auxílios de Estado
- Financeiro e bancário
- Seguros
- Comunicações eletrónicas
- Energia
- Saúde
- Autoridades Reguladoras e Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
- Regulação do comércio e concorrência desleal
- Contratação pública
- Direito contraordenacional e processual penal
- Ambiente
- Transportes
- 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>

38	Marta Campos	<i>Competência do TCRS em relação à intervenção do Ministério Público na fase organicamente administrativa do processo de contraordenação por práticas restritivas da concorrência</i>
39	Marta Campos	<i>Right of Defence – Article 3 of the ECN+ Directive</i>
40	Irene Moreno-Tapia & Victoria Rivas	<i>Some Thoughts About Fundamental Rights and the ECN+ Directive</i>
41	Daniel Favoretto Rocha	<i>Acordos substitutivos como precedentes administrativos: desafios do CADE e lições para o direito concorrencial europeu</i>
41	Dani de Sousa Moreira	<i>Programas de clemência: a experiência norte-americana versus a experiência europeia</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, Bundeswettbewerbshbehörde 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>
40	Guilherme Oliveira e Costa	<i>Otis: another brick in the wall of EU Competition Law's private enforcement</i>
44	Marcelo Sequeira de Sousa	<i>Acórdão do Tribunal de Justiça de 24 de novembro de 2020, Processo C-59/19, Wikingerhof GmbH & Co. Kg v. Booking.com BV</i>
45	Nuno Alexandre Pires Salpico	<i>A operacionalidade do private enforcement do direito da concorrência – dissuasão, ações coletivas e third-party litigation funding</i>

Nemo tenetur se ipsum accusare

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
1	Paulo de Sousa Mendes	<i>As garantias de defesa no processo sancionatório especial por práticas restritivas da concorrência confrontadas com a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem</i>
1	Helena Gaspar Martinho	<i>O direito ao silêncio e à não auto-incriminação nos processos sancionatórios do Direito da concorrência – Uma análise da jurisprudência comunitária</i>
1	Vânia Costa Ramos	<i>Nemo tenetur se ipsum accusare e concorrência – Jurisprudência do Tribunal de Comércio de Lisboa</i>
1	Catarina Anastácio	<i>O dever de colaboração no âmbito dos processos de contra-ordenação por infração às regras de defesa da concorrência e o princípio nemo tenetur se ipsum accusare</i>
1	Augusto Silva Dias	<i>O direito à não-inculpação no âmbito das contra-ordenações do Código dos Valores Mobiliários</i>
11-12	Diana Alfafar	<i>O dever de colaboração e o nemo tenetur se ipsum accusare no direito sancionatório da concorrência</i>
23-24	Angélica Rodrigues Silveira	<i>“Nemo tenetur se ipsum accusare” e o dever de colaboração: análise do caso Web c. Áustria da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos</i>
31	Tiago Costa Andrade	<i>Nemo tenetur se ipsum accusare: um novo olhar a partir do Direito da Concorrência, no sentido da sua extensão ao processo contra-ordenacional e às pessoas colectivas</i>

- 36 Marta Campos *De novo o direito à não autoincriminação em processos de contraordenação por práticas restritivas da concorrência contra pessoas coletivas*
-

Outros

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
1	João Espírito Santo Noronha	<i>Algumas reflexões na perspectiva de uma reforma da Lei da Concorrência</i>
1	Luís Silva Morais	<i>Evolutionary Trends of EC Competition Law – Convergence and Divergence with US Antitrust Law in a Context of Economic Crisis</i>
5	Gonçalo Anastácio	<i>Aspectos normativos decisivos para a modernização do direito da concorrência em Portugal</i>
7-8	Fernando Herren Aguillar/ Diogo R. Coutinho	<i>A evolução da legislação antitruste no Brasil</i>
7-8	Vinícius Marques de Carvalho/Ricardo Medeiros de Castro	<i>Política industrial, campeões nacionais e antitruste sob a perspectiva brasileira: Uma avaliação crítica</i>
10	João Espírito Santo Noronha	<i>A aplicação no tempo do novo Regime Jurídico da Concorrência</i>
10	Paulo de Sousa Mendes	<i>O contencioso da concorrência: Balanço e perspetivas em função da reforma do direito da concorrência português</i>
19	Lúcio Tomé Feteira	<i>Entre eficiência e desenvolvimento: Reflexões sobre o Direito da Concorrência nos países em vias de desenvolvimento</i>
22	Francisco Portugal	<i>Impact of taxes on competition: the legal status quo in the European Union</i>
23-24	António Ferreira Gomes	<i>IV Conferência de Lisboa sobre Direito e Economia da Concorrência: discursos de abertura e de encerramento</i>
26	Miguel Moura e Silva	<i>As operações sobre valores mobiliários e o direito da concorrência</i>
27-28	Mary Catherine Lucey	<i>Economic crisis and competition law in Ireland and Portugal</i>
33-34	Peter Freeman	<i>Things are not what they were – Competition Law in a changing context</i>

33-34	Bruno de Zêzere Barradas	<i>Blockchain e Concorrência – Um novo horizonte de aplicação?</i>
33-34	Danilo Sérgio de Souza	<i>Direito da concorrência e inovação. O uso da tecnologia blockchain e possíveis implicações concorrenciais</i>
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>
38	Carlos Pinto Correia	<i>A propósito dos dez anos do Círculo dos Advogados Portugueses de Direito da Concorrência</i>
38	Margarida Matos Rosa	<i>Concorrência e política industrial</i>
38	Ana Ferreira Neves	<i>Impacto do e-commerce na política de concorrência</i>
39	Margarida Rosado da Fonseca	<i>Amendment of the Competition Act. Notes on past experience on the timing, milestones and scope</i>
39	Tânia Luísa Faria	<i>Review of the Portuguese Competition Act – The Seven Year Itch</i>
40	João Torres	<i>Opportunities and challenges</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>
38	Eduardo Maia Cadete	<i>Artigo 101.º, law in books, law in action e o mundo real</i>
38	João Pateira Ferreira	<i>Old classics die hard. A few comments on vertical restraints as object infringements</i>

Abuso de posição dominante

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
1	João E. Gata/Jorge Rodrigues	<i>Uma perspectiva económica sobre abuso de posição dominante – A distribuição de gelados de impulso a nível europeu</i>
1	Miguel Moura e Silva	<i>A tipificação do abuso de posição dominante enquanto ilícito contra-ordenacional</i>
5	Ioannis Kokkoris	<i>Should the Dominance Test Have Been Changed?</i>

5	António Pedro Santos	<i>Acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de Fevereiro de 2011 no Processo C-52/09, Telia-Sonera (Abuso de posição dominante sob a forma de esmagamento de margens pela empresa TeliaSonera)</i>
6	Damien Neven/Hans Zenger	<i>Some remarks on pricing abuses and exclusionary conduct</i>
6	João Ilhão Moreira	<i>Preços predatórios: Encontros e desencontros de jurisprudência e pensamento económico</i>
7-8	Vicente Bagnoli	<i>Um balanço crítico do desenvolvimento da política de concorrência no Brasil nos últimos 15 anos e o início da repressão das condutas unilaterais – Abuso de posição dominante</i>
7-8	Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo	<i>A eficácia jurídica da norma de preço abusivo</i>
9	Miguel Moura e Silva	<i>Os abusos de exploração sobre os consumidores: Uma revolução silenciosa no novo regime nacional de proibição do abuso de posição dominante?</i>
14-15	Konstantina Bania	<i>Abuse of dominance in online search: Google's special responsibility as the new bottleneck for content access</i>
14-15	Lucas Saretta Ferrari	<i>Google e o direito europeu da concorrência: abuso de posição dominante?</i>
29	Tânia Luísa Faria	<i>Direito da concorrência e big data: ponto da situação e perspectivas</i>
37	John Davies & Jorge Padilla	<i>Another look at the role of barriers to entry in excessive pricing cases</i>
38	Luís do Nascimento Ferreira	<i>Breve apontamento sobre os desafios das plataformas digitais em processos de abuso de posição dominante</i>

Restrições verticais

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
4	Miguel Gorjão-Henriques / Miguel Sousa Ferro	<i>The latest reform of EU Competition Law on Vertical Restraints</i>
4	Laurence Idot	<i>La pratique de l'Autorité française de concurrence en matière de restrictions verticales</i>

4	Ioannis Lianos	<i>Upfront access payment, category management and the new regulation of vertical restraints in EU Competition Law: importing the retail side of the story</i>
5	Jean-François Bellis	<i>The new EU rules on vertical restraints</i>
7-8	Paula Vaz Freire	<i>O poder de compra e as restrições verticais determinadas pela procura</i>
7-8	Nuno Cunha Rodrigues	<i>Acórdão do Tribunal de Justiça de 4 de outubro de 2011, nos Processos C-403/08 e C429/08, Murphy Football Association Premier League Ltd e o. / QC Leisure e o. e Karen Murphy / Media Protection Services Ltd</i>
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>
45	Sofia Villas-Boas	<i>Bringing competition law into the digital era – selective distribution and marketplace bans: what should change?</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 infrações pelo objecto do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia na jurisprudência da União Europeia</i> |
| 6 | Cristina Camacho/Jorge Rodrigues | <i>Using Economic Evidence in Cartel Cases: A Portuguese Case Study</i> |
| 6 | João Pateira Ferreira | <i>A aplicação da Lei da Concorrência às decisões de associações de empresas na jurisprudência do Tribunal do Comércio de Lisboa</i> |
| 13 | Imelda Maher | <i>The New Horizontal Guidelines: Standardisation</i> |
| 13 | Margarida Caldeira | <i>Acórdão do Tribunal de Justiça de 28 de fevereiro de 2013, no Processo C-1/12, Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas v. Autoridade da Concorrência – Aplicação das regras de concorrência a ordens profissionais</i> |
| 16 | Margarida Caldeira | <i>Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 7 de janeiro de 2014 e Decisão Sumária do Tribunal Constitucional de 21 de maio de 2014, Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas contra Autoridade da Concorrência</i> |
| 18 | João Cardoso Pereira | <i>Judgment of the Court (Third Chamber) of 11 September 2014, Groupement des cartes bancaires (CB) v European Commission (Groupement des Cartes Bancaires: Reshaping the Object Box)</i> |
| 19 | Margarida Caldeira | <i>Acórdão do Tribunal Constitucional de 16 de Dezembro de 2014, Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas contra Autoridade da Concorrência – Aplicação das regras de concorrência a ordens profissionais e foro competente</i> |
| 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>
39	João E. Gata	<i>Controlling Algorithmic Collusion: Short Review of the Literature, Undecidability, and Alternative Approaches</i>
41	Nuno Alexandre Pires Salpico	<i>As restrições à concorrência nas plataformas de cartões de pagamento através das interchange fees</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 Bayão 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 média: 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>
38	Joaquim Caimoto Duarte	<i>Inovação e controlo de concentrações – breves notas sobre a sua prática em Portugal</i>
39	Thomas Hoehn	<i>Challenges in Designing and Implementing Merger Remedies – A Monitoring Trustee Perspective</i>
39	Simone Maciel Cuiabano	<i>Análise Alternativa de Fusões: Indicadores de Preços x Definição de Mercado Relevante</i>
39	Nuno Rocha de Carvalho	<i>European Champions vs. Real Champions: What will it cost you?</i>
41	Rita Prates	<i>Partial implementation and gun-jumping, how original. what will they think of next? – Chapter Two</i>
44	Rita Prates & Ricardo Bayão Horta	<i>Cooperation in multijurisdictional merger fillings – the ECA notice mechanism</i>
45	Tânia Luísa Faria, Margot Lopes Martins & Mariana Viana Pedreira	<i>New trends in merger control: the baby, the bathwater, uncertain outlooks and eternal returns</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>
42-43	Miguel Mendes Pereira & Carla Marcelino	<i>Regras sobre auxílios de estado em tempos pandémicos: flexão ou torção?</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>Imputación objetiva en el derecho penal económico: el alcance del riesgo permitido. Reflexiones sobre la conducta típica en el derecho penal del mercado de valores e instrumentos financieros y de la corrupción entre particulares</i>
17	Joseph Dale Mathis	<i>European Payment Services: How Interchange Legislation Will Shape the Future of Retail Transactions</i>

18	José Gonzaga Rosa	<i>Shadow Banking – New Shadow Entities Come to Light</i>
18	Pedro Lobo Xavier	<i>Das medidas de resolução de instituições de crédito em Portugal – análise do regime dos bancos de transição</i>
18	Sofia Brito da Silva	<i>A notação de risco da dívida soberana: O exercício privado de um serviço de interesse público</i>
20-21	Pablo Galain Palermo	<i>Lavado de activos en Uruguay: una visión criminológica</i>
20-21	Sérgio Varela Alves	<i>Da participação da Banca em Sociedades não Financeiras: Mais do que allfinance</i>
20-21	Rute Saraiva	<i>Um breve olhar português sobre o modelo de supervisão financeira em Macau</i>
20-21	Luís Pedro Fernandes	<i>Dos sistemas de Microcrédito na Lusofonia: Problemas e soluções</i>
20-21	Daniela Pessoa Tavares	<i>O segredo bancário na legislação bancária de Angola, Cabo Verde e Moçambique</i>
20-21	Raluca Ghiurco	<i>As instituições de supervisão financeira em Moçambique</i>
20-21	Francisco Mário	<i>Supervisão bancária no sistema financeiro Angolano</i>
20-21	Catarina Balona/João Pedro Russo	<i>O Banco de Cabo Verde – Principais aspetos orgânicos e funcionais</i>
20-21	José Gonzaga Rosa	<i>União Económica e Monetária da África Ocidental: uma boa ideia, com uma execução pobre</i>
20-21	Tiago Larsen	<i>Regulação bancária na Guiné-Bissau</i>
23-24	Luís Guilherme Catarino	<i>“Fit and Proper”: o controlo administrativo da idoneidade no sector financeiro</i>
23-24	Margarida Reis	<i>A idoneidade dos membros dos órgãos de administração e fiscalização das instituições de crédito</i>
23-24	Inês Serrano de Matos	<i>“Debt finance”: as obrigações como engodo do investidor e a informação externa como um meio de tutela daquele</i>
23-24	João Andrade Nunes	<i>Os deveres de informação no mercado de valores mobiliários: o prospeto</i>
23-24	João Vieira dos Santos	<i>A união dos mercados de capitais e o Sistema Europeu de Supervisão Financeira</i>
27-28	Bruno Miguel Fernandes	<i>A garantia de depósitos bancários</i>
29	Álvaro Silveira de Meneses	<i>Leading the way through: the role of the European Central Bank as pendulum, shield and supervisor of the euro area</i>

31	Miguel da Câmara Machado	<i>Problemas, paradoxos e principais deveres na prevenção do branqueamento de capitais</i>
33-34	Katerina Lagaria	<i>Towards a single capital markets supervisor in the EU: the proposed extension of ESMA's supervisory powers</i>
33-34	Ivana Souto de Medeiros	<i>A resolução bancária e a salvaguarda do erário público na União Europeia: do bail-out ao bail-in</i>
33-34	Lucas Catharino de Assis	<i>A liberdade de circulação de capitais e a necessidade de se garantir a eficácia dos controlos fiscais nas situações envolvendo Estados terceiros</i>
33-34	Frederico Machado Simões	<i>Sobre o novo regime do concurso de infrações no Código dos Valores Mobiliários e o Princípio do Ne Bis in Idem</i>
39	Lara Tobías Peña, José Luís Rodríguez López & Pedro Hinojo González	<i>Fintech and its Implications for Competition and Regulation</i>
40	Luís Guilherme Catarino	<i>Ofertas Públicas de Criptomoedas: FinTech, Tokens, Smart Contracts, Blockchain, and all that jazzz...</i>
40	Armando Sumba	<i>A Regulação e Supervisão de Instituições de Microfinanças na África Ocidental</i>
41	Joana Vaz Baptista	<i>A adoção de sanções pecuniárias compulsórias pelo Banco Central Europeu no âmbito do Mecanismo Único de Supervisão</i>
45	Luís Catarino	<i>A cooperação na supervisão financeira da união do mercado de capitais – entre o experimentalismo e a governance</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>
44	Edson da Graça Francisco Macuácuca & Octávio de Jesus Gonçalves	<i>Regime jurídico da regulação do setor de petróleo e gás em Moçambique</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>
42-43	Joaquim Miranda Sarmento & Diogo Nunes da Silva	<i>A eficiência dos hospitais em regime PPP em Portugal</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 *Âmbito e desafios do controlo jurisdicional do Tribunal da Concorrência Regulação e Supervisão: a vida íntima dos processos*
- 30 Miguel Sousa Ferro *Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão: uma análise jurídico-económica no seu 5.º aniversário*
- 30 Pedro Marques Bom & Ana Cruz Nogueira *Cinco anos, cinco desafios*
- 30 Pedro Portugal Gaspar & Helena Sanches *Deverão os recursos de todas as decisões contraordenacionais adotadas pela ASAE caírem na jurisdição do TCRS?*
- 30 Ricardo Gonçalves & Ana Lourenço *Uma proposta de avaliação de impacto da criação do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão*
- 30 Sofia Nogueira da Silva, Nuno Castro Marques & Álvaro Moreira da Silva *O Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão: visão da regulação em saúde*
- 33-34 Raúl Vieira da Silva *A independência orçamental das entidades reguladoras à luz da nova lei-quadro*
- 33-34 Miguel Pena Machete & Catarina Pinto Xavier *Autoridade da Concorrência – dividir para reinar?*
- 33-34 Vicente Bagnoli *Business strategies to improve antitrust compliance in Brazil and the approach of CADE to advocacy: the Car Wash investigation*
- 35 Fernando Pereira Ricardo *As cativações e a autonomia administrativa e financeira das entidades reguladoras independentes (e da AdC em particular)*
- 42-43 José Luís da Cruz Vilaça & Mariana Martins Pereira *Parental liability under the ECN+ Directive and its extension to accessory sanctions*
- 42-43 André Veloso Pedrosa, Francisco Espregueira Mendes & Rui Mesquita Guimarães *O controlo das práticas restritivas da concorrência – nothing else matters?*
- 42-43 Luís Henrique *A transposição da Diretiva ECN+ e o seu impacto no ordenamento jurídico nacional*
- 42-43 Joaquim Vieira Peres & Luís Nascimento Ferreira *Água mole em pedra dura... mais um retoque na noção de empresa*
- 42-43 Nuno Ruiz *A ECN+ não basta*
- 42-43 Luís Silva Morais & Lúcio Tomé Feteira *Algumas notas sobre a Diretiva ECN+ e o seu processo de transposição para o ordenamento nacional*

42-43	Miguel Pena Machete, Catarina Pinto Xavier & Beatriz Belo	<i>Direito da concorrência: a necessária reforma por força da Diretiva ECN+</i>
42-43	João Pateira Ferreira	<i>The ECN@2.0. System failure ahead?</i>
44	Gonçalo Anastácio	<i>Projeto de transposição da Diretiva ECN+</i>
44	Inês Neves	<i>On the concept of “court or tribunal” for the purposes of article 267 of the TFEU: the status of National Competition Authorities, after the judgement of the Court of Justice in Case C-462/19</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>

38	Fernando Batista	<i>Apresentação de propostas, num mesmo procedimento concorrencial, por operadores económicos ligados entre si</i>
45	Joaquim Caimoto Duarte & Rui Mesquita Guimarães	<i>Há concorrência e concorrência em contratação pública – uma primeira abordagem à recente comunicação da comissão europeia (2021/C 91/01)</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>

42-43	José Francisco Veiga	<i>O acórdão n.º 123/2018 do Tribunal Constitucional e as suas declarações de voto: breves notas ao efeito da impugnação das decisões contra ordenacionais de entidades reguladoras</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>Accessoriedade 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 Sarmiento	<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>
38	Luís Catarino	<i>Segredos da Administração: segredos de supervisão e de sanção</i>
42-43	Miguel Pena Machete & Marlene Sennewald Sippel	<i>Crise do princípio da primazia do direito da União Europeia: algumas considerações sobre o acórdão do Tribunal Constitucional Alemão de 5 de maio de 2020</i>

REVISTA DE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO

1. A *Revista de Concorrência e Regulação* (C&R) está aberta à colaboração dos seus Leitores, pelo que aceita para publicação artigos (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 caracteres, 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

Floriano Marques

François Souty

Frederic Jenny

Geraldo Prado

Gerhard Dannecker

Germano Marques da Silva

Giorgio Monti

Harry First

Heike Schweitzer

Ioannis Kokkoris

João Ferreira do Amaral

Jorge Braga de Macedo

Jorge de Figueiredo Dias

José António Veloso

José Danilo Lobato

José Luís da Cruz Vilaça

José de Faria Costa

José de Oliveira Ascensão

José Lobo Moutinho

José Manuel Sérvulo Correia

Jürgen Wolter

Keiichi Yamanaka

Klaus Rogall

Laurence Idot

Luís Cabral

Luís Greco

Manuel da Costa Andrade

Manuel Lopes Porto

Marco Bronckers

Maria Fernanda Palma

Mark Zöller

Miguel Moura e Silva

Miguel Nogueira de Brito

Miguel Pinares 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