

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 48
OUTUBRO/OCTOBER • DEZEMBRO/DECEMBER 2021
PERIODICIDADE TRIMESTRAL/QUARTERLY



INSTITUTO
DE DIREITO
ECONÓMICO
FINANCEIRO
E FISCAL FDL



Autoridade da
Concorrência

REVISTA
DE CONCORRÊNCIA
E REGULAÇÃO

ANO XIII • NÚMERO 48
OUTUBRO – DEZEMBRO 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 48
outubro – dezembro 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

DEZEMBRO 2021

N.º DE REGISTO NA ERC

126126

ESTATUTO EDITORIAL

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

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

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

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

ÍNDICE

9 EDITORIAL

11 DOUTRINA

11 Doutrina geral

13 Margarida Rosado da Fonseca – *O mecanismo português de análise dos investimentos diretos estrangeiros: dos antecedentes da sua criação às perspetivas de modificação em 2022 – Parte I*

61 Octávio de Jesus Gonçalves – *A regulação pública das parcerias público privado em Moçambique*

101 Simone Maciel Cuiabano, João Carlos Nicolini de Moraes & Lucas Pinha – *Application of time series techniques in relevant market delimitation – the brazilian experience*

129 JURISPRUDÊNCIA GERAL

131 Jurisprudência de concorrência da União Europeia – outubro a dezembro de 2021

139 Notas Curriculares

143 Índice consolidado por temas

169 Colaboração com a *Revista de Concorrência e Regulação*

171 Órgãos Sociais

EDITORIAL/EDITORIAL NOTE

Maria João Melícias

Miguel Sousa Ferro

O número 48 da Revista de Concorrência & Regulação abre com a primeira parte de um trabalho de Margarida Rosado da Fonseca que visa analisar o passado, presente e futuro do mecanismo português de análise dos investimentos diretos estrangeiros. A segunda parte será publicada num número subsequente da Revista. Esta discussão chega no momento certo, em que se prepara uma revisão do enquadramento jurídico nacional, sob impulso europeu, suscitando-se importantes questões de natureza político-jurídica. A autora contribui assim para uma reflexão *de jure condendo* de grande impacto prático para o futuro de Portugal, e com um impacto mais amplo a nível da UE.

Octávio de Jesus Gonçalves apresenta e discute o regime das parcerias

*Issue 48 of Revista de Concorrência & Regulação opens with the first part of a work by Margarida Rosado da Fonseca and is aimed at analyzing the past, present and future of the Portuguese regime on the screening of direct foreign investment. The second part will be published in an upcoming issue of the Journal. This discussion is taking place at the right time, when an amendment of the national legal framework is being prepared, required by the European Union, raising important issues of a political and legal nature. The author thus fosters a *de jure condendo* debate of great practical importance for the future of Portugal, and with broader EU implications.*

Octávio de Jesus Gonçalves presents and discusses the regime of

público-privadas em Moçambique, acompanhado de uma abordagem de direito comparado. Num trabalho que realça a necessidade de adaptação do processo legiferante à realidade local, o autor realça algumas fragilidades da aplicação prática da lei a estas parcerias, que podem importar prejuízos para o Estado e um desrespeito do espírito da lei.

Simone Maciel Cuiabano, João Carlos Nicolini de Moraes e Lucas Pinha discutem um dos tipos de métodos econométricos que podem ser usados para definir mercados relevantes, as técnicas de séries temporais. Recorrendo à experiência brasileira, os autores criticam as abordagens de delimitação de mercados excessivamente dependentes deste método, defendendo a importância de se continuarem a utilizar outras abordagens, tais como o monopolista hipotético e metodologias de simulação.

public-private partnerships in Mozambique, together with a comparative law approach. In a work that stresses the need to adapt the legislative-making process to the local reality, the author highlights some fragilities in the practical application of the law to these partnerships, which may lead to important damage to the State and to disrespecting the spirit of the law.

Simone Maciel Cuiabano, João Carlos Nicolini de Moraes and Lucas Pinha discuss one of the types of econometric methods which may be used to define relevant markets, specifically time series techniques. Resorting to the Brazilian experience, the authors criticize market delineation approaches which are excessively dependent on this method, arguing in favour of the importance of continuing to use other approaches, such as the hypothetical monopolist and simulation methodologies.

C&R

DOCTRINA

Doutrina geral

O MECANISMO PORTUGUÊS DE ANÁLISE DOS INVESTIMENTOS DIRETOS ESTRANGEIROS: DOS ANTECEDENTES DA SUA CRIAÇÃO ÀS PERSPETIVAS DE MODIFICAÇÃO EM 2022 – PARTE I

*Margarida Rosado da Fonseca**

ABSTRACT *The call for creation of a screening of foreign investment in Portugal dates from September 2011, in the context of the amendment of the Framework Law on Privatizations and the elimination of golden shares during the Economic and Financial Assistance Program. After a “long and winding road”, Decree-Law nr. 138/2014, of September 17 is enacted and still remains unchanged. The Portuguese authorities are in the process of amending it and the European Commission is insistently calling for enactment of fully-fledged national screening mechanisms. This forms part of the new EU strategy for industrialization and increased resilience and autonomy, a major evolution from the EU approach a decade ago. The first part of the contribution addresses the complex interplay between foreign investment and safeguard of the State’s interests such as security and public order, notably in view of the historical background influencing the legislative procedure of the screening mechanism and the highlights of the same legislative procedure. This paves the way for the analysis of Decree-Law nr. 138/2014 and its interpretation in the light of the new EU legal framework, followed by a reflection on the upcoming amendment, including on its intertwined relation with Competition law, all of which forming part of the second part of the contribution.*

SUMÁRIO 1. Evolução recente da análise dos IDEs na União Europeia e as perspetivas para 2022; 1.1. Notas sobre a recente abordagem da União Europeia quanto à análise dos IDEs. 1.2. Perspetivas de evolução para 2022 quanto à análise dos IDEs na UE; 2. Os antecedentes do atual regime de análise Português; 2.1. O impacto do Programa de Assistência Económica e Financeira na eliminação das golden shares e direitos especiais; 2.2. O *status quo* da legislação e dos direitos especiais em maio de 2011; 2.3. A eliminação das *golden shares* e a 1.^a Revisão da Troika (julho/agosto de 2011); 2.4. Alteração da Lei-Quadro das Privatizações (agosto/setembro de 2011); 2.5. Evolução dos contextos nacional e Europeu (setembro de 2011/novembro de 2013); 3. A criação do regime Português de análise dos IDEs em 2014; 3.1. A autorização legislativa para o regime de salvaguarda (dezembro de 2013); 4. Conclusão da primeira parte do contributo.

* Advogada, Coordenadora da Área de Prática de Direito Europeu e Concorrência da CS’Associados.

KEY-WORDS Foreign investment, screening of foreign investment, strategic assets, European Union, Decree-Law 138/2014, screening mechanism, critical infrastructures

1. EVOLUÇÃO RECENTE DA ANÁLISE DOS IDES NA UNIÃO EUROPEIA E AS PERSPETIVAS PARA 2022

1.1. Notas sobre a recente abordagem da União Europeia quanto à análise dos IDEs

Inicia-se uma nova era em 19 de março de 2019, com a aprovação pelo Conselho da União Europeia (Conselho) e pelo Parlamento Europeu de um Regulamento que estabelece um regime de análise dos Investimentos Diretos Estrangeiros (IDE) na União Europeia (UE) (“Regulamento de Análise dos IDEs”)¹.

O legislador da UE invoca as suas competências exclusivas para legislar sobre a Política Comercial Comum e também a circunstância de não existir *“um regime abrangente a nível da União para a análise dos investimentos diretos estrangeiros por razões de segurança ou de ordem pública, enquanto a maioria dos parceiros comerciais da UE já se dotou de regimes desse tipo”*². A “sensibilidade” significativa desta matéria para os Estados-Membros contribui para o hiato temporal entre a proposta da Comissão Europeia (Comissão) que lhe deu origem em 2017³ e a sua aprovação, bem como a previsão legal para a plena operacionalização do Regulamento um ano e meio depois⁴. Além disso, o Regulamento prevê a sua aplicação *“sem prejuízo de cada Estado-Membro ter exclusiva responsabilidade pela sua segurança nacional, conforme previsto no*

1 Regulamento (UE) 2019/452 do Parlamento Europeu e do Conselho de 19 de março de 2019 que estabelece um regime de análise dos investimentos diretos estrangeiros na União (“Regulamento de Análise dos IDEs”). Mais precisamente, o anexo a este regulamento contém uma lista de projetos ou programas do interesse da UE já modificada duas vezes e atualmente com a redação do Regulamento Delegado (UE) 2021/2126 da Comissão de 29 de setembro de 2021.

A nota de imprensa de 19 de março de 2019 está disponível aqui: https://ec.europa.eu/commission/press-corner/detail/pt/IP_19_2088. [acedido em 15 de janeiro de 2022].

2 Considerandos 5) e 6) do Regulamento de Análise dos IDEs. A competência da UE quanto à Política Comercial Comum está prevista no artigo 3.º, n.º 1, al. e), do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE).

3 Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho que estabelece um quadro para a análise dos investimentos diretos estrangeiros na União Europeia, com data de 13 de setembro de 2017, COM(2017) 487 final, 2017/0224(COD).

4 Cfr. o artigo 17.º do Regulamento de Análise dos IDEs, respeitante à data da sua entrada em vigor.

artigo 4.º, n.º 2 do TUE⁵, e do direito de cada Estado-Membro proteger os interesses essenciais da sua segurança, nos termos do artigo 346.º do TFUE⁶. Mais prevê que nenhuma das suas disposições “limita o direito de cada Estado-Membro decidir analisar ou não um determinado investimento direto estrangeiro”.

Este novo enquadramento jurídico estabelece um regime de análise, pelos Estados-Membros, dos IDEs na UE “*por razões de segurança ou de ordem pública, e que institui um mecanismo de cooperação entre os Estados-Membros, e entre os Estados-Membros e a Comissão*”, no que respeita àqueles IDEs (i) suscetíveis de afetar a segurança ou a ordem pública em mais do que um Estado-Membro e também (ii) projetos ou programas do interesse da UE no que respeita à Comissão⁷. Esta instituição europeia dispõe da faculdade de emitir pareceres sobre esses investimentos, “*sendo que a emissão de parecer tem lugar apenas e se as circunstâncias concretas o exigirem, ou seja o perfil de risco do investidor e a natureza crítica do alvo do investimento. A emissão de parecer pode incluir uma recomendação de adoção de medidas de mitigação do risco segundo um critério de proporcionalidade*”⁸.

Em 2017 a Comissão criou um grupo de peritos dos Estados-Membros com os objetivos de debate de temas relacionados com a análise dos IDEs, de partilha de melhores práticas e de experiências havidas nesta matéria, bem como o debate das perspetivas para futuro e de possíveis tendências⁹. O Regulamento de Análise dos IDEs elenca as competências de que este grupo dispõe e atribui-lhe para mais a discussão também de “questões sistémicas” relacionadas com a sua própria execução¹⁰. A lista dos membros do grupo não é pública e os debates no seu seio são confidenciais¹¹.

5 Tratado da União Europeia (TUE).

6 Artigo 1.º do Regulamento de Análise dos IDEs.

7 Artigos 1.º, 6.º, 7.º e 8.º do Regulamento de Análise dos IDEs.

8 Cfr. a p. 14 do Relatório da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho – Primeiro relatório anual sobre o escrutínio dos investimentos diretos estrangeiros na União Europeia (“Relatório”) {SWD(2021) 334 final}, com data de 23 de novembro de 2021 e referência COM(2021) 714 final.

9 Decisão da Comissão, de 29 de novembro de 2017, que cria o grupo de peritos para a análise dos investimentos diretos estrangeiros na União Europeia, C(2017) 7866 final.

10 Artigo 12.º do Regulamento de Análise dos IDEs.

11 O registo do grupo de peritos encontra-se em: <https://ec.europa.eu/transparency/expert-groups-register/screen/expert-groups/consult?do=groupDetail.groupDetail&groupID=3569>.

Posteriormente, a Comissão publicou um memorando com o conjunto de principais Perguntas e Respostas sobre o novo regime jurídico¹² e um formulário de notificação pelos investidores estrangeiros no contexto do mecanismo de cooperação¹³ para “assegurar um certo grau de uniformidade e um nível mínimo de informações sobre o investidor e o objetivo de investimento nas notificações ao abrigo do regulamento”¹⁴.

Sem prejuízo da sua importância, a análise do mecanismo de cooperação não se encontra abrangida pelo presente contributo doutrinal, mas o mesmo é mencionado sempre que adequado, atendendo à circunstância de assentar na aplicação das legislações dos Estados-Membros, entre as quais a Portuguesa.

Em março de 2020 e no contexto da pandemia de COVID 19, a Comissão emitiu orientações aos Estados-Membros apelando a que “estabelecessem um mecanismo de análise de pleno direito e garantissem uma abordagem firme em toda a UE para a análise do investimento estrangeiro, num momento de crise de saúde pública e de correspondente vulnerabilidade económica”¹⁵.

Em fevereiro de 2021 e no contexto da proposta de Revisão da Política Comercial da UE, quando se refere ao domínio da segurança e no âmbito do Regulamento de Análise de IDEs, a Comissão “a Comissão reitera o seu apelo a todos os Estados-Membros para criarem e assegurarem a aplicação de um mecanismo de análise de IDE plenamente funcional para tratar casos em que a aquisição ou o controlo de uma determinada empresa, infraestrutura ou tecnologia criaria um risco para a segurança ou a ordem pública na UE³³. A Comissão continuará a implementar o mecanismo de cooperação com as autoridades dos Estados-Membros para proteger a segurança e a ordem pública de investimentos diretos estrangeiros arriscados e ponderará reforçar o mecanismo de cooperação instituído pelo Regulamento Análise de IDE.”¹⁶

12 Disponível em: https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2021/september/tradoc_159838.pdf [acedido em 15 de janeiro de 2022].

13 Elaborado pelos serviços da Direção Geral Comércio (DG Trade) da Comissão e disponível em: https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2021/april/tradoc_159530.pdf. [acedido em 15 de janeiro de 2022].

14 Conforme referido na nota de rodapé 25 da p. 12 do Relatório mencionado na nota 8 acima.

15 Orientações para os Estados-Membros relativas a investimento direto estrangeiro antes da aplicação do Regulamento (UE) 2019/452, pp. 1 e ss.

16 Comunicação da Comissão – Revisão da Política Comercial. A nota de rodapé 33 constante do texto transcrito remete para a Comunicação mencionada na nota 15 acima.

Já em janeiro de 2022 e no âmbito da Presidência Francesa da UE, o Comissário Europeu Thierry Breton afirma o seguinte numa conferência organizada sobre “*A industrialização para uma maior autonomia da Europa*”¹⁷:

“I am deeply convinced that, as in so many other areas, there will be a before and after to the COVID crisis. Until recently, there was a strong and long-held belief that, in our globalised world, supply chains were unshakable; that there was no such thing as shortages. This credo was shattered by the new reality that we now have to face. [...] We are experiencing this new reality well beyond the health crisis. [...] The question is: how will Europe take its destiny in its own hands? I often hear, rightfully, that we need a sovereign Europe, a resilient Europe, an autonomous Europe. [...] First of all, we now have a good understanding of the areas in which we must reduce our strategic dependencies and increase our industrial capacity. [...] Finally, the geopolitics of value chains also implies rebalancing the balance of power. [...] The Commission has already laid several building blocks, including in particular the foreign direct investment screening mechanism, which has been operational for more than a year, or the proposal for a regulation on distortions arising from foreign subsidies in public procurement and acquisitions. I am confident – and I count on the French Presidency – that it will be adopted in the course of this year.” (negritos nossos)

Continua assim a consolidar-se a mudança de paradigma da UE quanto à estratégia global para o futuro da UE e a relevância dos mecanismos de análise dos IDEs nesse contexto, com consequências para a evolução das legislações dos Estados-Membros nesta e possivelmente noutras matérias. Também por esta razão não deixa de ser muito interessante a análise da evolução e condicionalismos enfrentados pelo enquadramento jurídico Português que abaixo apresentamos e para a qual a “influência” do paradigma da UE terá sido determinante.

1.2. Perspetivas de evolução para 2022 quanto à análise dos IDEs na UE

Em 23 de novembro de 2021 a Comissão divulgou o primeiro relatório anual de aplicação do Regulamento de Análise dos IDEs¹⁸, acompanhado de um documento de trabalho dos seus serviços (*Commission Staff Working*

17 Nota de imprensa disponível apenas na língua inglesa, aqui: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/speech_22_354. [acedido em 15 de janeiro de 2022].

18 Relatório mencionado acima na nota 8.

Document) (“Documento de Trabalho”)¹⁹. No relatório, a Comissão publica dados quantitativos e tendências quanto à análise de IDEs na UE, enuncia a existência de desenvolvimentos legislativos, sistematiza a atividade de análise nos Estados-Membros e analisa o funcionamento da cooperação na UE sobre IDEs. Portugal é um dos “*Estados-Membros que iniciaram um processo consultivo ou legislativo que deverá resultar em alterações a um [mecanismo] existente*”²⁰.

E segundo o Documento de Trabalho que acompanha o Relatório, em Portugal estarão em curso esforços no sentido da modificação do mecanismo para efeitos do Regulamento de Análise dos IDEs quanto aos setores estratégicos²¹. O mecanismo Português foi criado pelo Decreto-Lei n.º 138/2014, de 15 de setembro que “*estabelece o regime de salvaguarda de ativos estratégicos essenciais para garantir a segurança da defesa e segurança nacional e do aprovisionamento do País em serviços fundamentais para o interesse nacional, nas áreas da energia, dos transportes e comunicações*”.

O mesmo Documento de Trabalho adianta que em 2020 terá sido criado um Grupo de Trabalho interministerial ao nível técnico. Ademais, em 2021 é estabelecido um acordo de princípio sobre quais os ajustamentos a introduzir incluindo, designadamente, a articulação entre os prazos do mecanismo nacional e aquele da UE, o estabelecimento de um ponto de contacto e a introdução da possibilidade de imposição de medidas de mitigação. Tal é sem prejuízo de matérias importantes permanecerem “*em aberto, pelo que não seria possível antecipar o início do processo legislativo*”²² à data da publicação do Documento de Trabalho no final de novembro de 2021.

Da análise que a Comissão fez do primeiro ano de aplicação enunciamos abaixo um conjunto de informações que nos parecem particularmente relevantes para o presente contributo. Assim:

- À data de aprovação do Regulamento, 11 Estados-Membros tinham mecanismos de análise de IDEs, sendo que, à data de publicação do Relatório:

19 Documento de Trabalho dos serviços da Comissão que acompanha o Relatório mencionado acima na nota 8, {COM(2021) 714 final}, com a mesma data e referência.

20 Cfr. a tabela na p. 9 do Relatório mencionado acima na nota 8.

21 Cfr. a p. 41 do Documento de Trabalho da Comissão acima mencionado em 19.

22 Cfr. a p. 42 do Documento de Trabalho acima mencionado em 19.

- Vários dos Estados-Membros haviam procedido à modificação e alargamento do âmbito dos mecanismos e refletido, em várias situações, os principais elementos do Regulamento;
- 7 outros Estados-Membros criaram mecanismos de análise de IDEs até 1 de julho de 2021²³.
- Durante 2020 os Estados-Membros receberam cerca de 1.800 requerimentos para aprovação de IDEs, 80% dos quais não exigiam uma análise nessa perspetiva e a maioria dos restantes foi aprovada (com ou sem condições)²⁴;
- Entre a data de início da aplicação do Regulamento e 30 de junho de 2021 foram submetidas à Comissão 265 notificações pelos Estados-Membros com mecanismos nacionais²⁵, sendo que, mais de 90% foram notificados por 5 Estados-Membros (Áustria, França, Alemanha, Itália e Espanha)²⁶. À data de conclusão do Relatório, o número de notificações já ascendia a 400²⁷;
- Por referência às 265 notificações recebidas pela Comissão, os 5 principais países de origem dos investidores respeitaram aos Estados Unidos da América, ao Reino Unido²⁸, à China, ao Canadá e aos Emirados Árabes Unidos²⁹;
- Os setores de atividade primordiais respeitaram as indústrias transformadoras, Tecnologias de Informação e Comunicação e comércio por grosso e a retalho³⁰;
- A Comissão emitiu parecer quanto a menos de 3% dos investimentos notificados pelos Estados-Membros (quer aqueles que os estavam a analisar, quer aqueles que identificaram IDEs suscetíveis de afetarem

23 Cfr. a p. 6 do Relatório da Comissão mencionado acima em 8.

24 Cfr. a p. 10 do Relatório da Comissão mencionado acima em 8.

25 Dos 11 Estados-Membros, 4 não reportaram à Comissão quaisquer transações às quais as respetivas legislações nacionais seriam aplicadas. Cfr. a nota de rodapé 18 da p. 10 do Relatório da Comissão mencionado acima em 8.

26 Cfr. a p. 11 do Relatório da Comissão mencionado acima em 8.

27 Informação disponível em: <https://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=2327>. [acedido em 15 de janeiro de 2022].

28 Nos termos da derrogação estabelecida no artigo 127.º, n.º 7 do Acordo sobre a saída do Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte da União Europeia e da Comunidade Europeia da Energia Atómica, o Reino Unido não participa no mecanismo de cooperação previsto no Regulamento.

29 Cfr. as pp. 11 e 13 do Relatório da Comissão mencionado acima em 8.

30 Cfr. a p. 12 do Relatório da Comissão mencionado acima em 8.

a segurança ou a ordem pública de mais do que um Estado-Membro e que não estavam a ser analisados nesses Estados-Membros), os quais são confidenciais³¹;

- De entre os fatores que o Regulamento estabelece para efeitos de análise pelos Estados-Membros (e/ou pela Comissão e os Estados-Membros) da suscetibilidade de um IDE afetar a segurança ou a ordem pública, um número significativo de notificações respeitou a transações que envolvem nomeadamente infraestruturas críticas, tecnologia e produtos de dupla utilização, acesso a informações sensíveis, bem como a possível detenção e influência do Estado no investidor. Também incluíram investimentos relacionados com a saúde, ou seja, investimentos num setor de atividade que tem merecido atenção acrescida durante o contexto de pandemia da COVID 19³²;
- Se, por um lado, a Comissão identifica um conjunto de semelhanças entre os mecanismos de análise dos Estados-Membros, por outro lado, constata diferenças significativas quanto ao conteúdo da análise formal do investimento, dos prazos aplicáveis, do âmbito do escrutínio, dos requisitos de notificação, entre outros elementos³³. Quanto a uma maior clarificação da interação entre vários instrumentos, por exemplo no que se refere especificamente à interação entre o regulamento e os outros instrumentos políticos e os reguladores, nomeadamente controlo das concentrações e controlos prudenciais;
- Neste sentido, a Comissão lançou um estudo exaustivo das diferenças identificadas e das suas consequências em termos de eficiência e eficácia do mecanismo de cooperação constante do Regulamento³⁴;
- Tal é sem prejuízo de a Comissão já reconhecer que o apelo de vários Estados-Membros quanto *“a uma maior clarificação da interação entre vários instrumentos, por exemplo no que se refere especificamente à interação entre o regulamento e os outros instrumentos políticos e os reguladores, nomeadamente controlo das concentrações e controlos prudenciais [...] poderia ser debatida mais aprofundadamente, nomeadamente no âmbito do grupo de peritos.”*³⁵;

31 Cfr. a p. 14 do Relatório da Comissão mencionado acima em 8.

32 Cfr. a p. 15 do Relatório da Comissão mencionado acima em 8.

33 Cfr. a p. 15 do Relatório da Comissão mencionado acima em 8.

34 Cfr. a p. 20 do Relatório da Comissão mencionado acima em 8.

35 Cfr. a p. 18 do Relatório da Comissão mencionado acima em 8

- A Comissão considera ser ainda prematuro ponderar modificações ao Regulamento, mas “*estará disposta a apresentar propostas de alteração, se e quando forem necessárias*”³⁶;
- Entretanto, a Comissão não exclui futuros desenvolvimentos de *soft law* “*em devido tempo*” e “*em benefício das autoridades responsáveis pela análise dos Estados-Membros e dos investidores*”, admitindo a possibilidade de consulta prévia “*do público em geral*”. E revela que “*a emissão de orientações se revelou útil noutros domínios da regulamentação e da execução, incluindo no âmbito da política de concorrência*”³⁷. Acresce que o reforço da coordenação informal entre os Estados-Membros pertinentes e a Comissão é considerado pela mesma como muito desejável na medida em que poderá atenuar diferenças entre mecanismos nacionais³⁸;
- Em consonância com o que já havia deixado expresso na Comunicação sobre a proposta de Revisão da Política Comercial³⁹, a abordagem estratégica da Comissão para o futuro da UE resulta muito clara da seguinte passagem:

“O Regulamento Análise dos IDE e o mecanismo de cooperação são instrumentos importantes para aumentar a resiliência da UE. Embora a UE continue a manifestar abertura ao IDE, como foi claramente demonstrado através dos dados do capítulo 3, é de importância vital que todos os Estados-Membros contribuam ativa e diretamente para a consecução deste objetivo de segurança comum. A Comissão espera firmemente que, no próximo relatório anual, outros Estados-Membros tenham adotado e reforçado legislação nacional em matéria de análise dos IDE e os mecanismos conexos para investimentos estrangeiros potencialmente arriscados provenientes de países terceiros, e que se trate apenas de uma questão de tempo até que todos os 27 Estados-Membros disponham de tal legislação e mecanismos”.⁴⁰ (negrito nosso)

O mecanismo Português para efeitos do Regulamento de Análise dos IDEs quanto aos setores estratégicos foi criado pelo Decreto-Lei n.º 138/2014, de 15 de setembro.

36 Cfr. a p. 20 do Relatório da Comissão mencionado acima em 8.

37 O artigo 15.º do Regulamento prevê que a 12 de outubro de 2023 a Comissão apresente um relatório ao Parlamento Europeu e ao Conselho sobre o funcionamento e eficácia da sua aplicação.

38 Cfr. a p. 18 do Relatório da Comissão mencionado acima em 8.

39 Cfr. as notas 15 e 16 acima.

40 Cfr. as pp. 20 e 21 do Relatório da Comissão mencionado acima em 8.

Nos termos deste diploma, o Conselho de Ministros tem o poder de, “*em circunstâncias excepcionais e através de decisão fundamentada, se opor à celebração de negócios jurídicos que resultem, direta ou indiretamente, na aquisição de controlo, direto ou indireto, sobre infraestruturas ou ativos estratégicos por pessoas singulares ou coletivas de países terceiros à UE e ao Espaço Económico Europeu, na medida em que tais negócios ponham em risco a defesa e segurança nacional ou a segurança do aprovisionamento do País em serviços fundamentais para o interesse nacional*”. Consagra-se, assim o regime de salvaguarda de ativos estratégicos essenciais para garantir a segurança da defesa e segurança nacional e do aprovisionamento do País em serviços fundamentais para o interesse nacional nas áreas da energia, dos transportes e comunicações.

Segundo o Documento de Trabalho da Comissão antes referido, em Portugal estarão em curso esforços no sentido da modificação do diploma mencionado e terá sido criado um Grupo de Trabalho interministerial ao nível técnico em 2020. Acresce que, em 2021, as autoridades Portuguesas terão desenvolvido esforços e já haverá um acordo de princípio sobre quais os ajustamentos a introduzir, designadamente quanto à articulação entre os prazos do mecanismo nacional e aquele da UE, o estabelecimento de um ponto de contacto e a introdução da possibilidade de imposição e medidas de mitigação. Tal é sem prejuízo de permanecerem “*em aberto matérias importantes, pelo que não seria possível antecipar o início do processo legislativo*”⁴¹ à data de conclusão do Documento de Trabalho.

2. OS ANTECEDENTES DO ATUAL REGIME PORTUGUÊS DE ESCRUTÍNIO DOS IDES

2.1. O impacto do Programa de Assistência Económica e Financeira na eliminação das *golden shares* e direitos especiais

Em 7 de abril de 2011 as autoridades Portuguesas⁴² formalizaram o pedido de assistência económica e financeira à Comissão, ao Banco Central Europeu

41 Cfr. a p. 42 do documento acima mencionado em 19.

42 Em 5 de maio de 2011, o Conselho de Ministros do XVIII Governo (do Partido Socialista [PS]) aprovou uma Resolução nos termos da qual (1) tendo terminado as negociações com os três credores internacionais (conjuntamente “Troika”) sobre a assistência financeira a Portugal, considerou estarem reunidas as condições para: a) Aprovar o projeto de Programa de Ajustamento, constante do Memorando de Entendimento relativo às Condicionalidades Específicas de Política Económica (Memorando de Entendimento e Memorando de Políticas Económicas e Financeiras [MPEF]) e aprovar os projetos de instrumentos que formalizam

(BCE) e ao Fundo Monetário Internacional (FMI) (conjuntamente “credores internacionais” ou “Troika”). Neste âmbito, as autoridades portuguesas negociaram um Programa de Ajustamento Económico e Financeiro (“Programa”) com os objetivos de “restaurar a confiança nos títulos da dívida soberana e no sector bancário e apoiar o crescimento e o emprego”⁴³.

A assistência financeira cobriu um período de três anos e ascendia a 78 mil milhões de euros⁴⁴. A Decisão de Execução do Conselho relativa à concessão de assistência financeira da UE a Portugal (“Decisão”)⁴⁵ prevê a aprovação do projeto de Programa e a subordinação da entrega da primeira fração à entrada em vigor do Acordo de Empréstimo e do Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades de Política Económica (Memorando de Entendimento). Acresce que a disponibilização das restantes frações depende da análise favorável da Comissão, em consulta com o BCE e o FMI, sobre o cumprimento por Portugal das condições gerais de política económica definidas na Decisão e no Memorando de Entendimento.

Estas condições gerais de política económica incluem, entre outras, a adoção “antes do final de 2011, e de acordo com as especificações do Memorando de Entendimento [...] [de] medidas urgentes que incentivem a concorrência e a capacidade de ajustamento da economia”. Tal inclui a supressão dos direitos especiais do Estado nas empresas e a revisão da legislação da concorrência, entre outras medidas. Este mesmo compromisso foi refletido na versão inicial tanto do Memorando de Entendimento⁴⁶, como do Memorando de Políticas Econó-

a assistência financeira a Portugal e (2) delegar no Ministro de Estado e das Finanças a competência para, em nome do Governo e em representação da República Portuguesa, outorgar o programa de ajustamento e os contratos de financiamento, bem como quaisquer outros instrumentos necessários à concretização da assistência financeira a que se refere a presente resolução, após a sua aprovação pelo Conselho da União Europeia (ECOFIN) a 17 de maio de 2011. Trata-se da Resolução n.º 8/2011.

43 A informação e a documentação respeitantes ao Programa encontram-se disponíveis em: https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/economic-and-fiscal-policy-coordination/financial-assistance-eu/which-eu-countries-have-received-assistance/financial-assistance-portugal_en [acedido em 15 de janeiro de 2022].

44 Em 12 de junho de 2014, as autoridades Portuguesas informaram a Troika de que prescindiam do último desembolso do Programa. Desde então Portugal encontra-se na fase de Monitorização Pós-Programa pelos credores internacionais (*post-Programme Surveillance* [PPS]) até um mínimo de 75% da assistência financeira ser reembolsada.

45 2011/344/UE: Decisão de Execução do Conselho, de 30 de maio de 2011, relativa à concessão de assistência financeira da União a Portugal.

46 Previsto no ponto 7. *Condições de Enquadramento*, como parte do elenco exemplificativo do sub-título “Concorrência, contratos públicos e ambiente empresarial” e está transcrito no sub-título “Concorrência e autoridades de regulação setorial”, medida 7.19. que “O Governo eliminará as *golden shares* e todos os outros

micas e Financeiras (MPEF)⁴⁷ anexo à Carta de Intenções das autoridades portuguesas dirigida ao FMI (conjuntamente “Memorandos”).

Acresce que “*a eliminação das golden shares e de outros direitos especiais estabelecidos na lei ou nos estatutos das sociedades cotadas que conferem direitos especiais ao Estado*” constitui um *Benchmark* Estrutural na hierarquia das medidas cuja adoção pelas autoridades Portuguesas é considerada para efeitos do cumprimento das condicionalidades e o “*Estado/Timing para conclusão*” estava previsto para julho de 2011 na versão inicial dos Memorandos⁴⁸.

Uma primeira análise da redação da condição constante dos Memorandos poderia conduzir à conclusão de que se trataria da assunção de um compromisso com âmbito mais abrangente do que aquele ao qual está vinculado o Estado Português enquanto Estado-Membro da UE, e que consiste em não adotar medidas incompatíveis com as liberdades fundamentais (como sejam, a livre circulação e capitais e a liberdade de estabelecimento) nos termos e para os efeitos do artigo 4.º, n.º 3 do TUE⁴⁹.

Mas atendendo a que o Direito da UE conforme aplicado pela Comissão – sujeita ao escrutínio do Tribunal de Justiça da União Europeia (“Tribunal de Justiça”)⁵⁰ – considera incompatíveis especificamente as medidas nacionais que restrinjam injustificadamente as liberdades fundamentais, como seja a livre circulação de capitais, poder-se-á defender que o objetivo da condição é eliminar apenas os direitos especiais com essas características. Não obstante a relevância da interpretação a adotar relativamente a esta e outras medidas em que a questão se pode suscitar, não cabe no âmbito do presente contributo a discussão detalhada sobre esta interpretação.

*direitos estabelecidos por Lei ou nos estatutos de empresas cotadas em bolsa, que confirmam direitos especiais ao Estado [final de julho de 2011]*²⁵”. O Memorando de Entendimento encontra-se publicado, designadamente, em anexo ao *Occasional Paper* 79 de junho de 2011, dos serviços da Direção Geral dos Assuntos Económicos e Financeiros da Comissão Europeia (EC FIN) com o título “*The Economic Adjustment Program for Portugal*”, pp. 58 e seguintes, disponível aqui: https://ec.europa.eu/economy_finance/publications/occasional_paper/2011/pdf/ocp79_en.pdf [acedido em 15 de janeiro de 2022].

47 O parágrafo 40., sob o título “*Enquadramento da Concorrência*”. O MPEF encontra-se publicado, designadamente, em anexo ao *Occasional Paper* 79 de junho de 2011 mencionado na nota 46 acima, pp. 41 e seguintes.

48 Cfr. a Tabela 2 – *Portugal: Structural Conditionality* na p. 20 do MPEF e as notas 46 e 47 acima.

49 Esta disposição consagra o princípio da cooperação leal.

50 Cfr. o artigo 263.º TFUE.

2.2. *Status quo* da legislação e dos direitos especiais em maio de 2011

Em 17 de Maio de 2011 vigorava a Lei n.º 11/90 (Lei-Quadro das Privatizações)⁵¹, cujo objetivo consistia em concretizar o artigo 293.º da Constituição da República Portuguesa (CRP), ou seja, a reprivatização da titularidade ou do direito de exploração de “meios de produção” ou “de outros bens” que foram objeto de nacionalização depois do 25 de abril de 1974.

A Lei-Quadro das Privatizações fora alterada pela Lei n.º 102/2003, de 15 de novembro, na sequência do acórdão do Tribunal de Justiça de 4 de junho de 2002, no processo C-367/98, *Comissão Europeia c. República Portuguesa*⁵². No mesmo acórdão, o Tribunal pronunciou-se sobre um regime de autorização administrativa relativo a empresas a (re)privatizar e já privatizadas que estabelecia um tratamento discriminatório relativamente a investidores de outros Estados-Membros da UE e países terceiros. Concluiu, assim, o Tribunal de Justiça que Portugal não cumprira as obrigações que lhe incumbiam por força do artigo 73.º-B do Tratado CE (atual artigo 63.º do TFUE), que proíbe todas as restrições aos movimentos de capitais e aos pagamentos tanto entre Estados-Membros da UE, como entre estes e países terceiros. Tal resultaria de ter aprovado e mantido em vigor pela Lei n.º 11/90, designadamente o seu artigo 13.º, n.º 3⁵³, os Decretos-Leis de privatização de empresas posteriormente aprovados em sua aplicação (que abrangiam os sectores bancário, dos seguros, da energia e dos transportes), bem como os Decretos-Leis n.º 380/93, de 15 de novembro de 1993, e n.º 65/94, de 28 de fevereiro de 1994. A Lei n.º 102/2003 revogou as disposições que fixam limites à participação de entidades estrangeiras no capital de sociedades privatizadas⁵⁴.

51 A Lei n.º 11/90, de 5 de abril foi posteriormente alterada pela Lei n.º 102/2003, de 15 de novembro.

52 C-367/98, *Comissão Europeia c. República Portuguesa*, EU:C:2002:326.

53 Esta disposição previa o seguinte no seu n.º 3: “O diploma que operar a transformação poderá ainda limitar o montante das ações a adquirir ou a subscrever pelo conjunto de entidades estrangeiras ou cujo capital seja detido maioritariamente por entidades estrangeiras, bem como fixar o valor máximo da respectiva participação no capital social e correspondente modo de controlo, sob pena de venda coerciva das ações que excedam tais limites, ou perda do direito de voto conferido por essas ações, ou ainda de nulidade de tais aquisições ou subscrições, nos termos que forem determinados.”

54 Através da Lei n.º 102/2003, de 15 de novembro, cujo artigo único prevê a revogação do n.º 3 do artigo 13.º da Lei n.º 11/90, a revogação do Decreto-Lei n.º 65/94, de 28 de fevereiro (estabelece novos limites à participação de entidades estrangeiras no capital das empresas que foram sendo transferidas para o sector privado) e a revogação de todas as disposições que fixam limites à participação de entidades estrangeiras no capital de sociedades reprivatizadas (como era o caso do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 380/93) em aplicação do n.º 3 do artigo 13.º da Lei n.º 11/90, acima transcrito na nota 53.

Acresce que em maio de 2011 o Estado detinha direitos especiais na Portugal Telecom SGPS, SA (“PT”), na EDP Energias de Portugal (“EDP”) e na GALP Energia, SGPS SA (“GALP”). Estes direitos especiais já haviam sido objeto de ações por incumprimento por parte da Comissão junto do Tribunal de Justiça. Trata-se dos processos C-171/08⁵⁵ – quanto à PT, C-543/08⁵⁶ – quanto à EDP e C-212/09⁵⁷ – quanto à GALP. A Comissão invocara a incompatibilidade dos direitos especiais detidos pelo Estado com a liberdade de estabelecimento e a livre circulação de capitais (atuais artigos 49.º e 63.º TFUE). Relativamente aos primeiros dois processos, em maio de 2011 o Tribunal de Justiça já proferira os acórdãos respetivos, confirmando o incumprimento das obrigações que incumbem ao Estado Português por força do artigo 63.º TFUE.

Assim, no processo C-171/08, a condenação respeitara à manutenção dos direitos especiais a favor do Estado e de outras entidades públicas na PT, como os previstos nos estatutos da mesma sociedade, atribuídos em conexão com ações privilegiadas (*golden shares*) do Estado na mesma, na sequência da privatização da empresa. Os direitos especiais incluíam o direito de veto relativamente à nomeação de um terço dos administradores e determinadas matérias a deliberar em sede de assembleia-geral (nomeadamente, a aprovação dos objetivos gerais e política a seguir).

Para a presente análise importa notar que o Tribunal de Justiça reconheceu que as derrogações à livre circulação de capitais que são permitidas pelo 58.º CE (atual artigo 65.º TFUE) poderiam eventualmente legitimar o objetivo invocado pelas autoridades portuguesas de garantir a segurança da disponibilidade da rede de telecomunicações em caso de crise, de guerra ou de terrorismo. Mas que as derrogações devem ser interpretadas em sentido estrito, pelo que o seu âmbito não pode ser determinado unilateralmente por cada Estado-Membro sem fiscalização das instituições da UE.

Assim, a segurança pública apenas pode ser invocada em caso de ameaça real e suficientemente grave, que afete um interesse fundamental da sociedade. Ora, na medida em que, nem o artigo 15.º, n.º 3 da Lei-Quadro⁵⁸,

55 C-171/08, *Comissão Europeia c. República Portuguesa*, EU:C:2010:412.

56 C-543/08, *Comissão Europeia c. República Portuguesa*, EU:C:2010:669.

57 C-212/09, *Comissão Europeia c. República Portuguesa*, EU:C:2011:717.

58 O artigo 15.º, n.º 3 da Lei-Quadro das Privatizações previa que “Poderá ainda o diploma referido no n.º 1 do artigo 4.º [que aprova os estatutos da empresa a privatizar ou a transformar em sociedade anónima] e também a título excepcional, sempre que razões de interesse nacional o requeiram, prever a existência de ações privilegiadas, destinadas a permanecer na titularidade do Estado, as quais, independentemente do seu

nem os estatutos da PT estabeleciam critérios quanto às circunstâncias em que os referidos poderes especiais podiam ser exercidos, o Tribunal de Justiça considerou que tal incerteza constituía uma violação grave da liberdade de circulação de capitais incompatíveis com os Tratados.

Também no processo C-543/08 a condenação do Estado Português pelo Tribunal de Justiça respeitou à manutenção de direitos especiais como os previstos na Lei-Quadro das Privatizações, no DecretoLei que aprovou a 4.^a fase do processo de reprivatização do capital social da EDP e nos estatutos da sociedade a favor do Estado e de outras entidades públicas, em conexão com ações privilegiadas (*golden shares*) detidas pelo Estado no capital social da referida sociedade. Os direitos especiais respeitavam ao direito de veto relativamente a um conjunto relevante de decisões sobre a sociedade, ao direito a opor-se à eleição de administradores e ao direito de nomeação de administrador e bem assim ao teto de voto de 5% na assembleia-geral por qualquer acionista que não fosse uma entidade pública.

Nesse acórdão, o Tribunal de Justiça também recorda a indispensabilidade de critérios objetivos e escrutináveis para a admissibilidade do objetivo de segurança do abastecimento (de energia, neste caso) enquanto fundamento para restrições à livre circulação de capitais. O Tribunal de Justiça considerou ainda que as restrições aos investimentos abrangeriam não apenas os de acionistas passíveis de exercer uma influência efetiva, como também os investidores potenciais.

Recorde-se a este propósito que, nos termos do artigo 260.º, n.º 1 TFUE, se o Tribunal de Justiça declarar verificado que um Estado-Membro não cumpriu qualquer das obrigações que lhe incumbem por força dos Tratados – como sucede com o respeito pelas liberdades fundamentais –, esse Estado tem o dever de tomar as medidas necessárias à execução do acórdão. Assim, o Estado Português estava vinculado à execução dos dois acórdãos acima referidos.

Mais prevê a referida disposição do TFUE que, caso a Comissão tenha considerado que um Estado-Membro não tomou as medidas necessárias à execução do acórdão e tiver proposto uma nova ação judicial (usualmente designada “ação por duplo incumprimento”), ao Tribunal de Justiça declarar verificado esse incumprimento, pode condená-lo ao pagamento de uma quantia fixa ou progressiva correspondente a uma sanção pecuniária.

número, concederão direito de veto quanto às alterações do pacto social e outras deliberações respeitantes a determinadas matérias, devidamente tipificadas nos mesmos estatutos.”

2.3. A eliminação das *golden shares* e a 1.^a Revisão da Troika (julho/agosto de 2011)

Tendo em conta o enquadramento referido acima e os compromissos assumidos perante a Troika, no Verão de 2011 foram convocadas assembleias-gerais extraordinárias das três sociedades em causa para aprovação de alterações aos estatutos no sentido da eliminação da previsão de direitos especiais. A assembleia-Geral da PT teve lugar em 26 de julho, aquela da GALP a 3 de agosto e, por último, a da EDP no dia 25 do mesmo mês.

Em paralelo, o recém-empossado XIX Governo⁵⁹ aprovou o Decreto-Lei n.º 90/2011, de 25 de julho⁶⁰, que visava eliminar os direitos especiais que o Estado Português, na sua qualidade de acionista, detinha na PT, na EDP e na GALP. Este diploma também revogava as disposições dos diplomas relativos à respetiva fase de privatização que estabeleciam não ser aplicável ao Estado e às entidades equiparadas a limitação da contagem de votos permitida pela al. b) do n.º 2 do artigo 384.º do Código das Sociedades Comerciais, relativamente às ações a privatizar detidas em sociedades em processo de privatização.

Em 28 de julho de 2011, o Governo submeteu a Proposta de Lei de modificação da Lei-Quadro das Privatizações à Assembleia da República⁶¹. De acordo com a Exposição de Motivos da mesma proposta de Lei:

“As privatizações são um pilar fundamental da reforma estrutural de Portugal, enquadrando-se na política económico-financeira de fomento da competitividade e redução do défice externo, através da redução do peso do Estado e aprofundamento da integração europeia.

De facto, o programa de privatizações do Governo representa um contributo essencial para o ajustamento macroeconómico pretendido, ao contribuir para uma economia mais aberta e mais competitiva que permita um novo ciclo de crescimento a médio e longo prazo.

Neste contexto, a revogação dos direitos especiais em empresas reprivatizadas, consubstanciados na faculdade de o Estado Português condicionar as deliberações relativas a determinadas matérias de interesse nacional à aprovação do Estado ou de um

59 O XIX Governo foi constituído tendo em consideração a maioria relativa que o Partido Social-Democrata (“PSD”) obtivera nas eleições legislativas de 5 de junho de 2012 e o acordo de governo celebrado com o CDS – Partido Popular (“CDS-PP”). O Presidente da República deu posse ao XIX Governo em 21 de junho de 2011.

60 Entrou em vigor no dia seguinte à sua publicação.

61 Proposta de Lei n.º 6/XII/[1.ª], publicada no Diário da Assembleia da República (D.A.R.), II série A, n.º 14, de 29 de julho de 2011, pp. 24 e seguintes.

administrador nomeado pelo Estado (as designadas golden shares), traduz o cumprimento dos compromissos assumidos no plano interno e externo e constitui um elemento decisivo do programa do Governo para as privatizações e para a dinamização do mercado de capitais.”

Esta proposta de Lei extravasava o previsto na versão inicial do Memorando de Entendimento quanto ao compromisso do Estado em eliminar as *golden shares* e todos os outros direitos especiais. Ou seja, acrescentava a obrigação de eliminação dos tetos de voto (*voting caps*) e restringia a criação de limites máximos de aquisição de participações sociais nas transações de privatizações. Como referido acima, o artigo 13.º, n.º 3 da Lei-Quadro das Privatizações fora revogado com a primeira modificação da mesma Lei em 2003⁶², na sequência da condenação do Estado Português pelo Tribunal de Justiça.

Em 2011, a proposta de modificação da Lei-Quadro das Privatizações previa a alteração do disposto no n.º 2 do artigo 13.º, que passou a prever a possibilidade (e já não a regra) de estabelecimento de um teto máximo para a percentagem de capital a adquirir em sede de privatização, a prever caso a caso⁶³.

Curiosamente, na versão do Memorando de Entendimento subsequente à 1.ª Revisão da implementação do Programa realizada pela Troika em agosto de 2011, o Governo assume o compromisso de circunscrever significativamente o âmbito de aplicação da redação que propôs à Assembleia da República para o n.º 2 da disposição legal⁶⁴. Não se poderá excluir que tal indicie uma diferença de posições com a Troika quanto ao objetivo pretendido, uma

62 Cfr. a transcrição da referida disposição na nota 53 acima.

63 A redação inicial era a seguinte: “2 - Nas reprivatizações realizadas através de concurso público, oferta na bolsa de valores ou subscrição pública nenhuma entidade, singular ou colectiva, poderá adquirir ou subscrever mais do que uma determinada percentagem do capital a reprivatizar, a definir também no diploma a que se refere o n.º 1 do artigo 4.º [decreto-lei], sob pena, consoante for determinado, de venda coerciva das acções que excedam tal limite, perda de direito de voto conferido por essas acções ou ainda de nulidade.”

64 Cfr. o parágrafo 27, primeiros dois parágrafos do MPEF e sob o título *Competition and sectoral regulators*, pontos 7.17. e 7.18. do Memorando de Entendimento na versão de setembro de 2011. Neste último documento e para além da eliminação dos direitos especiais, detalha-se a obrigação de as autoridades Portuguesas assegurarem que não sejam criados obstáculos à livre circulação de capitais. Refere-se também que as mesmas autoridades tomam na devida consideração que a alteração ao artigo 13.º, n.º 2 da Lei-Quadro das Privatizações cuja proposta de Lei tinha sido submetida à Assembleia da República, se aplicada, sê-lo-á apenas nas operações de privatização em concreto e de uma forma proporcionada, de modo a que a legislação aplicável não estabeleça ou permita tetos quanto à detenção ou aquisição que extravasem a própria transação.

vez que a concomitância com a apresentação da Proposta de Lei de modificação da Lei-Quadro das Privatizações lhe teria permitido modificar a redação se fosse esse o seu entendimento.

Particularmente relevante para o presente contributo é a previsão, na proposta de Lei, da revogação do artigo 15.º da Lei-Quadro das Privatizações, que permitia que, a título excecional, sempre que razões de interesse nacional o requeressem, o Estado poderia intervir diretamente no governo das sociedades (re)privatizadas. Essa intervenção poderia concretizar-se tanto através da confirmação (ou reprovação) de deliberações pelo administrador nomeado pelo Estado⁶⁵, como pela previsão de ações privilegiadas (*golden shares*), “*destinadas a permanecer na titularidade do Estado, as quais, independentemente do seu número, concederão direito de veto quanto às alterações do pacto social e outras deliberações respeitantes a determinadas matérias, devidamente tipificadas nos mesmos estatutos*”⁶⁶.

Confirmando o compromisso de encorajar a concorrência e reduzir fortemente o envolvimento direto do Estado na economia, durante a 1.ª Revisão da Troika em agosto de 2011 as autoridades Portuguesas comprometeram-se com uma nova medida do Memorando. A mesma impedia o Governo e quaisquer outras entidades públicas de concluírem acordos que restringissem a livre circulação de capitais ou influenciassem a gestão ou controlo das empresas. Note-se que Portugal já se encontrava vinculado a esta obrigação à luz do artigo 63.º do TFUE, na sua qualidade de Estado-Membro da UE.

A primeira revisão da Troika em agosto de 2011 avaliou o compromisso que fora anteriormente adotado nesta matéria – que constituía um *Benchmark* Estrutural do Programa em implementação⁶⁷ – como estando “Observado+”⁶⁸. É de realçar que na sequência da avaliação positiva do cumprimento do Programa pela Troika, foi disponibilizado 40% da assistência financeira a Portugal.

As medidas referidas estavam estreitamente relacionadas com a concretização da política de privatizações, a elaboração de uma nova Lei da

65 Nos termos do artigo 15.º, n.º 1 da Lei-Quadro das Privatizações.

66 Nos termos do artigo 15.º, n.º 3 da Lei-Quadro das Privatizações.

67 Cfr. as notas 46, 47 e 48 acima.

68 Cfr. a tabela de monitorização no Anexo 1 ao 1.º Relatório de Progresso da implementação do Programa (*Progress Report*), preparado pela Direção-Geral dos Assuntos Económicos e Financeiros da Comissão. Cfr. a p. 34 do *Occasional Paper* 83, de setembro de 2011 sobre “*The Economic Adjustment Programme for Portugal – First Review – Summer 2011*”, disponível em http://ec.europa.eu/economy_finance/publications/occasional_paper/2011/op83_en.htm [acedido em 15 de janeiro de 2022].

Concorrência, a criação de um novo tribunal especializado de Concorrência, Regulação e Supervisão e o reforço da independência dos reguladores setoriais⁶⁹.

2.4. Alteração da Lei-Quadro das Privatizações (agosto/setembro de 2011)

Em 3 de agosto de 2011, a Proposta de Lei 6/XII (1.^a), de alteração da Lei-Quadro das Privatizações (“Proposta de Lei”) foi discutida na Assembleia da República. E seguiu-se a discussão do Decreto-Lei n.º 90/2011, de 25 de julho em sede de apreciação parlamentar, da iniciativa do Partido Comunista Português (“PCP”)⁷⁰.

Na exposição inicial sobre a Proposta de Lei, o Ministro de Estado e das Finanças, Vítor Gaspar, resumiu os principais objetivos a prosseguir conforme previsto na Exposição de motivos transcrita *supra* e realçou a relevância de procurar colocar termo ao longo ciclo de contencioso que tinha oposto Portugal às instâncias europeias relativamente à manutenção de direitos especiais em sociedades privatizadas.

É neste dia que há evidência pública da discussão, pela primeira vez, sobre a possibilidade de criar um regime específico de salvaguarda dos interesses estratégicos nacionais autónomo, ou seja, independente da posição acionista do Estado nas empresas⁷¹. A sua importância é reconhecida por todas as forças políticas representadas na Assembleia da República. Mas não há similitude de posições quanto à identificação do(s) instrumento(s) para a concretizarem. Com efeito, discute-se se a intervenção do Estado na economia enquanto acionista (através do exercício das *golden shares*) seria imprescindível para assegurar de modo efetivo a referida salvaguarda, ou se a intervenção do Estado enquanto regulador será suficiente para, por si só, a assegurar. Não se chegou a um consenso⁷².

Entretanto, o Partido Socialista (“PS”) avança com a proposta de duas vias possíveis para “assegurar o interesse público em áreas absolutamente estratégicas para a segurança e a vida do país”: (i) “a criação de um regime administrativo de intervenção do Estado relativamente a operações que afetem a

69 Cfr. o parágrafo 27 do MPEF e medidas 7.9 e 7.17 a 7.20 do Memorando de Entendimento.

70 Apreciação Parlamentar 2/XII(PCP) que também teve lugar no dia 3 de agosto e foi publicada no D.A.R. n.º 11/XII/1, pp. 47 a 56.

71 Cfr. a transcrição das intervenções em sede de discussão da proposta na generalidade, publicada no D.A.R., I Série n.º 11/XII/1, de 4 de agosto de 2011, pp. 32 a 47.

72 A Proposta foi aprovada com os votos do PSD e do CDS-PP, o PS absteve-se e o PCP, o Bloco de Esquerda (“BE”) e o Partido Ecologista – Os Verdes (“PEV”) votaram contra.

segurança do abastecimento energético ou de comunicações do país” e (ii) “o estabelecimento destes mecanismos de salvaguarda, através de acordos parasociais com os restantes acionistas”⁷³, o que não foi aceite.

No mesmo dia e já no contexto da apreciação parlamentar sobre o Decreto-Lei n.º 90/2011, o debate sobre a concretização da salvaguarda do interesse público avançou, tendo o PS proposto um “amplo acordo parlamentar” que sustentasse o fim das *golden shares*, em simultâneo com o objetivo de assegurar a defesa dos interesses estratégicos do país⁷⁴.

Em 4 de agosto de 2011, a discussão da Proposta de Lei e votação na especialidade teve lugar na Comissão de Orçamento, Finanças e Administração Pública (COFAP)⁷⁵. Nesta comissão, o PS propôs a introdução de uma nova disposição à proposta de Lei, a qual foi acolhida pela maioria dos deputados e cuja redação é a seguinte:

*“Art. 27.º-A “Salvaguarda de interesses estratégicos nacionais
O Governo deve, no prazo máximo de 90 dias, a partir da entrada em vigor da presente lei, estabelecer o regime extraordinário para salvaguarda de ativos estratégicos em sectores fundamentais para o interesse nacional, em observância do direito comunitário”.*

No dia seguinte, o texto final foi aprovado na reunião plenária da Assembleia da República com os votos do Partido Social-Democrata (“PSD”), do PS e do CDS – Partido Popular (“CDS-PP”)⁷⁶.

2.5. Evolução dos contextos nacional e Europeu (setembro de 2011/novembro de 2013)

O presente capítulo começa pelo breve elenco das reações ao novo artigo 27.º-A da Lei-Quadro das Privatizações. Pelas razões mencionadas abaixo, a Comissão passa a monitorizar a sua concretização no contexto mais lato do compromisso respeitante à obrigação de o Estado Português não adotar

73 Cfr. p. 39 da transcrição da discussão na generalidade, referida na nota 71 acima.

74 Proposto e reiterado pelo PS, conforme consta da p. 50 do texto referido na nota 70 acima.

75 A Proposta foi aprovada, com um inciso sugerido pelo CDS-PP — (...) estratégicos em sectores fundamentais (...) (sublinhado o inciso).

O texto final aprovado na reunião da COFAP em sede de discussão na especialidade, publicado em conjunto com o relatório da Comissão no D.A.R., II série A, n.º 17/XII/1, de 5 de agosto, pp. 11 a 28.

76 Decreto n.º 3/XII, de 5 de agosto, que procede à segunda alteração da Lei-Quadro das Privatizações, publicado no D.A.R., II Série A n.º 18/XII/1, de 8 de agosto de 2011, pp. 13 a 18 e que, após promulgação pelo Presidente da República, foi publicada como Lei n.º 50/2011, de 13 de setembro.

medidas que sejam suscetíveis de restringir a livre circulação de capitais. Como tal, faremos uma referência à evolução dos compromissos considerada pela Troika no âmbito do Programa.

Em seguida, referimos a evolução ocorrida na UE relativamente à admissibilidade de regimes nacionais como aquele que foi criado pelo Decreto-Lei n.º 138/2014 e que poderão ter influenciado o legislador Português. Mencionamos igualmente jurisprudência do Tribunal de Justiça respeitante a medidas nacionais de intervenção do Estado em setores estratégicos e consideradas pela Comissão como restringindo injustificadamente a liberdade de circulação de capitais e o direito de estabelecimento.

Com efeito, ambas as perspetivas (do Programa e do Direito da UE) relevam para a compreensão do que poderão ter sido as dificuldades enfrentadas pelas autoridades Portuguesas na concretização do regime previsto no artigo 27.º-A⁷⁷ e das alternativas que poderão ter sido consideradas para, no cumprimento dos compromissos assumidos, avançar com o novo regime jurídico de intervenção do Estado para salvaguarda dos ativos estratégicos.

a. O novo artigo 27.º-A da Lei-Quadro das Privatizações

Uma questão preliminar que a redação do artigo 27.º-A suscita consiste em saber se consubstanciaria uma autorização legislativa nos termos e para os efeitos do disposto do n.º 2 do artigo 165.º da CRP⁷⁸. Não obstante uma análise detalhada não se justificar no âmbito do presente contributo, sempre se adianta que, nem da redação do artigo 27.º-A da Lei-Quadro, nem da análise da informação pública das interações havidas na Assembleia da República resulta claro qual o âmbito pretendido pelo legislador para o regime de salvaguarda a criar.

Designadamente, não existe informação sobre qual o entendimento do legislador relativamente ao universo dos ativos a abranger (apenas aqueles objeto de processos de privatização ou todos e quaisquer ativos que sejam considerados *estratégicos*, independentemente da titularidade dos mesmos ser do Estado ou de privados), aos destinatários do regime (investidores de Estados-Membros ou apenas de países terceiros), ao momento em que o regime se aplica (antes ou depois da realização das transações abrangidas), qual o

77 Estas dificuldades foram expressamente mencionadas pelo Governo à Assembleia da República no contexto da apresentação da Proposta de Lei n.º 190/XII(3.º) sobre o regime de salvaguarda dos ativos estratégicos, publicada em 10 de dezembro de 2013 no D.A.R., II série A, n.º 31/XII/3, da mesma data, pp 6 a 13.

78 Nos termos do artigo 165.º, n.º 2 da CRP, “As leis de autorização legislativa devem definir o objeto, o sentido, a extensão e a duração da autorização, a qual pode ser prorrogada”.

tipo de procedimento a seguir (notificação obrigatória de aquisições ou mera notificação voluntária), entre outros aspetos relevantes. Aliás, tanto a Nota Técnica dos serviços como o Parecer da COFAP apenas abordam a questão da eliminação das *golden shares*, sem previsão de qualquer sucedâneo⁷⁹.

Da escassa doutrina encontrada que aborda a referida disposição encontramos críticas à ambiguidade da disposição introduzida, para além da “*habitual indeterminação do interesse nacional*”⁸⁰. E suscita a dúvida sobre se “*estará em causa o condicionamento dos centros de decisão ou a obrigatoriedade de conservação de infraestruturas ainda que ineficientes?*”, concluindo que “*são dúvidas que só com a fixação do regime extraordinário previsto na norma ficarão esclarecidas – se é que é possível esclarecê-las em conformidade com o direito comunitário*”. Acresce que, para além da previsão expressa da sua conformação com o Direito da UE para a identificação de possíveis soluções que poderiam ser equacionadas pelo legislador na concretização do regime a criar, relevam os compromissos assumidos pelas autoridades Portuguesas em maio de 2011 e reiterados e aprofundados em agosto do mesmo ano perante a Troika.

A 2.^a Revisão da implementação do Programa que foi realizada pela Troika entre os dias 7 e 16 de novembro de 2011 incidiu, designadamente, sobre o compromisso de retirada do Estado da economia. E no Relatório de Progresso correspondente, os serviços da Comissão assumem claramente o entendimento de que se trata de um compromisso de natureza permanente e abrangente. Este entendimento poderá explicar a referência muito crítica à novidade da introdução do artigo 27.^o-A na recém-modificada Lei-Quadro das Privatizações, contrastando com a avaliação muito satisfatória que a Proposta de Lei havia recebido na 1.^a Revisão da Troika. Mais precisamente:

“45. The withdrawal of government intervention in company management must be permanent. It is important to guarantee that recent steps taken to liberate the functioning of markets from undue interference of the State by eliminating Golden Shares and special rights by the State are not reversed through other means. The government will therefore have to ensure that a forthcoming Decree Law implementing article 27A

79 O Parecer da COFAP e a Nota Técnica dos Serviços foram publicados no D.A.R., II série A, n.º 16/XII/1, de 4 de agosto, pp. 14 a 24.

80 E a este propósito, a mesma doutrina critica ainda a menção expressa à sujeição do novo regime legal ao direito comunitário, que considera desnecessária, acrescentando que “[...] parece ignorar-se que a revisão do paradigma de salvaguarda de exigências imperativas de interesse geral tem de assentar sobretudo no reforço da regulação técnica e económica, em especial nos casos em que a privatização atinja setores que não estão sujeitos a concorrência efetiva”. Trata-se da anotação ao artigo 27.^o-A, em Esteves de Oliveira, 2011.

*of the privatisation framework law dealing with strategic assets fully complies with Community law and the MoU*⁸¹. (negritos nossos).

Como referido, a Comissão (enquanto parte integrante da Troika) passa, assim, a monitorizar a concretização do referido artigo 27.º-A no contexto mais lato do compromisso de Portugal não adotar medidas suscetíveis de restringir a livre circulação de capitais e que inclui, designadamente, a eliminação de *golden shares* e todos e quaisquer direitos especiais. Com as inerentes consequências.

Já em 2015 e no contexto específico de uma auditoria realizada aos processos de privatização da EDP e da sociedade Redes Elétricas Nacionais, S.G.P.S., S.A. (“REN”), o Tribunal de Contas veio a considerar positiva a introdução do artigo 27.º-A enquanto previsão legal do regime excecional de salvaguarda, não obstante criticar o hiato temporal entre a aprovação da modificação à Lei-Quadro das Privatizações operada pela Lei n.º 50/2011, de 13 de setembro e a aprovação do Decreto-Lei n.º 138/2014, de 15 de setembro⁸².

Por seu turno, no mesmo ano e no Relatório Especial que aborda a “Assistência Financeira prestada a países em dificuldades”, o Tribunal de Contas Europeu admite que o adiamento das medidas possa ser explicado pela alteração das circunstâncias existentes à data da previsão das mesmas e não significa necessariamente incumprimento⁸³.

b. Monitorização do Programa pela Troika e evolução ocorrida na UE

A transcrição do 2.º Relatório de Progresso de Dezembro de 2011 que é apresentada acima reflete a formalização da avaliação que foi feita sobre a evolução da implementação das medidas a que as autoridades Portuguesas se encontravam vinculadas a adotar até ao 4.º trimestre de 2011 no que respeitava especificamente aos objetivos de retirada do Estado da economia e de aumento da atratividade do país para os investidores estrangeiros.

81 Cfr. o 2.º Relatório de Progresso (*Progress Report*), constante do *Occasional Paper* 89, de dezembro de 2011, disponível em http://ec.europa.eu/economy_finance/publications/occasional_paper/2011/op89_en.htm [acedido em 15 de janeiro de 2022].

82 Cfr. Parágrafos 37 e seguintes do Relatório de Auditoria do Tribunal de Contas sobre “Processos de (re) privatização do setor elétrico” – Relatório 9/2015, 2.ª Secção, Processo 16/13 AUDIT, maio de 2015.

83 Este Relatório foi apresentado nos termos do n.º 4, segundo parágrafo, do artigo 287.º TFUE com data de 2015 mas que foi tornado acessível em 26 de janeiro de 2016 em: <https://www.eca.europa.eu/pt/Pages/DocItem.aspx?did=35016> [acedido em 15 de janeiro de 2022].

Relativamente à eliminação da *golden share* na GALP e alienação da participação acionista de 1% detida pela Caixa Geral de Depósitos (“CGD”) – banco integralmente detido pelo Estado –, o período temporal previsto é posteriormente adiado⁸⁴. E a medida do Memorando que estabelecia a obrigação de o Estado interpretar de forma estrita a nova redação do artigo 13.º, n.º 3 da Lei-Quadro das Privatizações – e que respeitava à possibilidade de estabelecimento de tetos máximos de aquisição de participações sociais para além daqueles previstos para os processos de privatização – é considerada pela Troika como tendo sido apenas parcialmente cumprida.

Assim, não surpreende que na versão do Memorando de Entendimento de dezembro de 2011 se mantenham as medidas respeitantes à eliminação de *golden shares* e à proibição de criação de obstáculos à livre circulação de capitais⁸⁵ e esta última se torne mais gravosa, atendendo a que passa a ter carácter permanente (“em curso”), em vez de estar circunscrita a um horizonte temporal preciso.

Entretanto, em 10 de novembro de 2011 o Tribunal de Justiça profere o acórdão respeitante ao processo C-212/09 e conclui pelo incumprimento do Estado Português ao manter na GALP direitos especiais como os previstos na Lei-Quadro das Privatizações, no Decreto-Lei que aprovou a 1.ª fase do processo de privatização do capital social da sociedade e nos estatutos desta sociedade, a favor do Estado Português e de outras entidades públicas, atribuídos em conexão com ações privilegiadas (*golden shares*) detidas pelo Estado no capital social da referida sociedade⁸⁶.

Particularmente relevante neste processo é a contestação pelo Estado Português do carácter de medida nacional do artigo 4.º, n.º 3 dos estatutos da GALP e das cláusulas pertinentes do acordo parassocial que previam os direitos especiais, com o objetivo de os eximir do âmbito dos artigos respeitantes à liberdade de estabelecimento e à livre circulação de capitais que

84 Ponto 83, p. 37 do Relatório de Progresso mencionado na nota 81 acima.

85 Medidas 7.15 e 7.16. na versão do Memorando de Entendimento de dezembro de 2011.

86 Os direitos especiais incluíam o direito de veto sobre a nomeação do Presidente do Conselho de Administração, quaisquer deliberações que visassem autorizar a celebração de contratos de grupo paritário ou de subordinação, quaisquer deliberações que, de algum modo, pudessem pôr em causa a segurança do abastecimento do País de petróleo, de gás e de eletricidade, ou produtos derivados dos mesmos e ainda uma maioria qualificada (com o voto favorável do acionista Estado) sobre, designadamente, a escolha de parceiros estratégicos, a aprovação e modificação das linhas estratégicas e do plano estratégico da sociedade e das respetivas áreas de negócio.

havia sido invocados pela Comissão como fundamento para a violação dos atuais artigos 49.º e 63.º TFUE.

Em 4 de outubro de 2006 havia sido celebrado um acordo parassocial entre os vários acionistas da GALP – a Amorim Energia, a ENI e a CGD –, sendo que continuava a vigorar à data do acórdão, com adaptações entretanto introduzidas. Ao abrigo do referido acordo, a CGD intervinha na designação de um administrador que era obrigatoriamente o presidente do Conselho de Administração⁸⁷. Ora, o Estado alega, designadamente, que na medida em que, segundo o referido acordo, o direito do Estado de designar o presidente do conselho de administração da GALP é exercido pela CGD e não pelo Estado, a disposição do acordo parassocial em causa não constitui uma medida estatal⁸⁸.

Mas o Tribunal esclarece que também os acordos parassociais com base nos quais o Estado exerce os direitos especiais são medidas estatais (não têm carácter privado), tendo atendido à circunstância de a CGD ser “*um banco cujo capital é integralmente detido pelo Estado, [pelo que] este último exerce os seus direitos por intermédio da CGD*”. Desse modo, o Tribunal considerou que o Estado Português se concertava com os acionistas de referência da GALP, por ele escolhidos através da CGD, para manter a sua influência na composição e na gestão da referida sociedade⁸⁹.

Esta qualificação como medidas estatais tem por consequência considerá-las abrangidas pelas obrigações dos Estados-Membros em não adotarem medidas que restrinjam injustificadamente as liberdades fundamentais (como seja a livre circulação de capitais, nos termos e para os efeitos do artigo 56.º TFUE) e, nessa medida, retira efeito útil à possibilidade de celebrar acordos parassociais com as características daquele da GALP como meio de subtrair esta forma de intervenção do Estado nas empresas à disposição legal em causa.

Na sequência do acórdão, Portugal encontrava-se obrigado a tomar as medidas necessárias à sua execução não apenas ao abrigo do Programa, como também ao abrigo do artigo 260.º, n.º 1 do TFUE mencionado acima. Mas a alienação da participação de 1% da CGD na GALP (e eliminação da *golden share*) foi sendo sucessivamente adiada⁹⁰.

87 Parágrafos 12 e 13 do acórdão mencionado na nota 57 acima.

88 Parágrafo 49 do acórdão mencionado na nota 57 acima.

89 Parágrafo 51 do acórdão mencionado na nota 57 acima.

90 Cfr. a análise do Tribunal de Contas Europeu no Relatório Especial mencionado acima na nota 83.

A 4.^a Revisão teve lugar entre 22 de maio e 4 de junho de 2012. Seguiu-se a publicação do correspondente Relatório de Progresso⁹¹, sendo que a Comissão refere expressamente que já solicitara esclarecimentos formais ao Estado Português relativamente ao atraso na execução do acórdão⁹², o que indicia a existência de um procedimento por “duplo incumprimento” ao abrigo do artigo 260.º, n.º 2 do TFUE. E a versão do Memorando de Entendimento resultante desta avaliação inclui a menção expressa da obrigação de o Estado assegurar que não são concluídos quaisquer acordos de acionistas, estando o Estado a agir nessa qualidade, que restrinjam a livre circulação de capitais ou influenciem a gestão ou controlo das empresas⁹³.

O 5.º Relatório de Progresso ainda indica que a medida do Programa foi considerada incumprida⁹⁴ e é no Relatório de Progresso seguinte que a Comissão constata o seu cumprimento⁹⁵. Não obstante, o caráter permanente dos compromissos das autoridades Portuguesas que compõem ambas as medidas, mantém-se inalterado até à conclusão do Programa em 2014⁹⁶, com as inerentes implicações na hipotética *margem* que as autoridades

91 4.º Relatório de Progresso (*Progress Report*), constante do *Occasional Paper* 111, de julho de 2012 disponível em http://ec.europa.eu/economy_finance/publications/occasional_paper/2012/op111_en.htm [acedido em 15 de janeiro de 2022].

92 Cfr. o parágrafo 88 do acórdão mencionado na nota 57 acima.

93 Cfr., respetivamente, medidas 7.18 e 7.17 do Memorando de Entendimento na versão de 27 de junho de 2012.

94 Cfr. a Tabela 7 – Resumo do Cumprimento para a 5.^a Revisão, p. 17 e parágrafo 68, p. 31 do 5.º Relatório de Progresso (*Progress Report*), constante do *Occasional Paper* 117, de outubro de 2012 disponível em http://ec.europa.eu/economy_finance/publications/occasional_paper/2012/op117_en.htm [acedido em 15 de janeiro de 2022].

95 Cfr. o parágrafo 72, p. 30 e o Anexo 1 – Tabela de monitorização com a referência do cumprimento da medida 7.8, do 6.º Relatório de Progresso (*Progress Report*), constante do *Occasional Paper* 124, de dezembro de 2012, disponível em http://ec.europa.eu/economy_finance/publications/occasional_paper/2012/op124_en.htm [acedido em 15 de janeiro de 2022].

96 O texto das medidas na versão de 28 de fevereiro de 2014 do Memorando de Entendimento, sob o título 7. Condições de Enquadramento, sub-título Concorrência, é o seguinte:

“7.1. O Governo adotar as medidas necessárias para garantir que nem o Estado nem quaisquer entidades públicas celebrem, na qualidade de acionistas, acordos de acionistas cuja intenção ou efeito seja impedir a livre circulação de capitais ou que influenciem a gestão ou o controlo das empresas [em curso].

7.2. Além da eliminação dos direitos especiais do Estado, as autoridades comprometem-se ainda a não criar, com a sua ação, obstáculos à livre circulação de capitais. As autoridades confirmam que o poder discricionário nos termos do n.º 2 do art.º 13.º da Lei-Quadro das Privatizações (Lei n.º 11/90 alterada pelo Decreto da Assembleia 3/XII de 5 de agosto de 2011), se exercido, será limitado exclusivamente à operação de privatização e, por conseguinte, exercido de forma proporcional, uma vez que a legislação de implementação da privatização não fixará nem permitirá limites máximos para a detenção ou aquisição de ações depois da operação de privatização [em curso]”.

Portuguesas pudessem ter nas alternativas a considerar para efeitos da elaboração do regime de salvaguarda dos ativos estratégicos.

E a este propósito é igualmente importante atentar na menção crítica que a Comissão faz no âmbito do 4.º Relatório de Progresso sobre o Decreto-Lei n.º 112/2012, de 23 de maio, entretanto adotado no contexto da 2.ª fase do processo de reprivatização da REN. O mesmo prevê a venda direta de uma participação de 40% do capital social da empresa e mantém um limite máximo para a aquisição, direta ou indireta, por pessoas ou entidades que não pertençam ao Estado, de 25% do capital social no operador de transporte de eletricidade e gás natural ou em qualquer das sociedades que o primeiro controla⁹⁷.

A Comissão veio a considerar que as limitações a aquisições consubstanciam um obstáculo à livre circulação de capitais e suscitou a dúvida sobre a sua compatibilidade, em particular com a livre circulação de capitais e a liberdade de estabelecimento (artigos 63.º e 49.º TFUE) e igualmente com o compromisso constante do Memorando de Entendimento que assegura que não são adotadas medidas estatais que restrinjam a livre circulação de capitais. Recorde-se, a este propósito, a medida do Memorando respeitante à interpretação estrita a adotar na aplicação do artigo 13.º, n.º 2 da Lei-Quadro das Privatizações aos processos em concreto⁹⁸.

Do acima exposto resulta, por um lado, que o Tribunal de Justiça vem confirmar o entendimento já consolidado relativamente aos critérios que norteiam a análise das medidas estatais à luz das regras do TFUE – ainda que com algumas especificidades –, sendo que, na ausência de Programa continuaria a caber ao Tribunal de Justiça pronunciar-se sobre o processo GALP.

E, por outro lado, resulta da análise da informação pública sobre a evolução da implementação das medidas respeitantes à livre circulação de capitais que parece haver, no mínimo, alguma “tensão” entre o que a Troika (em particular, a Comissão) interpreta como sendo a atuação mais conforme ao Direito da UE e o entendimento menos estrito das autoridades Portuguesas sobre a mesma matéria.

Como será referido abaixo, a Comissão também foi muito exigente (ou intransigente?) relativamente à aprovação pelas autoridades Portuguesas do regime de salvaguarda de ativos estratégicos, não obstante tratar-se de uma

97 Cfr. o parágrafo 89 do 4.º Relatório de Progresso mencionado na nota 91.

98 Cfr. a nota 63.

forma de intervenção na economia que existia em vários outros Estados-Membros.

Cumpra, agora, analisar a perspetiva da evolução ocorrida na União Europeia – já sem a menção ao acórdão GALP, feita acima por questões de sistematização da exposição – no hiato temporal entre dezembro de 2011 e novembro de 2013.

Mais precisamente, referir-nos-emos por um lado, a acórdãos proferidos pelo Tribunal de Justiça em processos respeitantes a “restrições” que decorrem de medidas estatais; e, por outro lado, à avaliação dos resultados da monitorização do cumprimento das liberdades fundamentais do mercado interno pela Comissão – enquanto guardiã dos Tratados, nos termos e para os efeitos do artigo 17.º, n.º 1 do TUE.

Com efeito, confirma-se o entendimento muito restritivo – e já consolidado – da Comissão quanto à admissibilidade de certas formas de intervenção do Estado na economia (secundada pelo Tribunal de Justiça na larga maioria dos casos) em mais um acórdão do Tribunal de Justiça. Mencionamos ainda outro acórdão relativo à previsão legal de proibição de privatizar pelo Estado Holandês, em sede de um reenvio prejudicial.

O primeiro dos acórdãos do Tribunal de Justiça é de 8 de novembro de 2012⁹⁹ e respeita a dois mecanismos gregos de controlo do investimento em empresas estratégicas – designadamente, dos setores energético e de telecomunicações – oriundo da UE e de países terceiros.

Um deles implica a autorização prévia da Comissão Interministerial de Privatização grega da aquisição de direitos de voto que representem mais de 20% do capital social de certas “sociedades anónimas estratégicas”, com base num elenco indicativo de critérios de apreciação e o outro mecanismo consiste num dispositivo de controlo *a posteriori* pelo Ministro das Finanças de certas decisões tomadas por essas sociedades por motivos de interesse geral (que no entendimento do Tribunal de Justiça não estão detalhados).

O Tribunal de Justiça considerou que ambos os mecanismos constituíam restrições injustificadas à liberdade de estabelecimento e confirmou a violação do artigo 43.º do TFUE pela Grécia. Mais precisamente, por um lado, considerou que a fixação em 20% do capital social enquanto limiar para as aquisições sujeitas ao regime de autorização prévia impede os investidores de atingirem o nível exigido para controlar e gerir uma sociedade estratégica

99 C-244/11, *Comissão c. Grécia*, EU:C:2012:694.

e influenciar as suas decisões (não abrangendo, assim, investimentos financeiros).

Esta restrição foi qualificada como injustificada por várias razões, entre as quais (i) a imprecisão quanto ao seu âmbito de aplicação (incluindo os setores de atividade) e os critérios para a sua aplicação, que acarreta incerteza jurídica para os investidores quanto às situações passíveis de enfrentar uma oposição pelo Estado e confere um poder discricionário às autoridades¹⁰⁰; e (ii) a sua aplicabilidade a todas as decisões das sociedades não é adequada a prosseguir o interesse público visado nem é proporcional¹⁰¹.

Acresce que, segundo o Tribunal de Justiça, o mecanismo de controlo *a posteriori*, que se refere a decisões respeitantes à gestão da sociedade (visando acionistas capazes de exercer uma influência efetiva nesta) constitui uma restrição injustificada na atividade da mesma, designadamente atendendo a que (i) não se circunscreve a decisões de gestão específicas¹⁰², (ii) dificilmente se poderia considerar que inclui uma enumeração taxativa dos ativos estratégicos em causa¹⁰³ e, (iii) não clarifica quais as circunstâncias concretas em que o direito de oposição pode ser exercido – são potencialmente numerosas, indeterminadas e indetermináveis –, pelo que resulta em insegurança jurídica para os investidores¹⁰⁴.

O segundo acórdão relevante é de 22 de outubro de 2013, foi proferido no contexto de um reenvio prejudicial do Supremo Tribunal Holandês e respeitava ao setor energético¹⁰⁵. O órgão jurisdicional nacional de reenvio pretendia saber, no essencial, se os objetivos que consistem em combater as

100 Parágrafos 74 e ss do acórdão.

101 Parágrafos 68 e ss do acórdão.

102 Parágrafo 83 do acórdão.

103 Parágrafo 84 do acórdão.

104 Parágrafos 85 e 86 do acórdão.

105 Processos apensos *Staat der Nederlanden c. Essent NV* (C-105/12), *Essent Nederland BV* (C-105/12), *Eneco Holding NV* (C-106/12) e *Delta NV* (C-107/12), EU:C:2013:677. O pedido foi apresentado no âmbito de litígios que opõem a *Staat der Nederlanden* (Estado Holandês) às referidas sociedades, as quais operavam, nomeadamente, na produção, no fornecimento e na comercialização de eletricidade e de gás no território nacional. O pedido de reenvio versava sobre a compatibilidade, com o Direito da UE, da legislação nacional que proíbe, em primeiro lugar, a venda a investidores privados de ações detidas nos operadores de redes de distribuição de eletricidade e de gás que atuam no território holandês; em segundo lugar, sobre os vínculos de propriedade ou de controlo entre, por um lado, sociedades que fazem parte de um grupo ao qual pertence um operador dessas redes de distribuição e, por outro, sociedades que pertencem a um grupo ao qual pertence uma empresa que produz, fornece e comercializa eletricidade ou gás no território holandês; e, em terceiro lugar, sobre a realização, por tal operador e pelo grupo de que faz parte, de operações ou de atividades suscetíveis de prejudicar os interesses da gestão da rede em causa.

subvenções cruzadas, *lato sensu*, incluindo a troca de informações estratégicas, em assegurar a transparência nos mercados da eletricidade e do gás e em prevenir as distorções da concorrência constituem interesses económicos puros ou, pelo contrário, são razões imperiosas de interesse geral que justificam entraves à livre circulação de capitais. Mais precisamente, se são ou não compatíveis com as regras do Tratado, não obstante consubstanciarem uma exceção à referida liberdade fundamental.

O Tribunal de Justiça considerou que as legislações dos Estados-Membros que regem o regime de propriedade estão sujeitas à livre circulação de capitais, pelo que uma proibição de privatizações restringe a referida liberdade fundamental, sem prejuízo de aceitar que as razões subjacentes à escolha do regime de propriedade poderem justificar a referida restrição¹⁰⁶. E veio a considerá-las razões imperiosas de interesse geral que justificavam a restrição à livre circulação de capitais, remetendo para o órgão jurisdicional de reenvio a aferição da sua proporcionalidade.

A segunda perspetiva respeitante à evolução ocorrida na União Europeia no hiato temporal entre novembro de 2011 e dezembro de 2013 que releva para os presentes efeitos consiste na análise dos vários tipos de mecanismos de intervenção dos Estados na economia pela Comissão. Com efeito, atendendo à importância que o investimento estrangeiro reveste para a prossecução dos objetivos de crescimento da economia e criação de emprego na UE, em 2012 a Comissão passou a publicar anualmente documentos de trabalho dos serviços, sobre os movimentos de capitais e investimentos¹⁰⁷.

Em nosso entendimento, da informação pública disponível infere-se que, relativamente às legislações nacionais que preveem mecanismos de verificação de investimento estrangeiro, no horizonte temporal a que nos reportamos parece não existir uma posição tão conservadora quando comparada com aquela respeitante aos direitos especiais dos Estados-Membros que resultam da forma de intervenção decorrente da posição de acionistas privilegiados.

Assim, em 2013 a Comissão constata que no ano anterior três Estados-Membros adotaram mecanismos desse tipo e refere que a maioria dos Estados-Membros tinha algum tipo de mecanismo para verificar os investimentos estrangeiros com o objetivo de proibir investimentos com base em segurança pública ou razões de interesse público (*public policy*), sendo que a

106 Cfr os parágrafos 47 e 48 do acórdão.

107 O primeiro documento abrange o período de 2010 e 2011 (quando existe informação disponível).

maior parte abrangia investimentos intracomunitários e de países terceiros¹⁰⁸. Ademais, não há referência expressa a processos por incumprimento respeitantes aos mesmos mecanismos, sendo que, a título de exemplo, a legislação Alemã nesta matéria data de 2009¹⁰⁹.

No documento de 2014, a Comissão reitera que, se em determinadas circunstâncias é legítimo aos Estados-Membros manterem o controlo sobre empresas privatizadas para prossecução do interesse público, as condições a respeitar são exigentes. Esta referência é feita a propósito da monitorização constante que a Comissão terá feito das legislações de Estados-Membros sujeitos a Programas de Assistência Económica e Financeira à luz das regras do Direito da UE, como foi o caso de Portugal. Mas não avança com uma clarificação sobre o que deverá ser a exigência, limitando-se a constatar que “é um desafio constante encontrar o equilíbrio entre o objetivo de atrair investimento no Mercado Único e proteger os objetivos legítimos de interesse público, igualmente importante para a atração de capital estrangeiro”¹¹⁰.

Note-se, a este propósito, que o Relatório Especial do Tribunal de Contas Europeu de 2015 sobre a “*Assistência Financeira prestada a países em dificuldades*”¹¹¹ conclui que os países não foram tratados da mesma forma em cenários comparáveis e que a gestão das condições constantes dos Memorandos foi feita de modo distinto pela Comissão relativamente a vários aspetos¹¹². Fica a dúvida sobre se, além disso, a abordagem da Comissão relativamente a medidas nacionais de Estados-Membros da UE que não estiveram sob assistência financeira e também respeitavam a exceções à livre circulação de capitais e liberdade de estabelecimento terão sido monitorizadas de forma equiparável.

108 Cfr. as pp. 10 e 11 do Documento de Trabalho dos Serviços da Comissão – A Livre Circulação de Capitais na União Europeia, com data de 15 de abril de 2013, referência SWD(2013) 146 final. Este documento abrange o período de 2011 até o fim do 1.º semestre de 2012 (quando existe informação disponível).

109 Cfr. a Lei sobre a Economia Externa (*Dreizehntes Gesetz zur Änderung des Ausseiwirtschaftsgesetzes*) e o Regulamento (*Ausseiwirtschaftsverordnung*) de 18 de abril de 2009, que modificou o Regulamento sobre o Comércio Externo de 2004, a primeira das quais fora posteriormente modificada.

110 Cfr. a p. 11 do Documento de Trabalho dos Serviços da Comissão – A Livre Circulação de Capitais na União Europeia, com data de 18.3.2014, SWD(2014) 115 final.

111 Cfr. o relatório mencionado na nota 83 acima.

112 Cfr. pp. 38 e 40 do relatório mencionado na nota 83 acima.

3. A CRIAÇÃO DO REGIME PORTUGUÊS DE ESCRUTÍNIO DOS IDES EM 2014

3.1. A autorização legislativa para o regime de salvaguarda (dezembro de 2013)

a. A contextualização da Proposta de Lei e o processo legislativo

Como se detalhou acima, durante o Programa as autoridades Portuguesas estavam vinculadas a não manter nem criar quaisquer direitos especiais que restringissem a livre circulação de capitais e a absterem-se de tomar quaisquer medidas que fossem suscetíveis de resultar na referida restrição. A importância significativa deste compromisso na avaliação da implementação do Programa encontra-se espelhada na sua qualificação como *Benchmark* Estrutural do Programa em causa.

É no Comunicado de 28 de novembro de 2013 que o Conselho de Ministros torna público ter aprovado “*uma proposta de lei que autoriza o Governo a legislar sobre o regime de salvaguarda de ativos estratégicos essenciais para a defesa e segurança nacional e para a segurança do aprovisionamento do País em serviços fundamentais para o interesse nacional, nas áreas da energia, transportes e comunicações, através da instituição de um procedimento de avaliação às operações relativas a esses ativos*”.

Neste contexto, o Conselho de Ministros “*propõe-se estabelecer um procedimento de avaliação subsequente de certas operações que resultem na aquisição de controlo, direto ou indireto, por entidades de países terceiros à União Europeia. Nos termos deste procedimento, o Governo poderá opor-se a uma operação, através de decisão fundamentada, caso conclua que ela pode pôr em causa a defesa e segurança nacional ou a segurança do aprovisionamento do País em serviços fundamentais para o interesse nacional*”. E conclui, considerando dar assim “*cumprimento à disposição pela qual a Assembleia da República incumbiu o Governo de estabelecer o regime de salvaguarda de ativos estratégicos em sectores fundamentais para o interesse nacional, procurando seguir legislações similares aprovadas por outros Estados-Membros da União Europeia, bem como respeitar a jurisprudência dos tribunais europeus nesta matéria*”¹¹³. (negrito nosso)

113 Disponível em: <https://www.historico.portugal.gov.pt/pt/o-governo/arquivo-historico/governos-constitucionais/gc19/comunicados-cm/2013/20131128-cm-comunicado.aspx> [acedido em 15 de janeiro de 2022].

Em 9 de dezembro de 2013, a Proposta de Lei n.º 190/XII(3.^a) dá entrada na Assembleia da República¹¹⁴.

O hiato temporal entre a entrada em vigor da Lei n.º 50/2011 (que contém o artigo 27.º-A) e a apresentação pelo Governo à Assembleia da República, da referida Proposta de Lei foi amplamente criticado¹¹⁵. As críticas incidiram, desde logo, na circunstância de o regime de salvaguarda dos ativos estratégicos que veio a ser proposto ter um âmbito mais circunscrito do que aquele que, em teoria, poderia ter sido almejado pelo legislador no artigo 27.º-A da Lei-Quadro das Privatizações. Acresce que, entretanto, o Governo privatizou empresas de “interesse estratégico”, como foi o caso dos CTT – Correios de Portugal, S.A. e da ANA – Aeroportos de Portugal, S.A. e que, segundo os críticos¹¹⁶, deveriam ter sido abrangidas pelo regime especial de salvaguarda dos ativos estratégicos.

Na apresentação inicial da referida Proposta de Lei na Assembleia da República, o Secretário de Estado das Infraestruturas, Transportes e Comunicações, Sérgio Monteiro, apresentou uma justificação para o referido hiato temporal¹¹⁷.

O âmbito excecional do regime proposto é reforçado pelo Secretário de Estado, que afirma que “[...] *O Estado não reduziu o seu peso acionista em qualquer das empresas objeto de privatização sem, antes, ter garantido a salvaguarda do interesse estratégico que cada uma dessas empresas representa e [...] este é um diploma de último recurso. A salvaguarda dos ativos estratégicos é assegurada, em primeira linha, através do ajustamento do quadro regulatório do setor e dos contratos de concessão, do reforço das competências do regulador, da aprovação de decretos-leis que definam as regras do processo de privatização e objetivos estratégicos da operação, com cadernos de encargos claros, transparentes e rigorosos, escrutináveis por todos, assim como com o estabelecimento de acordos de parceria estratégicos, com a criação de comissões de acompanhamento dos processos de privatização e com o*

114 Cfr. a nota 77 acima.

115 Cfr., por exemplo, o relatório da Comissão de Economia e Obras Públicas (“CEOP”), da autoria de um deputado do PS, publicado no D.A.R., II série A, n.º 49/XII/3 em 15 de janeiro de 2014, pp. 16 e ss. Cfr. a crítica do Tribunal de Contas no relatório mencionado na nota 82.

116 Cfr., a título de exemplo, o texto da Apreciação Parlamentar n.º 103/XII, D.A.R., II Série B, n.º 1/XII/4, de 20 de setembro de 2014, p. 5. Esta iniciativa veio a caducar em 22 de outubro.

117 Cfr. a Intervenção do Secretário de Estado das Infraestruturas, Transportes e Comunicações na Assembleia da República, em sede de discussão da proposta de Lei na generalidade, publicada no D.A.R., I Série, n.º 36/XII/3, de 16 de janeiro de 2014, p. 56.

*envio de todos os elementos para o Tribunal de Contas e para a CMVM [Comissão do Mercado de Valores Mobiliários]*¹¹⁸.

O Secretário de Estado referiu ainda que o projeto de regime se fundava nas legislações alemã, austríaca, espanhola, finlandesa, italiana e lituana. Não obstante não ter sido apresentada informação à Assembleia da República sobre as referidas seis jurisdições¹¹⁹, dos dados publicamente acessíveis¹²⁰ pode identificar-se um conjunto de características suscetíveis de terem influenciado o texto da Proposta de Lei. Em primeiro lugar, estas jurisdições preveem mecanismos de oposição (e não de autorização prévia). Em segundo lugar, a circunstância de quatro das seis legislações preverem a sua aplicabilidade à generalidade dos setores¹²¹, sendo a legislação italiana aplicável apenas a três setores (energia, transportes e comunicações)¹²² e a espanhola apenas ao setor energético¹²³.

Não é de excluir que outras formas de intervenção do Estado em “setores estratégicos” da economia, existentes noutras jurisdições, possam ter sido ponderadas pelo legislador Português – ainda que aparentemente não tenham servido de inspiração. A título de exemplo, poderia relevar o regime nacional objeto do reenvio prejudicial pelo Supremo Tribunal Holandês¹²⁴. Com efeito, esse regime submetia à aprovação do Ministro da Economia a aquisição de controlo dos ativos de geração e eletricidade e as instalações de gás natural liquefeito. E nesse país coloca-se mesmo a possibilidade de subtrair à

118 Cfr. a p. 50 do texto publicado no D.A.R., mencionado na nota 117 acima.

119 Cfr. o Relatório/Parecer da CEOP mencionado na nota 115 acima, pp. 16 e 17.

120 Na Alemanha relevavam a Lei sobre a Economia Externa (*Außenwirtschaftsgesetz – AWG*) e pelo Regulamento (*Außenwirtschaftsverordnung – AWW*) na redação de 6 de junho de 2013, publicados no *Bundesgesetzblatt I* p. 1482. Na Áustria relevava a *Außenwirtschaftsgesetz 2011, Bundesgesetzblatt Nr. 26/2011*. Em Espanha relevava a *Disposición Adicional 11.ª de la Ley n.º 34/1998*, de 7 de outubro, *del sector de los hidrocarburos*. A legislação Finlandesa correspondia à Lei n.º 172/2012 (*Act on the Monitoring of Foreign Corporate Acquisitions*), que entrou em vigor em 1 de junho de 2012, na sua redação à data. A legislação Italiana incluía o Decreto Legge n.º 21, de 15 de março de 2012, publicado na *Gazzetta Ufficiale* n.º 63, da mesma data, posteriormente convertido na Legge n.º 56, de 11 de maio de 2012, publicada na *Gazzetta Ufficiale* n.º 111, de 14 de maio de 2012. A legislação Lituana correspondia à Lei n.º VIII-1312, de 7 de julho de 1999, na sua redação à data.

121 Cfr. por exemplo a legislação alemã, mencionada na nota 120 acima.

122 Cfr. a legislação Italiana, mencionada na nota 120 acima.

123 De acordo com *Disposición Adicional 11.ª de la Ley n.º 34/1998*, de 7 de outubro, *del sector de los hidrocarburos*, a aquisição de uma participação social de 20% ou uma participação inferior que conceda uma influência significativa sobre o ativo depende de autorização da *Comisión Nacional de Energía* e pode ser negada quando exista uma ameaça real e suficientemente grave para a segurança pública. Publicada no *Boletín Oficial del Estado*, n.º 241, de 8 de outubro de 1998, pp. 33517 e ss.

124 Cfr. a nota 105 acima.

privatização a titularidade das sociedades detentoras de ativos considerados estratégicos. Da mesma forma, poderiam relevar as legislações italiana¹²⁵ e polaca no que respeita à intervenção do Estado nas decisões das sociedades que controlam os ativos, sendo aplicáveis aos setores da energia, dos transportes e das comunicações.

Importa realçar a este propósito, tal como a Comissão veio a constatar mais tarde¹²⁶, que nos anos de 2013 e 2014 já existem 11 Estados-Membros com mecanismos de monitorização de investimentos para salvaguarda da segurança pública e do interesse público, sendo que vários coexistem com a previsão legal de exercício de direitos especiais sobre empresas que prosseguem a sua atividade em setores estratégicos.

Com efeito, poder-se-á defender que o número de regimes nacionais reflete a sensibilidade e complexidade do tema da proteção do “interesse público” referido acima, em paralelo com a necessidade “sentida” pelas autoridades nacionais de proteção de forma acrescida de determinadas atividades consideradas “estratégicas” a nível nacional num enquadramento caracterizado pelo investimento estrangeiro em empresas ou atividades tradicionalmente detidas e prosseguidas pelo próprio Estado ou por empresas nacionais. Uma explicação para essa proteção poderá ser a convicção de que as mesmas empresas integram o “perímetro económico estratégico de soberania”¹²⁷ do Estado – que varia de país para país – e cuja prossecução dos interesses fundamentais da nação poderá ser comprometida com a passagem do controlo para investidores estrangeiros¹²⁸.

Acresce que, segundo a Comissão, oito dos mesmos onze Estados-Membros – entre os quais se conta Portugal – têm algum tipo de controlo de entrada ou mecanismo de verificação ou apreciação prévia (*screening mechanism*) que extravasa o setor da defesa¹²⁹. A maioria dos mecanismos aplicar-

125 Cfr. o *Decreto Legge* n.º 21, de 15 de março de 2012, mencionada na nota 128 acima, e adotado na sequência do procedimento por “duplo incumprimento” iniciado pela Comissão (com a referência 2009/2255) que considerou que Itália não havia sido executado o acórdão do Tribunal de Justiça de 26 de março de 2009, processo C-326/07, *Comissão c. Itália*, que havia declarado o incumprimento pelo mesmo Estado-Membro. Para uma contextualização da sua conversão e modificação na *Legge* n.º 56, de 11 de maio de 2012, publicada na GU n.º 111, de 14 de maio de 2012.

126 Cfr. pp. 21 e 22 do Documento de Trabalho dos Serviços da Comissão – A Livre Circulação de Capitais na União Europeia, com data de 5 de março de 2015, referência SWD(2015) 58 final.

127 Cfr. Kovar, 2009.

128 Cfr. o contributo doutrinal mencionado na nota 127 acima.

129 De acordo com o elenco da Comissão constante do documento mencionado supra na nota 126, trata-se da Áustria, da Alemanha, da Finlândia, de França, da Lituânia, da Itália e do Reino Unido (ainda Estado-Mem-

-se-á a investidores da UE e de países terceiros, ainda que alguns distingam entre ambas as categorias. Um número limitado centra-se apenas nos investidores de países terceiros, não obstante alguns poderem aplicar-se a investidores da UE, de forma a impedir situações de fraude à lei. Tal é o caso da legislação austríaca¹³⁰.

Em 15 de janeiro de 2014, o Relatório/Parecer da Comissão de Economia e Obras Públicas, que incluía a Nota Técnica¹³¹ e o Parecer da Região Autónoma dos Açores, foram enviados à Presidente da Assembleia da República. Tanto o Relatório como a Nota Técnica referem as legislações Alemã e Francesa a propósito da perspectiva de Direito Comparado respeitante à existência de mecanismos de intervenção do Estado em setores considerados estratégicos¹³². Mas nada é dito quanto ao enquadramento nacional que poderia relevar para efeitos da concretização do disposto no artigo 27.º-A da Lei-Quadro das Privatizações. E, designadamente quanto à seleção dos setores de atividade que são objeto da proposta de Lei, sendo que resulta da interação havida durante o processo legislativo que o elenco dos mesmos não era pacífico, tendo mesmo o CDS-PP dos Açores defendido a inclusão dos recursos hídricos e suas infraestruturas em sede de Parecer da Assembleia Legislativa¹³³.

O Parecer da Comissão de Defesa Nacional foi favorável à Proposta de Lei em análise, uma vez que a considerou conforme ao Conceito Estratégico

bro da UE nessa data – cfr. a nota 28 acima). De acordo com o documento da Comissão, os restantes três Estados-Membros (Dinamarca, Espanha e Eslovénia) limitam os respetivos regimes a medidas necessárias a proteger a segurança nacional e estão relacionados com o fabrico ou comercialização de armas, munições e material de guerra, que são permitidas à luz do artigo 346.º, n.º 1, al. b) TFUE.

130 Cfr. a menção na nota 120 acima.

131 Cfr. a nota 115 acima.

132 A legislação Alemã foi mencionada na nota 120 acima e previa um mecanismo de verificação do investimento estrangeiro em empresas estratégicas. A legislação Francesa mencionada na Nota Técnica respeitava a processos de privatização: *Loi* n.º 86-912, de 6 de agosto de 1986, conforme alterado pela *Loi* n.º 93-923, de 19 de julho de 1993 (Lei das Privatizações) e a *Loi* n.º 2004-803, de 9 de agosto de 2004, que estabelece as normas aplicáveis à prestação do serviço público de eletricidade e gás às respetivas empresas que prestam esses serviços.

133 Parecer e Relatório da Assembleia Legislativa da Região Autónoma dos Açores, disponíveis em <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetailIniciativa.aspx?BID=38096> [acedido em 15 de janeiro de 2022]. Na sua intervenção inicial, o Ministro do Ambiente e o Secretário de Estado das Infraestruturas suscitaram a hipótese de o setor das águas ser incluído no elenco da proposta de Lei, caso a Assembleia da República assim o entendesse, salvaguardando ainda assim que o Governo considerava que “A água é um ativo inalienável do País”. Cfr. o documento mencionado na nota 117 acima.

de Defesa Nacional (CEDN)¹³⁴, que elenca a salvaguarda dos ativos estratégicos nacionais como uma das prioridades para a garantia da independência do país face a ameaças externas. Mais prevê que a garantia dos objetivos permanentes do Estado de direito democrático implica que as políticas de defesa e segurança nacional devam, designadamente, “*Assegurar reservas estratégicas indispensáveis à segurança do país, nomeadamente nos planos da energia, das comunicações, dos transportes, dos abastecimentos, da alimentação e da saúde*”. Trata-se, assim, de um conceito bastante mais lato do que aquele objeto do regime de salvaguarda constante da Proposta de Lei, na medida em que visa assegurar não apenas a segurança nacional, como também a manutenção da normalidade da vida no país nas suas várias vertentes (como sejam, a da alimentação e da saúde).

Submetida à votação final global, a Proposta de Lei foi aprovada com votos a favor do PSD e do CDS-PP e votos contra do PS, do PCP, do BE e de Os Verdes¹³⁵ como Decreto n.º 201/XII¹³⁶ e veio a ser publicada como Lei n.º 9/2014, de 24 de fevereiro. Note-se que a Proposta de Lei incluía um Projeto de Decreto-Lei autorizado cuja redação veio a ser aprovada em Conselho de Ministros de 31 de julho de 2014. Foi publicado como Decreto-Lei n.º 138/2014, de 15 de setembro e a sua redação corresponde ao projeto que se anexou à Proposta de Lei.

No 11.º Relatório de Progresso, de abril de 2014¹³⁷, a Comissão refere a apresentação da Proposta de Lei n.º 190/XII(3.ª) por respeitar a um mecanismo de análise de investimento estrangeiro (*investment screening mechanism*), uma das exceções à proibição de medidas restritivas da livre circulação de capitais à luz do Tratado. Note-se, a este propósito, que não existe harmonização legislativa completa nesta matéria, o que confere aos Estados-Membros alguma *margem* de ação.

Não obstante, a Comissão reitera, neste contexto, a necessidade de os critérios relevantes do mecanismo estarem claramente definidos para que o

134 O Conceito Estratégico de Defesa Nacional fora aprovado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 19/2013, de 5 de abril, publicada no D.R., I série, n.º 67, pp. 1981 e ss.

135 A votação na generalidade, em 17 de janeiro de 2014, foi publicada no D.A.R., II série A, n.º 38/XII/3, do dia seguinte, p. 30.

136 Publicado no dia 23 de janeiro de 2014, no D.A.R., II série A, n.º 53/XII/3, pp. 2 e 3.

137 Este Relatório reporta-se à Revisão efetuada pela Troika entre 20 e 28 de fevereiro de 2014 e está incluído no *Occasional Paper* 191, de abril de 2014, disponível em: http://ec.europa.eu/economy_finance/publications/occasional_paper/2014/op191_en.htm [acedido em 15 de janeiro de 2022].

mesmo seja conforme ao Direito da UE¹³⁸. Em paralelo, o texto do Memorando de Entendimento na sua versão de 28 de fevereiro de 2014 mantém o objetivo geral de “evitar os direitos especiais do Estado nas empresas privadas (*golden shares*)” e as duas medidas mantêm-se “em curso”¹³⁹. Este texto corresponde à 11.ª e última atualização do Memorando.

b. A Lei n.º 9/2014, que autoriza o Governo a legislar sobre os ativos estratégicos

A Lei n.º 9/2014, de 24 de fevereiro estabelece que o sentido da autorização legislativa ao Governo é o “*de salvaguardar a defesa e segurança nacional e a segurança do aprovisionamento do país em serviços fundamentais para o interesse nacional enquanto interesses fundamentais de segurança pública, em observância do direito nacional, do direito da União Europeia e do Espaço Económico Europeu*”¹⁴⁰. A autorização legislativa prevê uma duração de seis meses¹⁴¹, sendo que o diploma a aprovar pelo Governo deve¹⁴²:

- Definir como ativos estratégicos, para efeitos do regime de salvaguarda, as principais infraestruturas e ativos afetos à defesa e segurança nacional e à prestação de serviços essenciais nas áreas da energia, transportes e comunicações;
- Prever que o regime abrange as operações que consistam na aquisição de controlo – tanto direto como indireto – de ativos estratégicos que possam pôr em causa a defesa e segurança nacional ou a segurança do aprovisionamento do País em serviços fundamentais para o interesse nacional, por parte de pessoas de países terceiros à União Europeia e ao Espaço Económico Europeu;
- Prever um procedimento de avaliação das mesmas operações, sendo que:
 - O procedimento é conduzido pelo membro do Governo responsável pela área em que o ativo estratégico em causa se integra (adiante designado “membro do Governo”), mas há que prever a necessidade de notificar a abertura do mesmo aos membros do Governo responsáveis

138 Cfr. Quadro 2.6. – Sumário do cumprimento com as condicionalidades (*policy conditionality*) para a 11.ª Revisão, pp. 54 do 11.º Relatório de Progresso, mencionado na nota 137 acima.

139 Cfr. as pp. 102 e 103 do 11.º Relatório de Progresso, mencionado na nota 137 acima e a transcrição das medidas em causa na nota 96 acima.

140 Artigo 2.º da Lei n.º 9/2014.

141 Artigo 4.º da Lei n.º 9/2014.

142 Artigo 3.º da Lei n.º 9/2014.

- pelas áreas dos negócios estrangeiros, da defesa nacional e da segurança interna;
- Há que estabelecer deveres de apoio e prestação de informação por parte de quaisquer entidades públicas cuja colaboração para a avaliação o membro do Governo considere necessária, assegurando a proteção dos dados pessoais, classificados ou do âmbito da defesa e segurança nacional;
 - Há que fixar, designadamente, prazos e critérios de decisão objetivos (e definidos na lei);
 - Quando o procedimento for concluído, incumbe ao membro do Governo, sendo o caso, propor ao Conselho de Ministros uma decisão de oposição à aquisição de controlo em causa;
 - O Conselho de Ministros exerce o poder de oposição em circunstâncias excecionais e mediante decisão fundamentada;
 - Sendo adotada uma decisão de oposição, quaisquer atos e negócios jurídicos relativos à operação em causa são nulos e ineficazes, incluindo os respeitantes à exploração económica ou ao exercício de direitos sobre os ativos ou sobre as entidades que os controlam.

A título preliminar, constata-se que a Lei tem um âmbito menos abrangente do que a redação do artigo 27.º-A da Lei n.º 50/2011 podia fazer prever, mas que havia sido duramente criticada pela Comissão em 2011¹⁴³. Tal poderá ser explicado pelas circunstâncias decorrentes do Programa, conforme detalhado acima em 2.1. e 2.2.. Terá havido, a final, um “*equilíbrio de posições entre a Troika e o Governo*” num momento de particulares constrangimentos do país e, como mencionado acima, não se exclui que a Comissão tivesse demonstrado uma exigência agravada pelo seu duplo papel de credor internacional e instituição europeia responsável pela monitorização do cumprimento das regras do Tratado.

É, ademais, patente a preocupação do legislador português em delinear o projetado mecanismo de salvaguarda em função do que tem sido admitido pela Comissão na sua prática decisória e na jurisprudência do Tribunal de Justiça quanto às exceções à livre circulação de capitais à luz das disposições do TFUE e que foram sendo elencadas ao longo do presente contributo.

143 Cfr. a nota 81 acima a propósito das críticas dos serviços da Comissão durante o Programa, plasmadas no 2.º Relatório de Progresso.

São exemplos a exigência de definição do universo dos ativos, a natureza *ex-post* (de oposição) do procedimento, o caráter excepcional e detalhado do mesmo, e os destinatários serem apenas oriundos de países terceiros. Acresce que, ao contrário de outros regimes nacionais – como é o caso do Italiano –, o regime Português não é cumulativo com a previsão legal (e exercício) de direitos especiais do Estado que se traduzam na possibilidade de oposição a decisões tomadas pelos órgãos diretivos de empresas que detêm ou controlam ativos estratégicos.

Ignoremos, por ora, os desenvolvimentos legislativos e de estratégia geopolítica desde 2019 – os quais serão considerados na segunda parte do presente contributo. Uma vez concluído o Programa de Assistência Económica e Financeira em maio de 2014 e sem prejuízo do cumprimento das obrigações do Estado Português perante os seus credores ao abrigo da Monitorização Pós-Programa e daquelas decorrentes da sua pertença à UE, nos 5 anos seguintes o Decreto-Lei n.º 138/2014 poderia ter constituído uma importante “base de trabalho” para a ponderação sobre a adoção de uma interpretação mais abrangente do mesmo caso o Governo entendesse alargar o seu âmbito de aplicação em função dos enquadramentos político e económico.

A este propósito, a comparação entre o artigo 27.º-A da Lei-Quadro das Privatizações e a Lei n.º 9/2014 permite identificar um conjunto de opções legislativas adotadas neste último diploma que realçamos de seguida atenta a sua relevância.

Em primeiro lugar, a redação do artigo 27.º-A refere apenas a salvaguarda de ativos estratégicos “*em setores fundamentais para o interesse nacional*”, sendo certo que o conceito de interesse nacional depende de um conjunto de fatores e circunstancialismos que contribuem para a sua indeterminação. A Lei n.º 9/2014 avança com uma identificação dos setores de atividade – energia, comunicações e transportes – objeto do regime de salvaguarda. Dois dos setores correspondem àqueles nas quais o Estado detinha *golden shares* (ou seja, na PT, na EDP e na GALP) prosseguiam a sua atividade e em relação às quais houve processos de privatização durante o Programa.

Por seu turno, também o setor dos transportes foi objeto de um conjunto de medidas constantes do Programa e que constam nos Memorandos, as quais incluíram alterações legislativas no sentido da liberalização do setor, da criação da Autoridade da Mobilidade e Transportes¹⁴⁴, de processos de pri-

144 Em 28 de agosto de 2013 foi publicada a Lei n.º 67/2013, de 28 de agosto (“Lei-quadro das entidades administrativas independentes com funções de regulação da atividade económica dos setores privado,

vatização [gestão de infraestruturas aeroportuárias – ANA, transporte aéreo – TAP (companhia “de bandeira”), infraestruturas e transporte ferroviário de mercadorias – CP Carga e concessões com caráter exclusivo (metropolitano e autocarros nas áreas de Lisboa e Porto)].

Em segundo lugar, o legislador precisa que os “ativos estratégicos” englobam as “principais infraestruturas e ativos”, parecendo circunscrever o âmbito que poderia inicialmente ter sido almejado no artigo 27.º-A como “*ativos estratégicos em setores fundamentais para o interesse nacional*” e assim reforça a aplicação residual do regime, na medida em que apenas abarca os mais importantes¹⁴⁵. A Lei remete a definição dos ativos estratégicos para o Decreto-Lei n.º 138/2014 – mas sem sucesso, como se verá mais em detalhe na segunda parte deste contributo.

Em terceiro lugar, nada é dito quanto à titularidade pública ou privada dos ativos como critério definidor do âmbito do regime de salvaguarda. É inegável que a génese deste regime é a disposição legal introduzida pela Assembleia da República na Lei-Quadro das Privatizações – aparentemente enquanto “sucedâneo” das *golden shares* que se eliminaram – e que incumbe o Governo de legislar sobre a salvaguarda dos ativos estratégicos.

Simplemente, nem resulta da letra do artigo 27.º-A da Lei-Quadro das Privatizações, nem a Lei n.º 9/2014 contém qualquer referência. Mais precisamente, este diploma assenta a inclusão dos ativos no fim especificamente prosseguido pelos mesmos, ou seja, a afetação “*à defesa e segurança nacional e à prestação de serviços essenciais*”. Ora, a titularidade ou controlo por parte de entidades privadas dos ativos e infraestruturas em causa em nada interfere com a sua sujeição à regulação setorial e às obrigações legais e contratuais em situações de concessão. Acresce que durante o Programa se previu, designadamente, no Memorando de Entendimento a privatização ou a concessão com caráter exclusivo a privados de empresas consideradas “estratégicas”, atenta a prossecução de serviços (considerados) essenciais à população.

público e cooperativo”). Nos termos do artigo 4.º, n.º 1 da mesma Lei, a Autoridade da Mobilidade e dos Transportes é criada e sucede nas atribuições do Instituto da Mobilidade e dos Transportes, I.P. no que respeita aquelas atribuições em matéria de regulação, de promoção e defesa da concorrência no âmbito dos transportes terrestres, fluviais e marítimos. Nos termos do n.º 3 da mesma disposição legal, o Instituto Nacional de Aviação Civil, I.P., outra entidade reguladora para efeitos do diploma em causa que tem atribuições específicas para o transporte aéreo, é objeto de redenominação e passa a designar-se Autoridade Nacional da Aviação Civil.

145 Parece assim resolver a crítica da doutrina, mencionada na nota 80 acima.

Em quarto lugar, a Lei n.º 9/2014 prevê que a salvaguarda dos ativos respeite especificamente à aquisição do controlo, direto ou indireto, sobre os ativos estratégicos na estrita medida em que a mesma possa pôr em causa a defesa e segurança nacional ou a segurança do aprovisionamento do País em serviços fundamentais para o interesse nacional. Este novo regime não assenta, assim, em formas de intervenção do Estado com caráter permanente que impliquem, por exemplo, quer a participação na estrutura acionista das sociedades que controlam os ativos, quer na composição dos órgãos de decisão dos mesmos, quer ainda na autorização prévia de tomada de decisões em determinadas matérias pelos mesmos órgãos, como sucede noutras jurisdições.

Em quinto lugar e relacionado com a nota anterior, o legislador prevê que apenas as aquisições que confirmam controlo nos termos e para os efeitos do Regime Jurídico da Concorrência¹⁴⁶, o que será detalhado na segunda parte deste contributo, e não todas e quaisquer aquisições – por exemplo com intuitos meramente de investimento – ou aquelas que atinjam um determinado limiar, são abrangidas pelo regime de salvaguarda. Ou seja, é menos restritivo do que os regimes aplicáveis a todas e quaisquer aquisições ou àquelas que fixam tetos máximos (independentemente de consubstanciar ou não controlo) e, nessa medida, mais proporcional ao fim almejado.

Em sexto lugar, a Lei n.º 9/2014 não consagra um regime de notificação prévia ao Governo, como sucede noutras jurisdições, mas antes um procedimento de oposição. Ademais, embora preveja que a proposta de decisão de oposição é apresentada pelo membro do Governo responsável pelo setor em que o ativo estratégico se inclui, os restantes membros do Governo são chamados a participar na ponderação dos interesses em causa. Mais precisamente, durante a instrução do processo os membros do Governo responsáveis pelas pastas da Defesa e Negócios Estrangeiros estão a par, podendo haver interação com quaisquer entidades públicas para obtenção de informação e a tomada de decisão é da competência do Conselho de Ministros.

4. CONCLUSÃO DA PRIMEIRA PARTE DO CONTRIBUTO

Portugal na qualidade de Estado-membro da União Europeia encontra-se sujeito ao cumprimento das liberdades económicas fundamentais entre as quais a livre circulação de capitais e a liberdade de estabelecimento. Mas as

¹⁴⁶ Lei n.º 19/2012, de 8 de maio.

disposições de Direito Primário da União Europeia também preveem a possibilidade de os Estados-membros derogarem as mesmas liberdades nomeadamente por razões de ordem pública ou de segurança pública.

Na prática assistiu-se a uma evolução da interpretação da Comissão quanto ao âmbito das derrogações em geral e que foi sendo escrutinada pelo TJUE em vários momentos, sendo comum a existência e exercício de direitos especiais detidos pelos Estados e, em vários casos, concomitantes com a existência de *golden shares* como forma de intervenção em setores considerados “estratégicos”¹⁴⁷.

Do que já se conhece da última década pode defender-se que porventura a interpretação do âmbito das derrogações às liberdades económicas fundamentais terá sido mais exigente relativamente à atuação dos países que receberam assistência económica e financeira da União Europeia e do FMI; e, neste último contexto, o seu impacto é particularmente significativo, atendendo às medidas estruturais constantes dos Programas de Ajustamento cuja concretização constituía condição indispensável para que a assistência solicitada fosse concretizada, incluindo os programas de privatizações e outras medidas com o objetivo de aumentar a concorrência nas respetivas economias. Foi o caso de Portugal.

Ora, perspetiva-se para breve uma modificação do atual mecanismo de análise dos investimentos diretos estrangeiros (constante do Decreto-Lei n.º 318/2014), incentivada pela Comissão e previsivelmente em consonância com a crescente tendência de alargamento do âmbito do mecanismo. Como tal, afigurou-se-nos de grande acuidade começar pela análise do enquadramento em 2011, incluindo da modificação da Lei-Quadro das Privatizações durante a qual se suscitou a necessidade de criação do mecanismo em causa e percorrer o processo legislativo iniciado nesse ano até à aprovação da lei de autorização legislativa para criação do mesmo no início de 2014.

A segunda parte do presente contributo começa por analisar de forma crítica o disposto no Decreto-Lei n.º 318/2014 e interpretá-lo depois em função da evolução havida no enquadramento jurídico da União Europeia quanto aos investimentos diretos estrangeiros. Visa-se assim contribuir para a reflexão sobre os contornos e implicações da sua futura modificação, não esquecendo ainda a problemática da sua proximidade e hipotética interação com o enquadramento de Concorrência.

147 De entre a extensa doutrina Portuguesa e estrangeira sobre a matéria, veja-se, por exemplo, Cunha Rodrigues: 2005; Kronenberger: 2003; Rosado da Fonseca: 2002; e Stawicki: 2015.

Por último, não se deverá negligenciar a circunstância de a análise do investimento direto estrangeiro ser apenas uma das várias matérias cuja recente evolução reflete a (re)ação da União Europeia às mudanças na ordem económica mundial. Outras matérias incluem por exemplo, as medidas tendentes a assegurar a igualdade de condições de concorrência (*level playing field*) entre empresas dentro e fora da EU (e as subsidiárias de empresas de países terceiros controladas pelos Estados), aquelas visando a manutenção da segurança e ordem pública do território dos seus Estados-membros e as de concretização da reforma da Política Comercial Comum e industrialização da UE. Como tal, procurando-se realizar uma reflexão cabal haverá que percorrer de modo transversal quais as mudanças em curso.

BIBLIOGRAFIA

A. UNIÃO EUROPEIA

Tratado da União Europeia, publicado no JO, série C 202, de 7.06.2016, pp. 15 e ss

Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, publicado no JO, série C 202, de 7.06.2016, pp. 47 e ss

Acordo sobre a saída do Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte da União Europeia e da Comunidade Europeia da Energia Atómica, de 12.11.2019, publicado no JO CI 384, pp. 1 e ss

a. Atos legislativos

COMISSÃO EUROPEIA

Decisão de 29 de novembro de 2017 que cria o grupo de peritos para a análise dos investimentos diretos estrangeiros na União Europeia, C(2017) 7866 final

Regulamento Delegado (UE) 2021/2126, de 29 de setembro de 2021, publicado no JO, série L 432, de 3.12.2021, pp. 1 a 6

CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA

Decisão de Execução 2011/344/UE de 30 de maio de 2011, relativa à concessão de assistência financeira da União a Portugal, publicada no JO, série L 159, de 17.6.2011, pp. 88 e ss

PARLAMENTO EUROPEU & CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA

Regulamento (UE) 2019/452 do de 19 de março de 2019 que estabelece um regime de análise dos investimentos diretos estrangeiros na União, publicado no JO, série L 79I, de 21.3.2019, pp. 1 a 14

b. Jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia

Acórdão do Tribunal de Justiça de 4 de junho de 2002, *Comissão Europeia c. República Portuguesa*, C-367/98, EU:C:2002:326

Acórdão do Tribunal de Justiça de 26 de março de 2009, *Comissão c. Itália*, C-326/07, EU:C:2009:193

Acórdão do Tribunal de Justiça de 8 de julho de 2010, *Comissão Europeia c. República Portuguesa*, C-171/08, EU:C:2010:412

Acórdão do Tribunal de Justiça de 11 de novembro de 2010, *Comissão Europeia c. República Portuguesa*, C-543/08, EU:C:2010:669

Acórdão do Tribunal de Justiça de 10 de novembro de 2011, *Comissão Europeia c. República Portuguesa*, C-212/09, EU:C:2011:717

Acórdão do Tribunal de Justiça de 8 de novembro de 2012, *Comissão c. Grécia*, C-244/11, EU:C:2012:694

Acórdão do Tribunal de Justiça de 22 de outubro de 2013, *Staat der Nederlanden c. Essent NV* (C-105/12), *Essent Nederland BV* (C-105/12), *Eneco Holding NV* (C-106/12) e *Delta NV* (C-107/12) (processos apensos), EU:C:2013:677

c. Outros atos e documentos:

COMISSÃO EUROPEIA

Comunicação relativa a certos aspetos jurídicos dos investimentos intra-comunitários, publicada no Jornal Oficial das Comunidades Europeias C 220, de 19.07.1997, pp. 15 e ss

Comunicação – Orientações para os Estados-Membros relativas a investimento direto estrangeiro e livre circulação de capitais provenientes de países terceiros, e proteção dos ativos estratégicos da Europa antes da aplicação do Regulamento (UE) 2019/452, de 25.03.2020, COM(2020) 1981 final, publicada no JO C 991, de 26.03.2020, pp. 1 e ss.

Comunicação ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões – Revisão da Política Comercial – Uma política comercial aberta, sustentável e decisiva, Bruxelas, 18.2.2021 COM(2021) 66 final.

B. PORTUGAL

Constituição da República Portuguesa, na redação da Lei n.º 1/2005, de 12 de agosto

a. Atos Legislativos

Lei n.º 11/90, de 5 de abril

Lei n.º 102/2003, de 15 de novembro, que procede à primeira modificação à Lei n.º 11/90, de 5 de abril

Resolução do Conselho de Ministros n.º 8/2011, de 5 de maio

Decreto-Lei n.º 90/2011, de 25 de julho

Lei n.º 50/2011, de 13 de setembro, que procede à segunda alteração à Lei Quadro das Privatizações, aprovada pela Lei n.º 11/90, de 5 de Abril

Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, que aprova o novo regime jurídico da concorrência

Lei n.º 67/2013, de 28 de agosto, “Lei-quadro das entidades administrativas independentes com funções de regulação da atividade económica dos setores privado, público e cooperativo”

Lei n.º 9/2014, de 24 de fevereiro

Decreto-Lei n.º 138/2014, de 15 de setembro, que estabelece o regime de salvaguarda de ativos estratégicos essenciais para garantir a defesa e segurança nacional e a segurança do aprovisionamento do País em serviços fundamentais para o interesse nacional, nas áreas da energia, dos transportes e comunicações, enquanto interesses fundamentais de segurança pública

C. OUTROS ESTADOS-MEMBROS

a. Alemanha

Lei sobre a Economia Externa (*Außenwirtschaftsgesetz – AWG*) e Regulamento (*Außenwirtschaftsverordnung – AWW*) na redação de 6 de junho de 2013, publicados no *Bundesgesetzblatt* I, p. 1482

b. Áustria

Außenwirtschaftsgesetz 2011, publicado no *Bundesgesetzblatt* n.º 26/2011

c. Espanha

Disposición Adicional 11.ª de la Ley N.º 34/1998, de 7 de outubro, *del sector de los hidrocarburos*. Publicada no *Boletín Oficial del Estado*, n.º 241, de 8 de outubro de 1998, pp. 33517 e ss

d. França

Decret-Loi n.º 2014/479 de 14 de maio de 2014, que modificou o “*Code Monetaire et Financier*”

e. Finlândia

Lei n.º 172/2012 (*Act on the Monitoring of Foreign Corporate Acquisitions*), que entrou em vigor em 1 de junho de 2012

f. Itália

Decreto Legge n.º 21, de 15 de março de 2012, publicado na *Gazzetta Ufficiale* n.º 63, da mesma data, posteriormente convertido na *Legge* n.º 56, de 11 de maio de 2012, publicada na *Gazzetta Ufficiale* n.º 111, de 14 de maio de 2012

Decretos Ministeriais n.º 35 de 19 de fevereiro de 2014, n.ºs 82, 85 (para os setores abrangidos, exceto a defesa), D.P.R. de 25 de março de 2014, n.º 85 – *Regolamento per l’individuazione degli attivi di rilevanza strategica nei settori dell’energia, dei trasporti e delle comunicazioni, a norma dell’articolo 2, comma 1, del decreto-legge 15 marzo 2012*, n.º 21, publicado na *Gazzetta Ufficiale* de 6 de junho de 2014, n.º 129 – e n.º 86 (regula a aplicação dos direitos especiais) – publicado na *Gazzetta Ufficiale* de 6 de junho de 2014, n.º 129

Regolamento per l’individuazione delle procedure per l’attivazione dei poteri speciali nei settori dell’energia, dei trasporti e delle comunicazioni, a norma dell’articolo 2, comma 9, del decreto-legge 15 marzo 2012, n.º 21 – e n.º 108 de 6 de junho de 2014 (para o setor da defesa).

g. Lituânia

Lei n.º VIII-1312, de 7 de julho de 1999.

D. DOUTRINA

CUNHA RODRIGUES, Nuno

2005 “As “Golden-Shares” no Direito Português” in *Direito dos Valores Mobiliários*, vol. VII, Coimbra Editora, pp. 191-231

ESTEVES DE OLIVEIRA, Mário (Coord.)

2011 “Privatizações e Reprivatizações – Comentário à Lei-Quadro das Privatizações”, Edições Almedina, Coleção VdA – Vieira de Almeida e Associados

KOVAR, Jean-Philippe

2009 “Le patriotisme *économique* à l’épreuve du droit communautaire”, in *Revue de Droit Européen*, n.º 163, Larcier, pp. 265-273

KRONENBERGER, Vincent

2003 “The rise of the ‘golden’ age of free movement of capital: A comment on the golden shares judgments of the Court of Justice of the European Communities”, in *European Business Organization Law Review*, vol. 4, n.º1, pp. 115-135

ROSADO DA FONSECA, Margarida

2002 “Os poderes especiais do Estado e a integração europeia”, in *Revista Jurídica da AAFDL*, n.º 25, pp. 411 e ss.

STAWICKI, Aleksander

2015 *The Minister of the State Treasury will control mergers and acquisitions in strategic sectors of the polish economy*, in *Kluwercompetitionlawblog*, disponível em <http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2015/09/09/the-minister-of-the-state-treasury-will-control-mergers-and-acquisitions-in-strategic-sectors-of-polish-economy/>

A REGULAÇÃO PÚBLICA DAS PARCERIAS PÚBLICO PRIVADO EM MOÇAMBIQUE

*Octávio de Jesus Gonçalves**

ABSTRACT *This article aims to address the issue of Public Regulation of Public Private Partnerships (PPP) in Mozambique, where the historical context of the emergence of Public Private Partnerships is made. An approach is also made on the regulation of PPP in Mozambique with a focus on legislation dealing with the subject under study, namely Law no. 15/2011 of 10 August 2011, and Decree no. 16/2012, of 4 July 2012 and Decree no. 69/2013, of 20 December 2013. Mozambique formally started with the process of constituting and operationalizing PPPs through Law no. 15/2011, of 10 August. In general, it is important to say that this type of partnership arises because the State, due to the inability to manage certain services and to provide certain goods to the population with the necessary efficiency and quality, associates with the private sector to carry out such activities for the benefit of citizens, through counterparts that can be granted by the contracting State or through the sale of these services or goods produced by the private-contracted parties, who are thus paid.*

SUMÁRIO 1. Contextualização. 2. Conceito de Parcerias Público Privado (PPP). 2.1. As Modalidades das PPP em outros Países e Moçambique. 2.2. A origem das Parcerias Público Privadas (PPP). 2.3. O Surgimento das PPP's. 2.4. As Principais Vantagens das PPP. 2.5. As grandes desvantagens das PPP's. 3. A experiência das PPP em Portugal. 4. Natureza Jurídica das PPP em Moçambique. 4.1. A Lei e Regulamento sobre PPP, Grandes Projetos e Concessões. 4.2. As entidades Reguladoras da PPP em Moçambique. 5. Análise Crítica ao Regime Jurídico das PPP em Moçambique 5.1. Moçambique PPP ao Serviço das Elites. 5.2. Sociedades anónimas: o esconderijo "legal" dos dirigentes em conflito de interesses. 5.3. Concessão com enormes prejuízos para o Estado. 6. Controlo Externo das Parcerias Público Privadas. 7. Conclusão.

KEY-WORDS Regulation, Public Private Partnerships, State.

* Mestrando em Direito Administrativo, na Universidade Católica de Moçambique, Faculdade de Engenharia, na fase conclusiva de elaboração da dissertação, Licenciado em Gestão de Empresas, com Habilitações em Gestão Financeira, pela Universidade Pedagógica de Moçambique.

1. CONTEXTUALIZAÇÃO

As PPP têm sido definidas como uma cooperação entre atores públicos e privados com um caráter durável na qual os atores desenvolvem productos e/ou serviços mútuos e em que os riscos, custos e benefícios são divididos (Klijn & Teisman, 2003)¹. Na definição de Grimsey e Lewis (2004)², PPP é todo arranjo de provisão de infraestrutura pública em que um ente privado participa de alguma etapa de execução (projeto, implantação e gestão). Klijn e Teisman (2003)³ argumentaram ainda que em um arranjo ideal de PPP, a tradicional distinção entre o que é público e o que é privado é dissolvida.

Cabral e Lazzarini (2008)⁴ argumentaram que as PPPs podem se constituir em mecanismos de transferência parcial de direitos residuais de controlo sobre os ativos, garantindo dentro do mesmo arranjo a legitimidade do sector público com a flexibilidade e os incentivos do sector privado, o que apresenta resultados comparativamente vantajosos às demais modalidades de contratação pública, segundo resultados obtidos no Reino Unido, o pioneiro e um dos países que mais avançou nesta modalidade (Kappeler & Nemoz, 2010)⁵.

Tradicionalmente, o sector público é responsável por fornecer serviços específicos como defesa, segurança, justiça, educação, saúde e cultura e a construção de infraestruturas básicas, como estradas ou prisões (Savas, 2000)⁶. As razões pelas quais esses tipos de serviços ou infraestruturas não são fornecidos pelo sector privado são descritas na literatura económica como “falhas no mercado” (Stiglitz, 1989⁷; Chong; Huet; Saussier & Steiner, 2006⁸). O sector privado não está disposto a produzir esses tipos de bens e serviços por causa da sua falta de rentabilidade. No entanto, por razões sociais ou políticas, eles devem estar disponíveis para a sociedade e, portanto, é responsabilidade do sector público intervir e garantir o acesso universal a esses bens e serviços. Outro motivo para a prestação do sector público dos serviços e infraestruturas acima mencionados e que eles podem ser monopólios “naturais”, exigindo

1 Klijn & Teisman, 2003.

2 Grimsey & Lewis, 2004.

3 Klijn & Teisman, 2003.

4 Cabral; Lazzarini & Azevedo, 2010.

5 Kappeler & Nemoz, 2010.

6 Savas, 2000.

7 Stiglitz, 1989

8 Chong; Huet; Saussier & Steiner, 2006: 149-169.

alguma fonte de intervenção pública (Grimsey & Lewis, 2002a)⁹. Além disso, alguns desses serviços ou tipos de infraestrutura geram externalidades positivas (Trebilcock & Rosenstock, 2015)¹⁰. Os exemplos clássicos são a construção de uma nova estrada que reduz o tempo de viagem e os acidentes ou a prestação de serviços de saúde que levem a uma população mais saudável que tenha um impacto positivo na redução do absentéismo e aumento da produtividade e crescimento económico (Sachs & Tong, 2005)¹¹.

Os projetos de infraestruturas para PPPs compreendem diversos tipos de investimentos fixos que são caracterizados por uma longa duração na construção e operação, bem como pela indivisibilidade, intensidade de capital e um processo de avaliação complexo (Grimsey & Lewis, 2002b)¹². Este tipo de infraestruturas geralmente requer um alto investimento inicial, e só é financeiramente viável a longo prazo, o que pode afastar o sector privado desse tipo de investimentos (Delmon, 2009)¹³. Embora o sector público seja responsável por garantir serviços e infraestruturas específicos, o seu papel mudou nas últimas décadas, na medida em que o sector público continua a ser o garante, mas, em alguns casos, não é o provedor da infraestrutura ou do serviço. De facto, o sector privado desempenha um papel cada vez mais importante na prestação de serviços e infraestruturas de alguns países que tradicionalmente foram de responsabilidade do sector público (Grimsey & Lewis, 2004)¹⁴.

No quadro jurídico moçambicano, a luz do disposto na al. *a*) do n.º 2 do artigo 2.º da Lei n.º 15/2011 de 10 de Agosto de 2011¹⁵, constitui PPP o empreendimento na área de domínio público excluindo o de recursos minerais e petrolíferos, ou em área de prestação de serviço público, no qual mediante contrato e sob financiamento no todo ou em parte do parceiro privado, este obriga-se, perante o parceiro público, a realizar o investimento necessário e explorar a respetiva atividade, para procissão eficiente de serviços ou bens que

9 Grimsey & Lewis, 2002.

10 Trebilcock & Rosenstock, 2015.

11 Sachs & Tong, 2005.

12 Grimsey & Lewis, 2002.

13 Delmon, 2009.

14 Grimsey & Lewis, 2004.

15 República de Moçambique, Lei n.º 15/2011 de 10 de agosto de 2011, que estabelece as normas orientadoras do processo contratação, implementação, e monitoria dos empreendimentos de parcerias público privado de projetos de grande dimensão e de concessões empresariais e revoga algumas disposições da Lei de Eletricidade (Lei n.º 21/97 de 1 de outubro).

compete ao Estado garantir sua utilidade aos utentes. Na sua al. *b)* do da Lei citada supra, é Projeto de Grande Dimensão (PGD), o empreendimento de investimento autorizado ou contratado pelo Governo, cujo valor exceda com referência a data de 1 de janeiro de 2009, a quantia de 12.500 000 000,00Mt (doze mil e quinhentos milhões de meticais).

a) Regulação

A literatura jurídica especializada vem destacando que o conceito de regulação guarda uma relação teleológica com a garantia de direitos fundamentais.

Aranha define-a nos seguintes termos “*A regulação, em síntese, é a presença de regras e actuação administrativa (law and government) de carácter conjuntural pautadas no pressuposto de diuturna reconfiguração das normas de conduta e dos actos administrativos pertinentes para a finalidade de redireccionamento constante do comportamento das actividades submetidas a escrutínio, tendo-se por norte orientador parâmetros regulatórios definidos a partir dos enunciados de actos normativos e administrativos de garantia dos direitos fundamentais*”.¹⁶

Sobre a regulação, Edson da Graça Francisco Macuácuá¹⁷, aborda que a Regulação, definiu-se, porém concretamente numa ação mais restrita que associa à institucionalização de entidades independentes aptas para restabelecer os esquemas regulativos da regra de jogo e para definir os conflitos em domínios sectoriais política e economicamente sensíveis.

Ainda Edson da Graça Francisco Macuácuá¹⁸, aborda que o conceito regulação pública aqui adotado é pelo menos amplo do que o de intervenção na economia, visto que exclui a atividade direta do Estado como empresário, gestor ou produtor de bens e serviços, mas mais amplo do que a referida aceção corrente.

b) Regulação e o Direito Administrativo

O Direito Administrativo tipicamente acompanha as mudanças e transformações no modelo de Estado vigente, facto esse que é facilmente verificável pela própria evolução histórica da matéria. Do Estado absoluto ao Estado social, o Direito Administrativo sempre desempenhou diferentes papéis¹⁹. Atualmente, a implementação do chamado Estado regulador representa

¹⁶ Aranha, 2015; Aranha 2013.

¹⁷ Macuácuá, 2019: 93.

¹⁸ Macuácuá, 2019: 94.

¹⁹ Hachem, 2013.

relevantes alterações no Direito Administrativo. Marcado especialmente pela tentativa de reduzir o tamanho do Estado, entregando parte das atividades à iniciativa privada e descentralizando funções administrativas entre entes estatais, o Estado regulador passa do papel de prestador de serviços, para assumir a figura de gestor²⁰.

Disso decorre que o Direito Administrativo passa a ser aplicado por uma diversidade de entes, cada um visando suas competências específicas e adequando-se às necessidades técnicas e jurídicas do sector económico regulado.

Visando acompanhar as rápidas transformações da atualidade e as especificidades de cada sector económico, a Lei passa a conferir aos entes reguladores um largo campo de discricionariedade, definindo suas competências com base em princípios, em termos genéricos e conceitos jurídicos indeterminados. Assim, cada ente com competência regulatória acaba por adotar seus próprios princípios e parâmetros de atuação, agindo com uma larga escala de discricionariedade. Surge, com isso, a chamada escolha regulatória.

O Estado regulador, então, deixa de exercer diretamente uma série de atividades até então por ele monopolizadas. Em um sentido amplo, isso compreende a quebra de monopólios, a desregulação, a concessão e permissão de serviços públicos e a terceirização. Com isso, a iniciativa privada passa a exercer uma série de atividades até então monopolizadas pelo Estado, como serviços públicos de energia elétrica, telecomunicações, portos, rodovias e outros. Por um lado, o estado abstém-se de exercer essas atividades que o particular tem condições de prestar, por outro, assume o papel de coordenar, fiscalizar e fomentar a iniciativa privada, especialmente quando isso for de interesse público²¹.

c) Importância da Regulação

A função do Estado Regulador concretiza, mediante o exercício de competências de supervisão e regulação, uma “presença pública indireta na economia”, e implica a assunção de um dever público de vigilância e garantia do desenvolvimento crescentemente privatizado das atividades económicas na “sociedade de risco”²².

O exercício da regulação pelo Estado traduz-se, assim, no estabelecimento de regras gerais e abstratas de modo economicamente ordenado, com

20 Hachem, 2013.

21 Hachem, 2013.

22 Figueiredo, 2006:41-42.

o intuito de reforçar ou controlar a livre concorrência, compreendendo um variado leque de poderes, que se poderão agrupar em: (i) *poderes de informação e acompanhamento*, cujo objetivo é o de o regulador se inteirar das situações que caem sob a sua alçada, acompanhando o desempenho das entidades reguladas e efetuando uma verificação prévia da informação a ser dirigida ao público; (ii) *poderes normativos*, ao abrigo dos quais o regulador emite regras gerais e abstratas para o sector regulado; (iii) *poderes de decisão concreta*, nos quais se incluem os poderes do regulador de atribuir autorizações e licenças, de manter registos, etc.; (iv) *poderes de fiscalização concreta*, através dos quais o regulador verifica a observância daquilo que tenha sido por si determinado; e (v) *poderes sancionatórios*, através dos quais o regulador exerce as suas funções de prevenção e retribuição de violações perpetradas pelas entidades reguladas²³.

Pese embora, na realidade, o termo “regulação” se prenda mais com os poderes normativos atribuídos ao regulador, consubstanciando-se no acompanhamento do mercado e do sector económico em causa, gerando diretrizes e determinações de carácter genérico e, por outro lado, o termo “supervisão” se prenda mais com os poderes de acompanhamento da atividade das entidades reguladas, corporizando-se em atos administrativos, determinações concretas e/ou sanções, a verdade é que esta última expressão se tem vulgarizado, sendo hoje geralmente aceite como compreendendo ambas as realidades.²⁴

Assim, poderá dizer-se que o termo “supervisão” tem, hoje, um sentido amplo, que abrange quer a regulação, quer a supervisão (em sentido estrito). A partir deste conceito, convirá, ainda, distinguir entre (i) *supervisão prudencial*, entendida como aquela que se destina a assegurar os valores de prudência na atuação dos agentes económicos e também os de confiança do público, visando a prevenção de riscos, a solvência e liquidez financeira das instituições reguladas, e, portanto, exercida *ex ante*, e (ii) *supervisão comportamental*, mais associada a um controlo *ex post* da atividade das entidades reguladas junto dos consumidores, no intuito de obrigar ao cumprimento das regras vigentes pela aplicação de sanções aos agentes infratores.

23 Menezes Cordeiro, 2006: 739 e ss.

24 Malaquias; Martins; Oliveira & Flor, 2009: 41-42.

2. CONCEITO DE PARCERIA PÚBLICO PRIVADO (PPP)

A Parceria Público-Privada apresenta um grau de complexidade superior à da concessão, devido à distribuição de responsabilidade e ao estabelecimento de contrapartida financeira para o risco de longo prazo assumido pelas partes, particularmente pelo parceiro privado²⁵, dada a sua natureza.

Conhecidas mundialmente pela sigla “PPP”, em alusão à denominação inglesa de *Public Private Partnership*, as parcerias entre os sectores público e privado vêm ganhando espaço no mundo, como forma de viabilizar a implantação, entre outros, de projetos de infraestruturas básicas.²⁶

De acordo com Renato Poltronieir²⁷, as Parcerias Público-Privadas constituem um acordo jurídico celebrado entre a Administração Pública e entidades privadas para a implantação ou gestão, no todo ou em parte, de serviços, empreendimentos e atividades de interesse público em geral, por meio de investimentos privados.

As PPP são um tema atual, sensível e de importância fundamental para a expansão das economias, seja em Moçambique, seja no exterior, dado o cenário de escassez relativa de recursos públicos verificada atualmente. Além disso, envolve aspetos técnicos de alta complexidade, recursos públicos significativos e forte interesse social, daí o facto de estas parcerias estarem a ser objeto de discussões em vários quadrantes da sociedade, com particular realce nos meios jurídicos e económicos²⁸.

Importa frisar que os projetos PPP conheceram grande desenvolvimento e expansão em vários países, estando a dominar muitos dos encontros onde se discute a parceria entre o sector público e o sector privado e o esforço conjunto de ambos na área de infraestruturas, da possibilidade de o Estado executar obras e oferecer serviços públicos em geral, ainda que não possua recursos financeiros e operacionais próprios, disponíveis para tal²⁹.

Na prática, essas parcerias viabilizam a implementação de projetos pelo sector privado que, em função do alto risco e avultados recursos envolvidos, dificilmente seriam implementados pelo sector público sozinho, uma vez que

25 Zymler & De La Rocque Almeida, 2005: 230.

26 Extraído da página 1 do texto As parcerias entre o sector público e o sector privado, da autoria de José Emílio Nunes Pinto, publicado no site www.jus.com.br.

27 Poltronieir, 2004:1.

28 Tribunal Administrativo da República de Moçambique & Tribunais de Contas do Países de Língua Portuguesa, 2006: 4.

29 *Idem*.

o processo de mobilização dos recursos necessários iria concorrer com outras prioridades governamentais.

2.1. As Modalidades das PPP em outros Países e Moçambique

Idealizadas e convertidas ao campo da vida prática, existindo inclusive a sua consagração em direito positivo, as parcerias público-privadas são vistas como representado várias formas de acordo com o modo como elas se revelam. Neste sentido, e recorrendo ao estudo apresentado por Benjamin Zymler e Guilherme Henrique de La Rocque Almeida³⁰, ilustra-se a situação nos seguintes países:

Na Inglaterra, as PPP apresentam 4 formas básicas, a saber:

- a) *DBFT (design, build, finance and transfer)*: o ente privado projeta, constrói, financia e transfere ao ente público a planta construída. Como exemplo, temos a parceria celebrada visando à construção do *Channel Tunnel* (túnel que liga a Inglaterra a França);
- b) *BOT (build, operate and transfer)*: o ente privado constrói a planta e a transfere para o ente público. Em seguida, o Poder Público arrenda o bem ao parceiro privado, por meio de um contrato de longo prazo. Ao explorar esse bem, durante o prazo de vigência do contrato, o parceiro privado recupera o seu investimento e obtém um lucro razoável;
- c) *BOO (build, operate and own)*: o ente privado constrói, opera e fica, definitivamente, com a planta, ensejando uma redução de custos para o parceiro público;
- d) *DBFO (design, build, finance and operate)*: o ente privado projeta, constrói, financia e opera a planta. É a forma mais comum na Inglaterra.

No Canadá são conhecidos os seguintes tipos de PPP:

- a) *Operations and Maintenance*: o ente público contrata um parceiro privado para operar e manter um serviço público;
- b) *Turnkey Operations*: o ente público financia e o parceiro privado projeta, constrói e opera uma planta por um dado período. Devem ser atingidas metas de performance estabelecidas pelo sector público, que mantém a propriedade da planta;

³⁰ Zymler & De La Rocque Almeida, 2005: 248 e ss.

- c) *Wrap Around Addition*: o parceiro privado financia e constrói um aumento numa planta pública, explorando-a por um período de tempo;
- d) *Lease-Purchase*: o parceiro privado financia e constrói a planta. Posteriormente o ente público a arrenda;
- e) *Temporary Privatization*: a propriedade de uma planta pública passa ao parceiro privado, que deve melhorá-la e operá-la;
- f) *Lease-Develop-Operate or Buy-Develop-Operate*: o parceiro privado compra ou arrenda a planta do ente público para expandi-la ou modernizá-la e, posteriormente, operá-la.

Em Portugal, à semelhança da realidade, as PPP podem referir-se a:

- a) *Concessão de Obra Pública*: tem por objeto a execução de uma obra pública, precedida ou não de sua conceção. O particular adquire o direito de explorar a obra, além de poder ou não auferir uma determinada quantia;
- b) *Concessão de Serviço Público*: o particular adota as medidas necessárias à prestação desse serviço, arcando com os respetivos custos. A sua retribuição é paga diretamente pelos usuários;
- c) *Fornecimento Contínuo*: o agente privado entrega determinados bens ao Poder Público, durante um período de tempo determinado;
- d) *Prestação de Serviços*: o particular presta determinados serviços diretamente à administração pública;
- e) *Gestão*: o agente privado gere um dado equipamento ou instalação, não tendo arcado com os respetivos gastos de construção ou instalação. Note-se que ele não se refere à administração de serviço público, mas de um estabelecimento público. É mais comum na área da saúde;
- f) *Colaboração*: o particular colabora temporariamente com as atribuições administrativas do Poder Público, mediante remuneração.

Em Moçambique as modalidades das PPP, são referidas as suas modalidades, no artigo 21.º da n.º Lei 15/2011³¹, que outorga do empreendimento de PP reveste uma das seguintes modalidades contratuais: a) Contrato de Concessão, b) contrato de cessão de exploração, c) contrato de gestão.

31 República de Moçambique, Lei n.º 15/2011 de 10 de agosto, que estabelece as normas orientadoras do processo contratação, implementação, e monitoria dos empreendimentos de Parcerias Público Privado (PPP) de Projetos de Grande Dimensão (PGD) e de Concessões Empresariais (CE).

O contrato de Concessão pode assumir uma das seguintes sub-modalidades:

- a) BOT – (*Build, Operate, and Transfer*) – Construção, Operação e Devolução;
- b) DBOT – (*Design, Build, Operate and Transfer*) – Concessão, Construção, Operação e Devolução.
- c) DBOOT – (*Design, Build, Own, Operate and Transfer*) – Concessão, Construção, Operação e Devolução;
- d) ROT – (*Rehabilitate, Operate and Transfer*) – Reabilitação, Operação e Devolução.
- e) ROOT – (*Rehabilitate, Operate, Own, and Transfer*) – Reabilitação, Posse, Operação e Devolução.

2.2. Origem das Parcerias Público Privadas (PPP)

De acordo com Benjamin Zymler e Guilherme Henrique de La Rocque Almeida³², as Parcerias Público-Privadas têm as suas origens mais remotas nas concessões. No século XII, na Europa, ocorreram associações de capitais reais com os de particulares, tendo, como exemplo, a parceria realizada pelo Rei da Inglaterra com um banco italiano, através da qual o banco abriu uma mina de prata e, após explorá-la, por um período pré-determinado, entregou-a ao Governo inglês.

Nos séculos XVIII e XIX, passaram a prevalecer as ideias liberais que defendiam a diminuição do papel do Estado na vida económica.

Segundo aquelas ideias, caberia à Administração Pública, apenas, a tarefa reguladora, o que permitiu um notável desenvolvimento dessas parcerias³³.

Nas últimas décadas do século XX, as Parcerias Público-Privadas difundiram-se por vários países, devido à necessidade de controlar as despesas públicas, evitando a perpetuação dos défices orçamentais. Além disso, procura-se redimensionar o equilíbrio entre as atribuições dos sectores público e privado³⁴.

32 Zymler & De La Rocque Almeida, 2005:229.

33 *Idem*: 230.

34 *Idem*: 230.

2.3. O surgimento das PPP

É função basilar do Estado garantir à totalidade da população o acesso a certo tipo de bens e serviços. Se se delegasse todos os custos diretamente aos cidadãos, decerto existiria uma parte da população que não teria acesso a esses bens. Existe então uma tremenda dificuldade da entidade pública em se adaptar de modo contínuo às constantes necessidades do mercado, assim como de garantir fundos suficientes essenciais para o desenvolvimento sustentado de infraestruturas fundamentais aos países. Esta necessidade contribuiu para a entrada do sector privado, em relação de parceria, em áreas que outrora eram atribuídas unicamente ao sector público.

Os anos 90 foram extremamente relevantes para a afirmação das PPP. Contudo, o conceito foi pela primeira vez usado em França durante o século XVII nas infraestruturas públicas, tendo o primeiro contrato de concessão sido efetuado para financiar a construção do “Canal de Briare”, junto ao Rio Loing, em 1638 e alguns anos depois, em 1666, para a construção do Canal do Midi. Durante a segunda metade do século XIX, a França já possuía este tipo de parcerias na área das infraestruturas (ferroviárias e distribuição de água e eletricidade) (Grimsey & Lewis, 2004).

Durante grande parte do período pós-guerra, o governo foi o principal fornecedor de infraestruturas por grande parte da Europa. Todavia, ao longo das últimas décadas, essa situação começou a mudar. Devido a medidas orçamentais extremamente rigorosas aliada à pressão para expandir e melhorar as instalações e serviços públicos, os governos sentiram necessidade de se voltar para o sector privado, para aproveitar as finanças privadas e obter melhor relação qualidade/preço.

Inúmeras entidades do sector privado celebraram vários acordos contratuais de longo prazo para construir ou gerir infraestruturas do sector público, ou para prestar serviços à comunidade, usando essas mesmas infraestruturas. Foram desenvolvidas técnicas, utilizadas para promover o investimento em serviços governamentais locais e em projetos de infraestrutura de forma mais geral noutros lugares, e foram estendidas a empreendimentos conjuntos e projetos de infraestrutura para regeneração regional. Ao considerar os projetos de infraestrutura, é necessário distinguir o “financiamento das infraestruturas” e o “investimento em infraestrutura”. O primeiro surge usualmente da privatização das instalações existentes, enquanto o investimento em infraestrutura envolve desenvolvimento, exploração e propriedade, seja pelo sector privado sozinho ou em parceria (*joint venture*) entre o governo e a entidade do sector privado.

Deste modo, um contrato de Parceria Público-Privada, por norma, incorpora:

1. A construção de um novo ativo de infraestrutura (ou a remodelação de um existente) a ser projetado, construído e financiado pelo sector privado para a especificação de serviços da agência de aquisição, dentro de um prazo específico e a um preço fixo;
2. Contrato de longo prazo (25 a 35 anos) para a prestação de serviços de infraestrutura associados ao bem;
3. Cobrança de receitas pelo operador ou o pagamento pelo órgão do sector público ao corpo privado de uma taxa, permitindo ao contratante fazer um retorno sobre o investimento proporcional aos níveis de risco assumidos.

Tendo a França sido pioneira na implementação das PPP, este tipo de acordos estendeu-se para o Reino Unido, no início da década de 90 do século XX, com o governo de John Major.

As muitas privatizações levaram o país a adotar mecanismos diferentes para a concessão dos contratos, tendo este sido um dos países em que se registou um maior aumento destes acordos.

Deste então tem sido um dos meios mais utilizados para a construção de infraestruturas pelos diversos governos locais, estando presente nos mais variados sectores desde o rodoviário e ferroviário, à construção de habitações sociais, escolas e hospitais.

Até ao desencadear da grande crise financeira mundial, no decorrer do ano 2008, o financiamento ao sector público era sempre mais barato do que ao sector privado, dado que a dívida soberana dos países é na maior parte das vezes um ativo “sem risco”. É por essa razão que a taxa de juro das obrigações do tesouro é igualmente denominada taxa de juro sem risco. Tal situação é explicada por se considerar que não existe risco de um país entrar em *default*. É por esta razão que o Estado tende a financiar-se a taxas de juros mais baixas do que uma entidade particular.

Uma Parceria Público-Privada só será benéfica e eficiente para o Estado, caso o seu custo global seja inferior ao da contratação tradicional. Dado que o financiamento privado envolve uma taxa de juro mais alta que ao sector público, essa eficiência tem de estar refletida nas outras componentes do custo, desde a gestão dos riscos, aos custos de conceção, construção, operação e manutenção.

2.4. As principais vantagens das PPP's

Não é de todo um ponto de concordância a temática das Parcerias Público-Privadas.

Muitas pessoas acham que traz poucas vantagens, outras reconhecem que se trata de mais-valias para o Estado.

Um dos fatores de sucesso das PPP é a rentabilização máxima das competências do privado. O contrato de Parceria Público-Privada é regido por uma matriz de competências e condições próprias, o que o torna diferente de um modelo privado comum. Neste tipo de parceria, a entidade privada compromete-se a um tempo de execução do projeto, bem como a respeitar um nível de qualidade e orçamento pré-definido. Deste modo, procura-se reduzir o custo do projeto ou infraestrutura, mas mantendo o nível de serviço e os padrões de qualidade, através da capacidade financeira da entidade privada que, associada à sua habilidade na gestão e aos seus conhecimentos técnicos, torna mais viável a sua execução³⁵.

A construção de infraestruturas evitando grandes derrapagens orçamentais constitui outra das vantagens das PPP. O facto de permitir a viabilização de projetos de construção de certas infraestruturas que jamais poderiam ser construídas, devido a restrições orçamentais. Para além disso há ainda quem afirme que é um mecanismo que provoca um decréscimo nos custos e nos atrasos na construção, dado que a grande maioria dos contratos cumpre escrupulosamente o que está estipulado entre as duas entidades e que cada vez mais as Parcerias Público-Privadas se têm vindo a tornar mais eficientes³⁶.

Aumento da eficiência do projeto é igualmente um benefício deste tipo de contratos.

Numa PPP, o sector público transfere o controlo do projeto para o sector privado, através da construção e manutenção do ativo, por um longo período de tempo. O privado terá em conta não só o custo inicial, como também o custo ao longo da vida do projeto, integrando todas as suas fases. O mesmo é dizer que ao privado será fornecido o direito de propriedade durante o período de concessão. Assumindo o privado tais responsabilidades, haverá um foco da sua parte para mitigar quaisquer falhas de planeamento, dado que estas acarretarão custos maiores de manutenção ou mesmo dificuldades na prestação do serviço, com a conseqüente perda de receitas e/ou penalizações. No que diz respeito ao Estado, o interesse basilar passa pela disponibilização

35 Fernando, 2013.

36 Sarmento, 2013.

do serviço ao critério do baixo-custo, havendo um foco total na sua atividade de gestão³⁷.

É igualmente uma vantagem, a sinergia entre as diversas entidades. O financiamento privado traz aos serviços públicos não só objetivos e soluções inovadoras, bem como um melhor planeamento e serviços de gestão de topo. Deste modo, será possível concluir que o *Value for Money* (VFM), isto é, a relação custo-benefício será tendencialmente melhor, apesar de não estar isento de riscos e os benefícios não serem totalmente garantidos³⁸. Um contrato de PPP colmata sim uma falha de mercado no fornecimento de serviços públicos, evitando comportamentos monopolistas. São por isso uma importante, inovadora e produtiva ferramenta para fornecer algo à população, sem obrigatoriamente colocar as contas públicas numa situação delicada. Esta vantagem colaborativa leva a que uma PPP constitua em simultâneo, uma forma de poupança para o Estado e lucro para a entidade privada.

Este tipo de parcerias é pródigo em combater muitas das necessidades que o Estado teria muita dificuldade em colmatar sem o auxílio de terceiros. Assim, um contrato de Parceria Público-Privada reflete o recurso dos governos aos agentes privados, para atingir metas sociais, tendo em vista a melhoria das condições de saúde das populações, a melhor acessibilidade entre localidades, a diminuição de sinistralidade e a redução do índice de alfabetização³⁹. O objetivo principal é então a reformulação dos serviços públicos locais através do desenvolvimento de um modelo de custo versus eficiência. É introduzida flexibilidade à política pública e através das relações comerciais verifica-se uma clara melhoria na qualidade do processo de criação de políticas públicas.

2.5. As grandes desvantagens das PPP's

A tentação de desorçamentar é uma das principais críticas apontadas às PPP e está intrinsecamente relacionada com a vantagem anterior. Muitos governos tendem a ser incentivados a usar as Parcerias Público-Privadas para evitar restrições orçamentais, como aconteceu com Portugal.

O financiamento ao sector público é quase sempre mais barato do que ao sector privado.

37 Cruz & Marques, 2012.

38 Fernando, 2013.

39 Skelcher, 2005.

Assim, este custo de financiamento mais elevado pode levar a que os ganhos de eficiência não sejam suficientes para que a PPP gere *Value for Money*. Este, no caso das Parcerias Público-Privadas, assenta somente na transferência de riscos para o privado, sendo muitas vezes essa transferência inadequada. Deste modo, o VFM só será alcançado através da intervenção do sector privado, caso a transferência de risco viabilize alcançar custos inferiores, sejam eles de construção como de operação, bem como uma gestão mais eficiente a longo prazo, comparativamente com o custo suportado no caso da realização de um projeto em regime tradicional⁴⁰.

A pouca concorrência a que a entidade privada fica sujeita após a assinatura do contrato, pode tornar real uma redução da qualidade do serviço, dado que o Estado nem sempre consegue regular da melhor forma o projeto ou monitorizar os contratos da melhor forma possível. Desta forma, inúmeras vezes, uma grande diversidade de resultados de desempenho é ocultada e os envolvidos são protegidos das consequências das suas ações⁴¹.

É igualmente um ponto desfavorável dos contratos a sua fragilidade face às regras estabelecidas. A falta de flexibilidade, associada à sua longa duração, é um ponto muitas vezes criticado, porque torna menos viáveis futuras renegociações para fazer equilíbrios financeiros.

Esta situação acarreta uma enorme incerteza acerca dos pagamentos futuros do Estado à entidade privada, dada a dificuldade que existe em realizar previsões a longo prazo, e tendo os contratos em média um intervalo de validade a rondar os 20-30 anos. Esta situação pode trazer custos muito superiores aos que tinham sido estimados inicialmente, trazendo igualmente prejuízo para os contribuintes⁴².

Por último, a questão da responsabilidade e da ética. Os contratos de Parcerias Público-Privadas envolvem a participação de diversos agentes económicos, cujos objetivos são naturalmente diferentes, mas que terão de ser sempre compatibilizados, dado que esses agentes têm grandes responsabilidades perante acionistas privados e não à população comum como tem o Governo. Deste modo, os elevados investimentos e encargos gerados por este tipo de projetos obrigam a um forte consenso entre stakeholders e a uma permanente monitorização. O Estado aqui é elemento preponderante visto que

40 Guedes, 2011.

41 Sarmento, 2013.

42 Cruz & Marques, 2012.

tem dois papéis bem distintos: por um lado é parceiro e por outro é entidade reguladora, obrigando isso a uma maior responsabilidade e transparência⁴³.

2.6. Partilha do risco das PPP's

Pode definir-se risco como a combinação entre a probabilidade de ocorrência de um determinado evento (aleatório, futuro e independente da vontade humana) e os impactos (positivos ou negativos) resultantes da sua possível ocorrência. Ou seja, apesar da comum analogia a um evento com impacto negativo, faz tanto sentido falar de risco de perder dinheiro, como em risco de o ganhar⁴⁴.

Quando alguém toma a decisão de investir num determinado ativo, seja ele tangível ou intangível, tem como principal objetivo um determinado ganho após um certo período de tempo.

Este ganho define-se como retorno esperado. Todavia, o retorno real que ocorreu efetivamente pode ser diferente do retorno esperado. O risco consiste então na diferença entre o retorno esperado e o retorno obtido. Por outras palavras, é a tentativa de medir o grau de incerteza na obtenção do retorno esperado de um determinado investimento que foi realizado⁴⁵.

O risco pode ser classificado como alto, médio ou baixo, consoante a incerteza que lhe está associada. Os investimentos de risco baixo estão associados a um nível de segurança maior, mas em contrapartida costumam ter um retorno esperado menor. Ao invés, investimentos de risco elevado podem trazer um retorno mais alto. Mas sendo o grau de incerteza muito maior, são também mais voláteis e é maior a probabilidade de dar prejuízo ao investidor.

Ora uma das grandes características e mais valias deste tipo de contratos é que permite a partilha de riscos entre a entidade privada e o Estado. A vantagem de estar em parceria permite fazer a alocação deste à entidade mais habilitada para o gerir, de forma a minimizar o custo global de desenvolvimento do projeto e otimizando a sua eficiência. Dado que o privado não gere de forma análoga ao Estado, faz com que o risco desta entidade não passe para os contribuintes, tornando o custo do capital maior. Também no investimento privado, esta partilha dos riscos vai gerar uma maior motivação em produzir de forma cada vez mais eficiente e maximizar os seus lucros, havendo uma preocupação maior com os custos.

43 Sarmento, 2013.

44 Antonik & Muller, 2017.

45 Sarmento, 2013.

A partilha de riscos é um aspeto basilar das Parcerias Público-Privadas, já que se estes não forem devidamente antecipados ou provisionados, a entidade pública pode facilmente ultrapassar em grande margem o orçamento previsto e o parceiro privado acaba por não ter um lucro tão grande como calculado inicialmente. Para além desse facto, a transferência de riscos para o parceiro privado acarreta, de um modo geral, um incremento ao preço do projeto. Assim, é preponderante assegurar que o benefício público dessa transferência de risco supera o aumento de custos que irá ocorrer. São normalmente considerados seis diferentes tipos de riscos associados às PPP⁴⁶:

- 1) Riscos de planeamento e construção;
- 2) Riscos de manutenção;
- 3) Riscos financeiros;
- 4) Riscos de mercado ou de procura;
- 5) Riscos políticos e riscos económicos;
- 6) Risco de renegociação.

Os riscos inerentes aos pontos 1, 2 e 3 são imputáveis ao sector privado. Já o risco de mercado ou de procura não é tão claro e pode ser repercutido junto dos utilizadores finais⁴⁷. Este risco consiste em determinar se o projeto terá receitas provenientes de tarifas dos seus utilizadores ou se deve ter algum tipo de subsidiação pública. No primeiro caso, o privado assume o risco de procura e existindo uma redução na procura, implicará uma receita menor, enquanto um aumento de procura levará conseqüentemente a um incremento nos lucros. Se ao invés, o pagamento for realizado na sua totalidade pela entidade pública, independentemente dos diferentes níveis de procura por parte dos consumidores, não será imputado ao privado qualquer tipo de risco de procura, mas apenas risco de disponibilidade. Desde que a infraestrutura esteja disponível, a entidade privada é remunerada.

Os riscos associados aos pontos 5 e 6 devem permanecer no sector público. Por riscos políticos e económicos entendem-se não só as questões de aprovações ambientais e a quantificação dos custos de alteração ao projeto inicial devido a este tipo de questões, como também devido a questões relacionadas com licenciamentos autárquicos fazendo sempre uma ponderação entre o interesse nacional e as necessidades das diferentes autarquias. Estão

46 Almeida, (s.d.).

47 Costa Cabral, 2009.

igualmente englobados nos riscos económicos as questões relacionadas com a fiscalidade e a tributação sobre os lucros. Os Casos Base, isto é, os modelos recursivos utilizados para as estimativas são elaborados com pressupostos fiscais cuja alteração deve ser sempre decidida pelo Governo.

A transferência de riscos é variável de acordo com cada projeto, não só porque os riscos diferem de projeto para projeto, mas também porque os efeitos dessa transferência são diferentes, pelo que os riscos que se devem transferir variam de um contrato para outro, devendo ser efetuada uma análise caso a caso. O *Value for Money Assessment Guidance* (HM Treasury, *Value for Money Assessment Guidance*, 2006) considera a melhor alocação de riscos entre as várias partes como um dos fatores que conduz ao VFM, devendo os riscos ser alocados aos sectores que estão mais bem preparados para controlar e minimizar esses riscos dentro do período relevante. A transferência de todos os riscos para o sector privado não é, contudo, a melhor solução, pois enquanto o sector público procura fazer pesar a maior parte dos riscos para o sector privado, o custo do contrato tenderá a ser mais elevado⁴⁸.

De grosso modo, o financiamento é apenas um elemento do cálculo. O contrato de infraestrutura mais tradicional era visto pelo sector público como a aquisição de empreiteiros, cujas responsabilidades foram limitadas, enquanto os riscos associados à operação da instalação permaneceram no sector público. Com uma Parceria Público-Privada, a ênfase é dado à compra de serviços baseados na infraestrutura o que leva a que alocação dos riscos na transação difira de modo muito significativo.

Em teoria, o design da alocação de risco com uma PPP é objetivo. O Estado elimina completamente o risco baseado em ativos (incluindo design, construção, operação e possivelmente risco de valor residual) e torna-se comprador de um produto que é livre de risco no sentido em que não paga caso o serviço não seja entregue, ou não seja entregue nos padrões previamente especificados e contratualizados. Ou seja, o sector público adquire a provisão de longo prazo de um padrão, com a garantia de que, se o serviço não for fornecido no momento certo ou com uma qualidade satisfatória, os pagamentos são reduzidos ou uma compensação é recebida.

Esta é a filosofia subjacente. Na prática, a alocação de risco numa PPP é mais complexa.

Ao invés de transferir todos os riscos para o sector privado, tem o intuito de alocar o risco para a entidade mais apropriada para o gerir e demonstrar

48 Sobral & Cruz, 2011.

o valor do dinheiro para qualquer despesa pelo sector público. Quem não estiver na melhor posição de gerir um risco específico, deve fazê-lo ao menor preço. Descartar formas inapropriadas de risco para a entidade privada apenas agregará custos desnecessários num contrato de parceria, já que não existe nenhum risco pouco dispendioso associado ao sector privado.

Impulsionado pela exigência do *Value for Money*, o Estado pode concordar em assumir alguns riscos pelos quais o privado exigiria um valor extremamente elevado caso fosse para si transferido a totalidade do risco. Deste modo, somente os níveis de risco “eficientes” devem ser transferidos para a parte privada, reduzindo os prémios de risco individuais e o custo total do projeto.

Assim, o quadro conceptual subjacente às Parcerias Público-Privadas é que, como o destinatário do serviço paga somente numa entrega satisfatória, o Estado transfere inicialmente a totalidade do risco do projeto para a parte privada. É um propósito determinado pelo Governo com base no valor monetário e tendo em conta o quadro cooperativo da parceria, quais os riscos que deve “retomar” para alcançar uma posição de risco ideal. Ter de volta o risco é então uma decisão deliberada do governo em querer assumir ou partilhar um risco, que de outra forma seria imputado ao privado.

O resultado é que um contrato de PPP acaba por diferir de um contrato padrão, pois não se trata da comum parceria entre fornecedor e comprador de produto tradicional. De acordo com uma Parceria Público-Privada, as duas partes alocam riscos entre ambos e trabalham juntas num “relacionamento” contínuo para atender aos objetivos do projeto. É deveras mais complexo do que um contrato de aquisição, já que estes incluem por vezes um contrato de serviços judiciais, um acordo multipartidário para financiadores, um site comercial e construção, contratos de emissão de títulos e subcontratos para operação, manutenção e finanças.

3. A EXPERIÊNCIA DAS PPP EM PORTUGAL⁴⁹

Em 2008, o Tribunal de Contas afirmava que Portugal era, àquela data, “o país europeu com maior percentagem de Parcerias Público Privadas quer em relação ao Produto Interno Bruto, quer em relação ao Orçamento do Estado”⁵⁰. O recurso às PPP acompanha a evolução contemporânea das funções do Estado. Em

49 Rebelo, 2014.

50 Tribunal de Contas de Portugal, 2008:1.

Portugal, nos anos 1980 do século XX, assistimos à abertura do sector económico à iniciativa privada, uma mudança de fundo operacionalizada, desde logo, na sequência de alterações efetuadas à lei fundamental.⁵¹

As Parcerias Público-Privadas avançaram em Portugal antes de ter sido desenvolvido o enquadramento legal e orçamental específico. Houve a convicção, por parte de todos os governos, de que as PPP apresentavam vantagens significativas que acabavam por compensar o seu maior custo financeiro comparativamente ao custo de endividamento direto do Estado⁵².

Com efeito, a eliminação dos obstáculos legais ao desenvolvimento da iniciativa privada (i.e., a chamada liberalização da constituição económica) teve impacto económico significativo no desenvolvimento do país, alterando a configuração do papel do Estado, que passa a apresentar-se como regulador e incentivador, reduzindo o seu papel de interventor. Nas duas últimas décadas do século passado, e principalmente após a entrada para a Comunidade Económica Europeia, Portugal procurou diminuir as clivagens de desenvolvimento existentes face aos seus parceiros comunitários, tentando aumentar a competitividade da economia e o investimento público. No entanto, importa sublinhar que, cronologicamente, estas formas de cooperação com recurso às capacidades técnicas e financeiras do sector privado surgem quando na Europa ocidental já começavam a proliferar as PPP, em sentido estrito⁵³.

A conjugação entre a dinâmica de desenvolvimento almejada e as políticas orçamentais impostas pela adesão à moeda europeia fez com que atores públicos e privados se associassem para fazer face à provisão de grandes obras públicas. Desta forma, sector público e privado envolvem-se em projetos de considerável dimensão financeira.

Não obstante, conforme refere⁵⁴, é de notar que tudo se tivesse processado na ausência de um documento político geral, do qual constassem objetivos e linhas programáticas, e de um enquadramento legal e orçamental adequado⁵⁵.

Estas iniciativas, levadas a cabo por diversos governos, foram implementadas com base no instituto da concessão e na técnica de “project finance”⁵⁶.

51 *Idem*.

52 Tribunal de Contas de Portugal, 2008:9.

53 Azevedo, 2009.

54 Azevedo, 2009:237.

55 Tribunal de Contas de Portugal, 2008:37.

56 Em português, correspondente à expressão “iniciativa financeira privada”.

Em Portugal, a utilização embrionária e incipiente das PPP ficou evidentemente marcada pelo seu carácter financista⁵⁷ – são exemplos disso projetos como a Ponte Vasco da Gama, as concessões rodoviárias e as concessões SCUT (uma abreviatura da expressão “sem custos para o utilizador”). À semelhança do que se verificou noutros países, designadamente os que integraram a União Europeia, as restrições financeiras e orçamentais constituíram a maior motivação para a implementação deste tipo de iniciativas.

Com efeito, só em 2003 foi publicado o diploma que estabeleceu o regime jurídico geral das PPP, o Decreto-Lei n.º 86/2003, de 26 de abril, (ainda que no ano anterior já tivesse sido publicado o diploma que regulava as PPP no sector da Saúde). Simultaneamente, foi constituída uma unidade especializada para prestar apoio ao Ministério da Finanças relativamente às PPP⁵⁸, a Parpública, S.A.

A experiência portuguesa ao nível das PPP revelou, em geral, dificuldades e ineficiências de variada ordem, evidenciadas no preâmbulo do Decreto-lei n.º 141/2006, de 27 de julho – o qual veio alterar o diploma que estabeleceu o regime jurídico das PPP. A este nível, são de destacar as sucessivas mudanças de Governo, a deficiente preparação de procedimentos concursais e a falta de preparação do parceiro público em termos de lançamento e acompanhamento destes complexos instrumentos de gestão, a qual se traduziu numa excessiva dependência de consultores externos⁵⁹. O novo diploma introduziu algumas alterações de relevo, nomeadamente ao nível: i) da obtenção prévia de autorizações e pareceres administrativos, ii) da limitação do recurso à consultoria externa por parte do Estado, iii) da clarificação do modelo de partilha de riscos e do reforço da coesão entre entidades públicas envolvidas. Posteriormente, o Decreto-lei n.º 141/2006, de 27 de julho, foi alterado pelo Decreto-lei n.º 111/2012, de 23 de maio, no qual pode ler-se que o diploma anterior pretendeu demonstrar, mas não demonstrou, “*designadamente ao nível da preparação de processos de parceria e da execução dos respetivos contratos, (...) reforço da tutela do interesse financeiro público*”. O último diploma referido define as normas gerais aplicáveis à intervenção do Estado

57 Azevedo, 2009:238.

58 O Despacho Normativo n.º 35/2003, de 20 de agosto, incumbe à PARPÚBLICA – Participações Públicas (SGPS), S. A., a prestação de apoio técnico ao Ministro das Finanças no contexto dos procedimentos de definição, conceção, preparação, concurso, adjudicação, alteração e acompanhamento global das PPP, regulado pelo Decreto-Lei n.º 86/2003, de 26 de abril.

59 Monteiro, 2007.

na definição, conceção, preparação, lançamento, adjudicação, alteração, fiscalização e acompanhamento global das parcerias.

Adicionalmente, o mesmo normativo disciplina as matérias relativas às PPP que o Código dos Contratos Públicos – publicado anteriormente – não abordou, designadamente, ao nível dos procedimentos internos a observar pelo sector público, quer na fase de preparação dos projetos, quer na fase de acompanhamento dos contratos, sinalizando a necessidade de alteração do regime jurídico aplicável às PPP, no sentido de aumentar a transparência associada a esta modalidade de contratação. O mesmo normativo sublinha a *“inexistência de uma gestão pública coordenada e, bem assim, a incapacidade do sector público de acumular experiência, com a conseqüente necessidade de recurso recorrente à consultoria externa”*, referindo a necessidade de esta modalidade complexa de contratação justificar a concentração numa única unidade de um conjunto assinalável de responsabilidades e competências. Neste âmbito, são estabelecidos os princípios que justificam a criação da Unidade de Missão Técnica de Acompanhamento de Projetos, comumente designada por Unidade Técnica De Acompanhamento De Projetos (UTAP), a qual surge ao abrigo do já referido Decreto-lei n.º 111/2012, de 23 de maio. Por último, cumpre salientar que a revisão do regime legal aplicável às parcerias veio dar corpo *“aos objectivos e medidas previstas no Programa de Assistência Financeira acordado⁶⁰ com a União Europeia, o Fundo Monetário Internacional e o Banco Central Europeu, mais concretamente no que respeita à obrigação do Estado português de introduzir no ordenamento jurídico um quadro legal e institucional reforçado, no âmbito do Ministério das Finanças, que permitisse um efectivo e rigoroso controlo dos encargos, bem como dos riscos, associados às PPP”⁶¹*. Neste enquadramento, o diploma referido contempla análises de comportabilidade orçamental, análises de sensibilidade – com vista à verificação da sustentabilidade de cada parceria face a variações de procura e a alterações macroeconómicas –, análises de custo-benefício, a elaboração de uma matriz de riscos com uma clara identificação da tipologia de riscos assumidos por cada um dos parceiros, e ainda a adoção de medidas que visam tornar mais transparentes os processos. Entre outras medidas relevantes, destaca-se a medida 3.17. do Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades de Política Económica, a qual determina que Governo português evite *“entrar em qualquer*

60 Acordo celebrado entre o Governo português, a Comissão Europeia, o Banco Central Europeu e o Fundo Monetário Internacional, a 17 de maio de 2011.

61 Decreto-Lei n.º 111/2012, de 23 de maio.

*novo acordo de PPP antes de finalizar a revisão das PPP existentes e as reformas legais e institucionais propostas*⁶².

Importa ainda salientar que, na sequência do referido acordo, do qual resultam condicionalismos expressos, inerentes à assistência económico-financeira externa que foi prestada para fazer face à situação de desequilíbrio em que a economia portuguesa se encontrava, foram promovidos trabalhos de avaliação e de auditoria com vista ao estudo detalhado das PPP, a par da implementação de um quadro legal e institucional reforçado, conforme descrito anteriormente⁶³.

4. NATUREZA JURÍDICA DAS PPP EM MOÇAMBIQUE

4.1. A Lei e Regulamento sobre PPP, Grandes Projetos e Concessões

A Lei n.º 15/2011 de 10 de agosto de 2011, que estabelece as normas orientadoras do processo contratação, implementação, e monitoria dos empreendimentos de Parcerias Público Privado (PPP) de Projetos de Grande Dimensão (PGD) e de Concessões Empresariais (CE). Tendo em vista a atração do investimento e o desenvolvimento económico e social do país, esta Lei estabelece as normas orientadoras do processo de contratação, implementação e monitorização destas três formas de envolvimento do sector privado na promoção do desenvolvimento, cujos elementos distintivos são os seguintes:

PPP é o empreendimento levado a cabo em área de domínio público ou de prestação de serviço público, no qual, mediante contrato e sob financiamento total ou parcial do parceiro privado, este obriga-se a realizar o investimento necessário e explorar a respetiva atividade – a provisão de serviços ou bens cuja garantia de disponibilidade aos utentes compete ao Estado. De acordo com esta definição, o elemento caracterizador assenta essencialmente no financiamento do empreendimento por parte do parceiro privado, mais do que na assunção de risco⁶⁴.

62 Tradução do conteúdo do Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades de Política Económica, datado de 17 de maio de 2011. Nota: O idioma da versão original e oficial do Memorando em referência é o inglês.

63 Neste sentido, foi publicado o novo regime jurídico aplicável às PPP, nos termos do Decreto-lei n.º 111/2012 de 23 de maio.

64 República de Moçambique, al. a) do n.º 1 da Lei n.º 15/2011 de 10 de agosto, que estabelece as normas orientadoras do processo contratação, implementação, e monitoria dos empreendimentos de Parcerias Público Privado (PPP) de Projetos de Grande Dimensão (PGD) e de Concessões Empresariais (CE).

PGD é o empreendimento de investimento autorizado ou contratado pelo Governo cujo valor exceda, com referência à data de 1.1.2009, a quantia de MZN 12.500.000.000⁶⁵.

CE é o empreendimento que tenha por objeto a prospeção, pesquisa, extração e/ou exploração de recursos naturais ou outros recursos ou bens patrimoniais nacionais.⁶⁶

São excluídas do âmbito de aplicação da Lei⁶⁷:

- a) As PPP relativas a recursos minerais e petrolíferos;
- b) Contratações de simples fornecimento de bens e serviços a instituições do Estado, incluindo a contratação de empreitadas de obras públicas e de serviços de consultoria (não estabelecendo qualquer requisito relativamente ao grau de dependência vis-à-vis o contratante ou à inexistência de concorrência no mercado); e
- c) As PPP de natureza altruísta, social, humanitária, cultural, desportiva ou similar, sem fins lucrativos.

O procedimento de contratação das PPPs é, por regra geral, o concurso público. No caso de propostas de PPPs de iniciativa privada, o proponente goza de uma margem de preferência de 15%⁶⁸ na avaliação das propostas resultantes de licitação. No que se refere aos PGDs, impera o princípio da livre iniciativa privada, estando os projetos que não envolvam a concessão de exploração de recursos nacionais, por regra, sujeitos a Autorização. Já a contratação de CEs se submete, para além da legislação sectorial, aos princípios gerais aplicáveis às contratações públicas. A contratação de CE, que inclui PGD que envolva a concessão de exploração de recursos nacionais, reveste a forma de contrato de concessão, de gestão de exploração, de gestão do empreendimento ou qualquer outra forma de titularização dos direitos concedidos pelo Governo para prospeção, pesquisa e extração ou exploração de recursos naturais ou outros bens patrimoniais nacionais.

65 *Idem*, al. b).

66 *Idem*, al. c).

67 República de Moçambique, n.º 2 do artigo n.º 3 da Lei n.º 15/2011 de 10 de agosto, que estabelece as normas orientadoras do processo contratação, implementação, e monitoria dos empreendimentos de Parcerias Público Privado (PPP) de Projetos de Grande Dimensão (PGD) e de Concessões Empresariais (CE).

68 República de Moçambique n.º 5 do artigo 13.º, da Lei n.º 15/2011, de 10 de agosto.

No que respeita especificamente ao regime relativo às PPP, cumpre ainda salientar os seguintes princípios:

Em caso de renovação de atuais contratos de PPP, PGD ou CE após a entrada em vigor da Lei, é imposta a respetiva alteração visando conformar o respetivo conteúdo com as regras de partilha de riscos e de benefícios consagradas na Lei.

A Lei n.º 15/2011⁶⁹ é regulada pelo Decreto n.º 16/2012⁷⁰, que estabelece os procedimentos aplicáveis ao processo de contratação, implementação e monitoria dos empreendimentos de PPP, PGD e CE.

À luz do artigo 5.º do Decreto n.º 16/2012⁷¹, no que se refere a tutoria sectorial, a entidade responsável pela tutoria sectorial, no exercício das suas funções e competências, deve nos termos do regulamento e da legislação sectorial aplicável, garantir, relativamente a cada tipo de empreendimento, o seu enquadramento na política económica nacional, nos programas do Governo a médio e longo prazo.

No que concerne a tutoria financeira, o n.º 1 do artigo 6.º do Decreto n.º 16/2012⁷², define que a entidade responsável deve no exercício de suas funções e competências, o enquadramento de cada empreendimento na política económica, deve também efetuar a verificação da observância no processo de análise económico financeira e avaliação de benefícios e riscos em cada empreendimento.

4.2. As entidades Reguladoras das PPPs em Moçambique

No que concerne a Regulação das PPPs em Moçambique, encontra o seu suporte legal no n.º 1 do artigo 7.º, do Decreto n.º 16/2012⁷³, refere que compete a Autoridade Reguladora da área de atuação das PPP, PGD e CE, sem prejuízo do exercício das funções e competências das entidades responsáveis pela titela sectorial e financeira, realizar:

69 República de Moçambique, Lei n.º 15/2011 de 10 de agosto de 2011, que estabelece as normas orientadoras do processo contratação, implementação, e monitoria dos empreendimentos de Parcerias Público Privado (PPP) de Projetos de Grande Dimensão (PGD) e de Concessões Empresariais (CE),

70 Decreto n.º 16/2012, de 4 de julho de 2012, que estabelece os procedimentos aplicáveis ao processo de contratação, implementação e monitoria dos empreendimentos de PPP, PGD e CE.

71 *Idem*.

72 *Idem*.

73 *Idem*.

- a) A fiscalização, acompanhamento e controlo do cumprimento das obrigações contratualmente assumidas e da conformidade legal, contratual e técnica das operações de implementação, gestão, exploração, produção, manutenção, e devolução de cada empreendimento em área sob sua jurisdição;
- b) A monitoria da prossecução e do alcance dos objetivos;
- c) A elaboração de relatórios de desempenho de cada empreendimento, com base no modelo de referência aprovado pela entidade responsável pela tutela financeira, ouvida a entidade responsável pela tutela sectorial.

No n.º 3 do artigo 7.º, da lei citada supra, refere que na ausência da Autoridade Reguladora, cabe à entidade responsável pela tutoria sectorial exercer as funções e competências previstas do Decreto n.º 16/2012.⁷⁴

5. ANÁLISE CRÍTICA AO REGIME JURIDICO DAS PPP EM MOÇAMBIQUE

5.1. Moçambique: PPP ao serviço das elites

Em Moçambique, as PPP foram introduzidas formalmente, pela primeira vez, em 2011, com a Lei n.º 15/2011, de 10 de Agosto (Lei de Parcerias Público-Privadas, Projectos de Grande Dimensão e Concessões Empresarias, comumente conhecida como Lei das PPP). Porém, muito antes da previsão legal, já eram realizados em Moçambique negócios materialmente de PPP.

Na segunda metade da década de 1990, dispondo de informação estratégica sobre as mudanças que estavam a acontecer na economia nacional, políticos moçambicanos iniciaram a corrida para a criação de empresas em forma de sociedades de gestão e participação nos negócios públicos. Estas empresas eram orientadas para realizar negócios com o Estado, num contexto de liberalização da economia nacional.

Embora sem usar a terminologia PPP, os políticos empresários correram para ganhar concessões de gestão de empreendimentos públicos, no que materialmente constituíam PPP.

Enquanto as elites, com informação privilegiada sobre a orientação política e económica do país, criavam empresas em forma de Sociedades Anónimas de Responsabilidade Limitada (S.A.R.L) para ganhar concessões do Estado,

⁷⁴ *Idem.*

o Governo, liderado pelas mesmas elites, aprovava instrumentos legais que permitiriam a participação das empresas, ora criadas, nos negócios com o Estado.

Foi assim que o Governo aprova o primeiro documento oficial de políticas públicas a fazer referência material às PPP. Trata-se da Resolução n.º 5/96, de 2 de Abril⁷⁵. O documento do Conselho de Ministros reconhece a necessidade da “*participação do capital privado na criação e reabilitação de infra-estruturas, na gestão por contrato ou concessão, parcial ou total, de portos, linhas férreas e aeródromos, e na constituição e exploração de empresas de navegação aérea e marítima*”⁷⁶.

Logo a seguir à aprovação da Política dos Transportes, o Governo aprovou, através do Decreto n.º 31/96 de 9 de julho⁷⁷.

A partir dos finais da década de 1990 foram assinados os primeiros contratos entre o Governo e entidades privadas nacionais e estrangeiras para concessão de empreendimentos de interesse público. São os casos da concessão da exploração do Porto de Maputo à Sociedade para o Desenvolvimento do Porto de Maputo (MPDC na sigla inglesa de *Maputo Port Development Company*) e da Concessão da Exploração da Estrada Nacional Número 4 (EN4) à *Trans African Concession* (TRAC).

Desde o início, as empresas criadas por políticos moçambicanos, quase todos eles ligados ao topo da direcção do Estado e do partido Frelimo, beneficiaram de concessões de empreendimentos públicos, sendo o Porto de Nacala e a Linha do Norte, nosso caso de estudo, o exemplo desses benefícios.

5.2. Sociedades anónimas: o esconderijo “legal” dos dirigentes em conflito de interesses

A legislação comercial moçambicana abre espaço para que investidores que não desejam ver os seus nomes associados a negócios constituam sociedades designadas anónimas.

A regra é que, nos contratos de sociedade, se faça a “*identificação dos sócios e dos que em sua representação outorguem no acto*”⁷⁸. Porém, o legislador moçambicano abriu excepção para que nas sociedades anónimas a identificação dos

75 Resolução n.º 5/96, de 2 de abril, que aprova a Política dos Transportes.

76 BR n.º 13, I Série, de 02 de abril de 1996.

77 Decreto n.º 31/96 de 9 de julho, o Regime Jurídico de Concessão de Estradas e Pontes com Portagem.

78 Cfr. art. 92, al. a), do Código Comercial.

sócios seja preterida, conforme se entende da colocação do artigo 333.º do Código Comercial.

Esta permissão legal à ocultação de nomes de accionistas das sociedades anónimas foi e continua a ser muito utilizada pelos políticos nacionais como esconderijo para omitir ao público as suas empresas, que são criadas para fazer negócios com o Estado, o mesmo Estado que eles dirigem.

A situação propicia, por um lado, a prevalência de conflito de interesses pela parte dos gestores públicos que são, simultaneamente, defensores do bem público e de interesses próprios nas empresas em que muitas vezes realizam negócios com o Estado.

Por outro lado, a situação revela uma verdadeira barreira no acesso à informação relevante pelo público para avaliar a conduta dos dirigentes que são simultaneamente empresários.

5.3. Concessão com enormes prejuízos para o estado⁷⁹

*“Julgamos que os casos da concessão do Porto de Nacala e da Linha Férrea do Norte requerem uma particular atenção, dado o seu estado actual que se caracteriza, de forma resumida, por uma má conservação das infra-estruturas, aumento galopante da dívida do Concessionário ao Estado e ao Caminhos de Ferro de Mocambique (CFM), desrespeito pelos órgãos sociais e pelos Estatutos da Sociedade”*⁸⁰

Os contratos da concessão do Porto de Nacala e Linha do Norte foram assinados no ano 2000 e a gestão efectiva dos empreendimentos pela concessionária Corredor de Desenvolvimento do Norte (CDN) iniciou em Janeiro de 2005. Já passa, portanto, uma década desde que o Estado deixou de explorar estas infra-estruturas, passando-as para uma entidade privada.

5.3.1. Principais obrigações da concessionária

No Contrato de Concessão da Linha Férrea do Norte estão fixadas as principais obrigações da concessionária na cláusula 2.2 e seguintes que, resumidamente, são a “*gestão, operação, financiamento, reabilitação, manutenção, desenvolvimento e optimização*” da infra-estrutura concessionada.

Estas obrigações são, nos termos contratuais, realizadas pela concessionária “*por sua própria conta e risco e sem recursos aos créditos e garantias da Autoridade Concedente (Ministérios dos Transportes e Comunicações) e nem dos CFM*”.

⁷⁹ Nhamire & Matine, 2015.

⁸⁰ CFM, 2011: 24.

Para além destas obrigações, no artigo 2.5 e seguintes estão fixadas as remunerações que a concessionária deve pagar à autoridade concedente pela concessão que são:

Retribuição Inicial no valor de um milhão e quinhentos mil dólares (USD 1.500.000,00), pagável à autoridade concedente na data de tomada de posse (10 de Janeiro de 2005);

Retribuição de Execução a pagar anualmente a partir da data de concessão até ao término do contrato. Esta retribuição subdivide-se em:

Renda Fixa, no valor de um milhão e quinhentos mil dólares a partir do segundo ano da concessão ao quinto ano; o valor da renda sobe para dois milhões e quinhentos mil dólares por ano, a partir do sexto até ao décimo ano; a partir do décimo primeiro ano até ao décimo quinto (último da concessão) o valor da renda fixa passa para três milhões de dólares. A retribuição de Execução é ajustável com base no Índice de Preços dos Estados Unidos da América (EUA) e com base na inflação publicada pelo Bureau de Estatística Laboral dos EUA e tem “*período de carência que será o primeiro ano da operação*”⁸¹.

Renda variável. Está prevista no artigo 2.3.5. É cobrada em função do volume de negócios anual da sociedade (CDN) e é crescente ao longo do tempo. É de 5% das receitas brutas do primeiro ao quinto ano; de 7,5% das receitas brutas do sexto ao décimo ano; é de 10% das receitas brutas do décimo primeiro ao décimo quinto ano.

Não foi possível ainda obter o contrato que regula a concessão do Porto de Nacala à mesma sociedade. Pelos termos da concessão publicados pelo Decreto n.º 20/2000, de 24 de Julho, os termos gerais da concessão são semelhantes tanto na Linha Férrea como no Porto, devendo haver diferenças quanto aos valores de remuneração ao Estado.

5.3.2. Prejuízos da concessão⁸²

Dez anos depois, muito pouco do que se esperava foi alcançado, embora a concessionária julgue que houve alguns benefícios como a manutenção de milhares de postos de trabalho e a realização de funções sociais da Linha do Norte, de garantir a ligação entre as províncias de Nampula e do Niassa através da circulação de comboios.

81 Art. 2.5.2.1 do Contrato de Concessão da Linha Férrea do Norte.

82 Nhamire & Matine, 2015.

Numa apresentação feita num seminário de avaliação das concessões, organizado pelo Ministério dos Transportes e Comunicações, em Maputo, no dia 19 de Novembro de 2015, o Director Executivo da CDN disse que a sociedade já pagou sessenta e três milhões e duzentos mil dólares ao Governo, como resultado da concessão. Todavia, este pagamento, para além de ter chegado demasiado tarde, está abaixo daquilo que é o investimento feito pelo Estado na concessão.

O Estado moçambicano está a endividar-se em 350 milhões de dólares da Agência de Cooperação Internacional do Japão (JICA) para a reabilitação e modernização do Porto de Nacala, actividade que devia ser executada pela concessionária.

Não há garantias de que a concessionária irá assinar acordo de retrocessão do crédito contraído pelo Estado, uma vez que não participou na mobilização de financiamento para a reabilitação do Porto.

Tratando-se de uma concessionária politicamente muito influente, os problemas da concessão levaram algum tempo para aparecer ao público, mas alguns gestores dos CFM, insatisfeitos com o curso que a gestão privada dos empreendimentos tomava, começaram a vir a público queixar-se. Uma das caras visíveis da contestação da concessão foi o então PCA dos CFM, Rui Fonseca.

5.3.3. Milhões de dólares em dívidas acumuladas ao Estado⁸³

Como se viu acima, a CDN não reunia consenso para lhe ser adjudicada a concessão do sistema ferro-portuário do Norte e os prejuízos causados pelo trato começaram a aparecer logo nos primeiros anos do negócio. Os relatórios oficiais dos CFM, os públicos e os elaborados exclusivamente para o Governo, indicavam os prejuízos da concessão.

Enquanto nos relatórios e contas dos CFM, que são de acesso público, a informação dos prejuízos causados pelos incumprimentos da CDN não era colocada de uma forma claramente perceptível, nos relatórios que a empresa enviava exclusivamente ao Governo, esta informação era claramente exposta.

O Conselho de Administração dos CFM, quando cessou mandato em Junho de 2010, elaborou um relatório com informação bastante detalhada e esclarecedora sobre os prejuízos que a CDN causava ao Estado. Este relatório foi enviado exclusivamente ao Governo, que não tomou decisão de rever a situação, embora tivesse poderes bastantes para tal.

83 *Idem.*

O relatório do Conselho de Administração dos CFM, enviado ao Governo em 2010, indica que naquele ano a CDN se caracterizava por:

- Prejuízo acumulado de 25,7 milhões de dólares;
- Falta de auditoria às contas da sociedade de 2001 a 2009;
- Utilização de financiamento (crédito concedido pela *Overseas Private Investment Corporation*) sem planos nem orçamentos aprovados, sem respeito por vários aspectos da legislação cambial;
- Não apresentação, pela concessionária, dos certificados de seguros actualizados da infra-estrutura concessionada;
- Ausência de investimentos e manutenção da Linha Férrea [e do Porto] concessionados;
- Redução drástica de mão-de-obra afecta à ferrovia, contra a vontade dos CFM;
- Incumprimento de acordo assinado entre a Sociedade de Desenvolvimento do Corredor de Norte (SDCN) e os CFM e ratificado pelo Governo, para reverter a situação de má gestão e liquidar o passivo da sociedade com o Estado.

6. O CONTROLO EXTERNO DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

A abordagem relativa ao controlo das parcerias público-privadas por órgãos de controlo externo tem como ponto de partida a conceção já conhecida de que “*quem tem a seu cargo a gestão de bens alheios está sujeito à prestação de contas*”⁸⁴.

Neste prisma, e considerando as asserções que concebem as parcerias público-privadas como contratos estabelecidos entre os sectores público e privado com vista à gestão de interesses de natureza pública, nos quais, não raras vezes, fundos públicos são destinadas ao financiamento de determinados projetos com impacto social e económico relevantes, ou em que há uma intervenção do poder público na busca de financiamentos que permitam ao gestor privado levar a cabo os projetos assumidos no âmbito das parcerias acordadas, decorrendo daí responsabilidades para o Estado, o certo é que a gestão dessas PPP e, particularmente, dos encargos financeiros a elas inerentes deverá ser fiscalizada.

84 Sousa, 2001:17.

Por outro lado, e em reforço da necessidade de fiscalização, o recurso cada vez mais frequente pelo Estado às parcerias público-privadas, consideradas como sistemas inovadores de financiamento e gestão de serviços públicos, levanta problemas importantes, tais como a necessidade de proteção dos utentes e dos contribuintes, que financiam a atividade pública⁸⁵.

Assim sendo, e não obstante o facto sabido de que os órgãos de controlo interno desempenham papel fundamental no processo de verificação da gestão e regularidade da atividade desenvolvida em determinada organização, um facto nos parece inquestionável, qual seja, o de considerarmos os órgãos de controlo externo os que se situam num patamar elevado de credibilidade quanto ao controlo que devem exercer sobre as chamadas parcerias público-privadas.

As razões justificativas da eleição são variadas, a começar pelo estatuto de independência de que gozam, face aos órgãos internos, passando pela atuação pautada em princípios de imparcialidade e isenção.

Nesta conformidade, pode-se entender que o Tribunal Administrativo em Moçambique, atuando como Tribunal de Contas⁸⁶, deve, em sede de controlo externo, fiscalizar quaisquer contratos, incluindo-se os celebrados no âmbito das PPP.

A necessidade do controlo externo, deve assentar, para além de outros, no pressuposto de que *“um controle eficaz contribui significativamente para reduzir o risco público, assegurar a sustentabilidade financeira e garantir a qualidade do serviço e o cumprimento das obrigações contratuais”*⁸⁷.

A este propósito, importa destacar que competirá ao órgão de controlo inteirar-se sobre se o parceiro privado num contrato de parceria público-privada atinge ou não as metas de desempenho físico-financeiras previamente fixadas no anúncio do concurso e no próprio contrato, assim como em relação ao nível de qualidade de serviço prestado, se está compatível e se se compadece com o que foi determinado e pago.

Dada a importância que o controlo externo assume no contexto atual, a tendência mundial dos países que adotam as PPP em suas primeiras experiências, tem consistido em abraçar a utilização de métodos de análise de parcerias internacionalmente consagradas e enraizadas, operando, em função

85 Sousa, 2001:17.

86 República de Moçambique, na sua Terceira Secção e de acordo com as competências atribuídas pelo artigo 230.º da Constituição da República de Moçambique.

87 Zymler & De La Rocque Almeida, 2005: 319.

de cada realidade, os ajustamentos tidos como adequados e que espelham a realidade de cada país.

Tem sido pacífica a observância de normas e diretrizes emanadas de organizações supremas de controlo externo, como a INTOSAI⁸⁸, no que tange a auditorias em concessões e em parcerias público-privadas.

Quanto ao momento em que deverá ocorrer o controlo externo, ordenamentos jurídicos há que o fazem em sede de fiscalização prévia, e também concomitante, e outros que, além destes dois momentos, associam, igualmente o controlo em sede de fiscalização sucessiva.

No que concerne a Moçambique, e quanto ao momento de atuação do Tribunal Administrativo, algumas normas legais que orientam a atividade deste órgão de controlo externo devem merecer menção, designadamente a Lei n.º 13/97, de 10 de Julho – aprova o regime jurídico da fiscalização prévia das despesas públicas; a Lei n.º 14/97, de 10 de Julho – define o regime jurídico da fiscalização sucessiva das despesas públicas, no que concerne à Conta Geral do Estado e às contas de gerência dos serviços e organismos sujeitos à jurisdição e controlo financeiro do Tribunal Administrativo e, finalmente, a Lei n.º 16/97, de 10 de Julho – aprova o Regimento da Organização, Funcionamento e Processo da 3.ª Secção do Tribunal Administrativo.

A al. c) do n.º 1 do artigo 3.º da Lei n.º 13/97 dispõe que são obrigatoriamente sujeitos à fiscalização prévia os contratos de qualquer natureza ou montante, designadamente, dentre outros, os relativos a obras públicas e concessão.

Por seu turno, o artigo 10.º da Lei n.º 14/97 preconiza que “*as auditorias sejam às contas ou aos projetos, revistam carácter geral ou sectorial, sejam financeiras propriamente ditas, quer sejam de mera legalidade e regularidade, constituem instrumentos privilegiados de controlo financeiro, tendo em vista habilitar o Tribunal a emitir juízos sobre a legalidade substantiva dos atos, com base em critérios de economia, eficácia e eficiência*”, supondo-se, evidentemente, que esteja em causa dispêndio de dinheiros públicos. Não ocorrendo esta situação, cabe ao próprio Estado-Administração Pública, na materialização dos seus poderes públicos, indicar entidades que procedam a respetiva fiscalização⁸⁹.

88 International Organization of Supreme Audi Institutions. Guidelines On Best Practice for The Audit of Risk in Public/Private Partnership. http://www.nao.org.uk/intosai/wgap/INTOSAI_PPP_English%20.pdf.

89 República de Moçambique, Decreto n.º 78/98, de 23 de dezembro, cujas competências estão fixadas no artigo 7.º n.º 1, relativo ao Conselho de Regulação do Abastecimento de Água (CRA); Decreto n.º 22/92 de 10 de setembro, que cria o Instituto Nacional das Comunicações de Moçambique (INCM).

Assim sendo, o órgão de controlo externo apenas poderá exercer qualquer apreciação ou fiscalização através dos órgãos reguladores respetivos, como, aliás, recomenda a INTOSAI.⁹⁰

7. CONCLUSÃO

O presente trabalho que ora finda, fez uma explanação em volta da Regulação Pública das Parcerias Público Privadas, num contexto moçambicano, tomaram como suporte do corpo do trabalho a Lei n.º 15/2011, Lei das PPP, onde foi feita o Direito Comparado apresentando a atuação das PPP na Inglaterra, Canadá, Portugal e Moçambique, onde se pode constatar que a atuação das PPP varia de acordo com a realidade dos Países. Mas factor comum é que as PPP, constituem um acordo jurídico celebrado entre a Administração Pública e entidades privadas para a implantação ou gestão, no todo ou em parte, de serviços, empreendimentos e atividades de interesse público em geral, por meio de investimentos privados. Pode se concluir que as PPP em Moçambique, desempenham um papel muito importante, porque se acredita que com o recurso a PPP para realizar grandes obras públicas o Estado pode concentrar os recursos disponíveis nos serviços público tradicionais, tais como a educação, saúde, justiça e segurança. Acredita-se ainda que as PPP ajudam a melhorar a eficiência na utilização dos recursos disponíveis, partindo-se do princípio de que o sector privado faz melhor gestão dos recursos. No entanto no âmbito da aplicação da Legislação que regulam a PPP em Moçambique, no caso vertente a Lei n.º 15/2011 de 10 de agosto de 2011⁹¹, e o Decreto n.º 16/2012, de 4 de julho de 2012, nem sempre a sua aplicação é efectiva, sendo que depara se com algumas fragilidades, no caso vertente do financiamento não se estabelece a percentagem da participação do privado na parceria, o que quer significar que este pode entrar com a menor parte do capital no empreendimento e o Estado arcar com a maior parte. Esta situação poderá dar azo a que os privados sem capital suficiente para investirem ou mesmo grupos económicos ligados à elite política “rendeira” nacional, usando da sua

90 vide Guidelines on Best Practice for The Audit of Risk in Public/Private Partnership, Part 2: *Risks facing the SAI, annex F: Examining the process and de results* http://www.nao.org.uk/intosai/wgap/INTOSAI_PPP_English%20.pdf

91 República de Moçambique, Lei n.º 15/2011 de 10 de agosto de 2011, que estabelece as normas orientadoras do processo contratação, implementação, e monitoria dos empreendimentos de parcerias publico privado de projetos de grande dimensão e de concessões empresariais e revoga algumas disposições da Lei de Eletricidade (Lei 21/97 de 1 de outubro)

influência e em situações de conflito de interesses e tráfico de influências, possam recorrer à LPPP para se fazerem financiar pelo Estado, desenvolverem a atividade contratada e tirarem dividendos altíssimos. Nestes casos, o Estado moçambicano será, de facto e de direito, o investidor por excelência.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, V.

(s.d.) *A partilha e gestão do risco nas PPP – Breves Reflexões sobre o tema*

ANTONIK, L. R. & MÜLLER, A. N.

2017 *Matemática Financeira*, São Paulo: Editora Saraiva

ARANHA, Márcio Iorio.

2013 *Manual de Direito Regulatório*, Scotts Valley, CA: Laccademia

2015 *Manual de Direito Regulatório: Fundamentos de Direito Regulatório*, London: Laccademia Publishing, Ed. Kindle

AZEVEDO, M

2009 *As Parcerias Público-Privadas: Instrumento de uma Nova Governação Pública*, Coimbra: Almedina

BASTOS, Maria Isabel;

A relação da Autoridade da Concorrência com as Autoridades de Regulação Sectorial, Faculdade de Direito, Universidade Católica Portuguesa (Porto)

CABRAL, S.; LAZZARINI, S. G. & AZEVEDO, P. F.

2010 “Private Operation with public supervision: evidence of hybrid modes of governance in prisons”, in *Public Choice*, n.º 145(1), pp. 281-293, disponível em <<http://www.springerlink.com/content/115642816j136801/>>, acedido em 07/01/2021

CALIL, Laís

200 “O poder normativo das agências reguladoras em face dos princípios da legalidade e da separação de poderes”, in Gustavo Binenbojm (coord.), *Agências reguladoras e democracia*, Rio de Janeiro: Lúmen Juris, p. 130

CFM – Portos e Caminhos de Ferro de Moçambique

2011 *Relatório e Contas*, disponível em: <https://www.cfm.co.mz/index.php/en/documents-and-media/report-and-accounts/5-relatorio-e-contas-2011>

CHONG, E.; HUET, F.; SAUSSIER, S. & STEINER., F.

2006 “Public-Private Partnerships and Prices: Evidence from Water Distribution in France”, in *Review of Industrial Organization*, vol. 29, n.º 1-2, pp. 149-169

COSTA CABRAL, N. da

2009 *As Parcerias Público-Privadas*, Cadernos do IDEFF, n.º 9, Coimbra: Almedina.

CRUZ, C. O. & MARQUES, R. C.

2012 *O Estado e as parcerias público-privadas*, Lisboa: Edições Silabo

DELMON, J.

2009 *Private sector investment in infrastructure: Project finance, PPP Projects and risks*, 2.ª ed., The Netherlands: Kluwer Law International

FERNANDO, H.

2013 *Um contributo para análise das Parcerias Público-Privadas rodoviárias em Portugal*, Faculdade de Economia, Universidade do Porto

FIGUEIREDO, André

2006 “A Informação Difundida no Mercado de Valores Mobiliários e os Poderes da CMVM: Uma ‘Nova Dimensão do Direito Administrativo’”, in *Cadernos dos Valores Mobiliários*, n.º 24, novembro 2006 – Edição Especial – 15 Anos CMVM

GUEDES, J.

2011 *PPP e a distribuição do risco*, Faculdade de Direito, Universidade Católica Portuguesa (Porto)

GRIMSEY, D. & LEWIS, M.

2002a “Evaluating the risks of public private partnerships for infrastructure projects”, in *International Journal of Project Management*, vol. 20, n.º 2, pp. 107-118

2002b “Accounting for Public Private Partnerships”, in *Accounting Forum*, vol. 26 n.º 3-4, pp. 245-270

2004a *Public private partnerships: the worldwide revolution in infrastructure provision and project finance*, Cheltenham, Northampton: Edward Elgar

2004b *The Economics of Public-Private Partnerships*, Northampton: Edward Elgar

HACHEM, Daniel Wunder

2013 “A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento”, in *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, vol. 13, n.º 13, Curitiba: UniBrasil, pp. 340-399

JUSTEN FILHO, Marçal

2002 *O direito das agências reguladoras independentes*, 1.ª ed., São Paulo: Dialética

- KAPPELER, A. & NEMOZ, M.
 2010 *Public-Private Partnership in Europe – Before and During the Recent Financial Crisis*, Economic and Financial Report 2010/04, European Investment Bank, July 2010
- KLIJN, E. H. & TEISMAN, G. R.
 2003 “Institutional and Strategic Barriers to Public-Private Partnership: An Analysis of Dutch Cases”, in *Public Money & Management*, vol. 23, n.º 3, pp. 137-146
- LEAL, Rogério Gesta & RECK, Janrié Rodrigues,
 2018 “A regulação da contratação pública pelas agências reguladoras: limites e possibilidades”, in *Revista digital de Derecho Administrativo*, n.º 19, 1.º semestre, pp. 70-79
- MACUÁCUA, Edson da Graça Francisco
 2019 *Direito de Petróleo e Gás em Moçambique*, Maputo: Escolar Editora Livros, Etc.
- MALAQUIAS, Pedro Ferreira; MARTINS, Sofia; OLIVEIRA, Catarina Gonçalves de & FLOR, Paula Adrega,
 2009 “Modelos De Regulação (Ou Supervisão) Do Sector Financeiro”, in *Actualidad Jurídica, Uría Menéndez*, n.º 22 pp. 41-53
- MENEZES Cordeiro
 2006 *Manual de Direito Bancário*, 3.ª ed., Coimbra: Almedina
- MONTEIRO, R. S.
 2007 “PPP and Fiscal Risks – Experiences from Portugal”, *International Seminar on Strengthening Public Investment and Managing Fiscal Risks from Public-Private Partnerships* (Budapeste)
- NETO, Diogo de F.M.
 2000 *Mutações do direito administrativo*, 1.ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, p. 162.
- NHAMIRE, Borges & MATINE, Jorge
 2005 *Parcerias Público-Privadas: um investimento necessário mas problemático em Moçambique: Caso da concessão do Porto de Nacala e Linha do Norte*, Centro de Integridade Pública, Maputo
- POLTRONIEIR, RENATO
 2004 *Parceria público-privada “PPP”: novo marco regulatório brasileiro*, disponível em <https://www.migalhas.com.br/depeso/4693/parceria-publico-privada--ppp---novo-marco-regulatorio-brasileiro>

REBELO, Cláudia Parente

2014 *As Parcerias Público Privadas na Saúde em Portugal: Análise crítica*, Instituto Superior de Ciências Políticas, Universidade de Lisboa

SACHS, T. & TONG, L.k.

2005 “Political Risks and investment decisions in PPPs—a proposed framework for determining PPP structures that satisfy an investor’s decision criteria with respect to the political risks”, in *QUT Research Week*, Brisbane, Australia.

SARMENTO, J. M.

2013 *Parcerias Público-Privadas*, Fundação Francisco Manuel dos Santos (ed.)

SAVAS, E. S.

2000 *Privatization and Public-Private Partnerships*, New York: Chatham House
SKELCHER, C.

2005 Public-Private Partnerships and Hybridity, in *The Oxford Handbook of Public Management*, Oxford: Oxford University Press, pp. 347-370

SOBRAL, A. P. & CRUZ, J. N.

2011 “Parcerias Público-Privadas: enquadramento e avaliação das concessões ferroviárias em Portugal”, in *Revista Portuguesa de Estudos Regionais*, n.º 28

SOUSA, Alfredo José de,

2001 “As Parcerias Público-Privadas e o Desenvolvimento – O papel do controlo financeiro externo”, in *Revista do Tribunal de Contas*, n.º 36, julho/dezembro, p. 17

STIGLITZ, J.

1989 “Markets, market failures, and development”, in *The American Economic Review*, vol. 79, n.º 2, pp.197-203

TREBILCOCK, M. & ROSENSTOCK, M.

2015 “Infrastructure Public-Private Partnerships in the Developing World: Lessons from Recent Experience”, in *The Journal of Development Studies*, vol. 51, n.º 4, pp. 335-354

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DA REPÚBLICA DE MOÇAMBIQUE
& TRIBUNAIS DE CONTAS DO PAÍSES DE LÍNGUA PORTUGUESA

2006 *O Controlo Externo Das Parcerias Público-Privadas*, IV Assembleia Geral das Instituições Supremas de Controlo (ISC) da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa (CPLP), Maputo

TRIBUNAL DE CONTAS DE PORTUGAL.

2008 *Linhas de Orientação (Guide Lines) e Procedimentos para o desenvolvimento de Auditorias Externas a PPP*, disponível em <http://www.tcontas.pt/pt/actos/manual/LinhasOrientaPPP.pdf> (acedido em 2/11/2021)

ZYMLER Benjamin & DE LA ROCQUE ALMEIDA, Guilherme Henrique

2005 *O controle Externo das Concessões de Serviços Público e das Parcerias Público-Privadas*, 1.^a ed. Belo Horizonte: Editora Fórum

APPLICATION OF TIME SERIES TECHNIQUES IN RELEVANT MARKET DELIMITATION – THE BRAZILIAN EXPERIENCE

*Simone Maciel Cuiabano**, *João Carlos Nicolini de Moraes*** & *Lucas Pinha****

ABSTRACT *This work aims to make an overview of the main time-series techniques used in the relevant market definition and make a qualitative analysis of the votes and technical notes of important cases involving the discussion of time series by the Brazilian Antitrust Authority (CADE). Time-series techniques can be useful in relevant market definition since only prices are required for the analysis, allowing relatively rapid estimates. Despite their importance and relevance, there is a clear need for a careful assessment so these techniques can deliver robust and credible results. CADE's recent decisions indicate that time series techniques hardly replace the hypothetical monopolist test and simulation methodologies.*

SUMMARY 1. Introduction. 2. Time Series Data and Techniques. 2.1 Stationary time series techniques. 2.2 Technics with non-stationary series. 3. Time series models and market definition debates in Brazil. 3.1 Braskem-Quattor. 3.2 Braskem-Solvay. 3.3 Videolar and Innova. 4. Final Remarks

KEY-WORDS & JEL CLASSIFICATION CODES time series techniques; relevant market definition; CADE; Brazil. K21; L40; C22

* Senior Country Economist, African Development Bank. Deputy Chief Economist of the Brazilian Competition Authority from 2014-2016. Contact: scuiabana@gmail.com. *The views and opinions expressed are those of the authors and do not reflect the official position of the African Development Bank Group of its Board of Directors.*

** Economist, LCA Consulting.

*** Professor, Federal Rural University of Rio de Janeiro.

1. INTRODUCTION

A key question for merger analysis, recommended by the reviewed Horizontal Merger Guidelines¹ of the Brazilian Competition Authority (CADE) and other jurisdictions, is the relevant market delimitation. It is the unit of analysis to assess the consequences of anti-competitive practices. In other words, it defines the frontier of competition between firms in both geographic and product aspects. Its incorrect delimitation can compromise the estimates of the consequences of a merger/acquisition. For example, a very narrow definition would likely result in overestimated market shares. On the other hand, a very broad definition includes local products that should not be considered in the relevant market, underestimating market shares and possible merger effects.

Distinct methodologies are used to delineate relevant markets. For example, the Department of Economic Studies (DEE) of CADE emphasizes the importance of the Hypothetical Monopolist Test (TMH). In TMH, the relevant market is defined as the smallest group of products and the smallest geographic area necessary for an alleged monopolist to impose a small but significant and non-transitory price increase. Besides TMH, DEE also highlights other methods, including the diversion ratio (consider the degree of substitution or competition between two or more products), the shipment test (considering the significant volume of trade), event studies, and qualitative research².

The application of time series techniques can be useful in this process, provided they are well applied. The main advantage of these techniques is that only price series are necessary, allowing for relatively quick and useful estimations. This work aims to look at the main time series techniques and make a qualitative analysis of three recent cases involving its application in Brazil. Despite its importance, it is clear the necessity for a careful evaluation of the assumptions used in the models.

The work is divided as follows: the second section resumes the main characteristics of the time series in the context of econometrics; the third section presents the main time series techniques used in the antitrust analysis in

1 CADE's new Horizontal Mergers Guidelines was published in July 2016. Despite its recognition for the relevant market analysis, it also highlights the importance of simulations and counterfactuals, for instance, which may assess the impacts of a merger without necessarily having to stress a specific market.

2 Some concrete cases of mergers in Brazil and its respective methodologies are described in "Delimitação de Mercado Relevante - Versão pública" (in Portuguese). Available at http://www.Cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/dee-publicacoes-anexos/delimitacao_de_mercado_relevante.pdf.

Brazil; the fourth section presents three cases of concentration judged by CADE in which time series techniques played a central role; the fifth section contains final comments and briefly discusses the main limitations concerning these techniques.

2. TIME SERIES DATA AND TECHNIQUES

Wooldridge (2002) assumes that econometrics is based on developing statistical methods for estimating economic relations, testing theories, and valuing public and private sector policies. Thus, econometrics is a broad definition covering several methodologies that have been developed over time. However, it is possible to distinguish three groups based on data characteristics in the econometric models: cross-section, time series, and panel data. An econometric model in cross-section occurs when all the variables related to the units of analysis are the same period, such as National Surveys of Household Sample, and each unit of analysis constitutes one observation. On the other hand, time series are data where the unit of analysis is monitored over time, so the number of observations is equal to the time in the sample, such as the evolution of the nominal interest in the last ten years. Finally, a panel is a junction of both: several units of analysis are tracked for a period. In this way, the observations vary according to time and the unit of analysis.

Each of the groups has its characteristics. For example, time-series models study the dynamics or temporal structure of data through models capable of interpreting, predicting, and testing data-related hypotheses. According to Enders (2009), time series analysis focuses on the relationship between a variable of interest and its lagged values, other explanatory variables, and random components.

Some concepts are fundamental for the analysis of time series. First, observations result from stochastic processes; each value obtained in time embodies a random process. Hence comes the term “stationary.” Stationary time series are realizations of stationary stochastic processes in which the probabilistic characteristics are not changed over time. Time series must be stationary, so their estimates and forecasts are possible.

Bueno (2008) describes two forms of stationarity. First, a time series is strictly stationary if its joint distribution function over time is invariant. Strict stationarity is a difficult concept to check in practice because it is very restrictive. For this reason, the most usual is to work with the definition of weak stationarity. Second, a time series is weakly stationary if its mean, variance,

and covariance are constant in time. The verification of the stationarity condition is usually done through unit root tests. In general, these tests aim to understand if a series behaves like a random walk. Several tests were proposed in the literature, including Dickey-Fuller, augmented Dickey-Fuller, Phillips-Perron, and KPSS.

Stationarity is a fundamental condition for the analysis of univariate and multivariate series. A univariate model is based on a single data series, and forecasts are modeled as a function of random shocks – moving averages (MA) – and lagged autoregressive (AR) values. However, univariate models are not used to delineate relevant markets precisely because the idea is to verify the degree of integration among different products and locations, resulting in more than one dataset. In mergers analysis, we usually work with multivariate models, which consist of analyzing two or more series and concluding whether they belong to the same relevant market. The following are the main methods applied in this type of analysis. First, we separate the appropriate techniques for when series are stationary or non-stationary.

2.1. Stationary time series techniques

a. Simple and partial correlation

Correlation is a widespread concept in statistics is discussed in different jurisdictions on their role in delineating relevant markets. The simple correlation between two variables, x , and y , expresses how they move together, both in direction and strength. The correlation coefficient, belonging to the interval $[-1,1]$, indicates a perfect negative relation at the lower end and a perfect positive association at the upper end. Intuitively, a relevant market (geographic or product) tends to present a high correlation between prices due to arbitrage. For example, if there is a price increase in a relevant market in one region, consumers might prefer to buy from another region, reducing the price in the first one and raising it in the second. In the same way, suppliers will sell their products in the region where the price is higher, resulting in the equalization of prices over time.

Two major caveats to be stressed regarding correlation analysis: the first is that the series must be stationary. Otherwise, there will be a high probability of obtaining spurious correlations. This problem occurs when a high coefficient of correlation is obtained without any theoretical or logical reasons. Second, statistically, the problem is related to the behavior of the series: a non-stationary series varies in time in its first three moments (mean, variance,

and covariance) and presents a random walk behavior. According to Forni (2004), this implies that the long-term forecasts of the series are not equal to the mean, and the variance tends to grow unlimited. Therefore, a high degree of correlation between two series would be a statistical coincidence, not a causal co-movement relationship over time.

The second one is about the impact of other factors on the time series. Suppose the goal is to delineate the relevant gasoline market in a city with two gas stations. Each of them determines its prices (assuming no collusion) and presents its time series for the price of gasoline. However, the government decides to raise a tax on the commercialization of gasoline so that prices will be high in both stations without a direct or causal relationship between them. As a result, the correlation between prices will have increased due to an external shock. Ideally, external factors should be removed from the correlation analysis so that the market is defined only by the actions of consumers and suppliers through integration and arbitration. As defined by Haldrup (2003), the partial correlation would be the correlation between adjusted price series without the interference of common external factors.

Another problem pointed out by Davis and Garcés (2010) regarding the use of price correlations in the relevant market delimitation concerns the understanding of the price behavior of two differentiated products. This type of assessment assumes that the determinant of co-movement of prices is primarily consumer behavior, which replaces one product with another. However, other factors are not necessarily related to consumer behavior, which can generate false positives conclusions and spurious correlations.

b. Auto-regressive vectors (VAR)

VAR models are used to capture the relationship of multiple variables simultaneously, meaning they are treated as endogenous – each one of them influences one another. The series is modeled in terms of the lagged values themselves, constituting vectors of variables and matrices of coefficients to be estimated. In general, a VAR model is defined by its number of lags (order) p and k variables. The number of lags (p) is usually defined by the selection criteria based on the maximum likelihood function, such as the Akaike and Schwarz method. Therefore, it is important to proceed to autocorrelation tests between the residues to test for the number of lags. The Ljung-Box and Breusch-Godfrey tests are commonly used for this purpose.

Based on VAR models, three types of analyzes are commonly used. The first is the Granger Causality test. Causality is seen as temporal precedence,

meaning that a variable precedes another one (if lagged values are related to the current value of the other variables). The results could point to a one-way Granger causality, a bidirectional causality, or no causality at all. Attesting the presence of Granger's causality in a VAR model could indicate the delineation of relevant markets.

Much of the interest in VAR models are in the residual. If the model is stationary, it is possible to predict how a shock in a lagged variable interacts with the others. For example, for the relevant market delimitation, one can analyze how a shock in the price of one market (or region/product) affects the other, thus indicating that both are in the same relevant market if the model is robust.³ This type of analysis is called the Impulse Response Function.

A third interesting analysis from the VAR is the variance decomposition of the forecast errors. This is used to verify which proportion of the prediction error variance is due to itself or other variables over time. We did not find many applications of this type of analysis in discussing relevant market delimitation, though.

2.2. Technics with non-stationary series

When two or more time series are not stationary, they can cointegrate, i.e., both series may have a long-term relationship. Two or more integrated series of the same order⁴ are cointegrated if they present a stochastic tendency in common and at least one stationary linear combination. This characteristic is important to relevant market definition since prices of different products and locations following the same path could indicate integration of that markets and, in some sense, that they are part of the same relevant market. According to Forni (2004), economic intuition arises from arbitrage. If products are substitutes both on the demand side and on the supply side, prices will not disperse over time since consumers and producers will choose between them, so the more expensive product may face price reductions, and the cheaper ones face an increase in prices.

Several cointegration tests are proposed in the literature. Following is a brief review of the most commonly used.

3 As in the correlation example, one variable can impact the other not because they are in the same relevant market but because they were affected by another price movement, such as raise in costs.

4 Generally, with one unitary root $I(1)$ for most economic data.

a. Engle-Granger

The test proposed by Engle and Granger (1987) aims to find only one cointegration relation between two or more variables. For example, suppose having two variables, y , and x . The first step is to verify if the series is not stationary and integrated in the same order. If both are integrated of 1 order – $I(1)$ – the second step is to run an Ordinary Least Squares (OLS) test to estimate their long-term relationship. There is no criterion for determining which variable will be the explanatory one, which will be the dependent one. The analyst must make this definition.

One of the main criticisms related to Engle-Granger methodology relates to the unique cointegrating relation, regardless of the number of variables. In theory, there may be several linear stationary combinations resulting from the existence of several cointegration vectors. If there are k variables, it is possible to exist $k-1$ linearly independent cointegrating vectors, one cointegration relation each. Another important criticism is the arbitrariness in the definition of the dependent variable and the explanatory variables.

An interesting approach is provided by Forni (2004) regarding this type of test to relevant market delimitation. The author argues that a series $I(1)$ does not necessarily present a constant mean or an increasing variance over time since shocks are permanent. Thus, if the difference between the two series is $I(1)$, both can diverge from each other over time. Otherwise, they walk through time in a common trajectory. Forni (2004) suggests using the increased Dickey-Fuller and KPSS tests to verify the stationarity condition. If there is one unit root, the products do not belong to the same relevant market (and vice-versa).

b. Johansen Cointegration Test

Johansen cointegration test's main advantage compared to Engle-Granger is that it allows multiple cointegrating vectors. In addition, the test is based on a VAR model, so variables are treated as endogenous in a dynamic scenario. Therefore, there is no need to define a priori the dependent variable and the explanatory variables.

A restricted VAR can be used when variables are not level stationary and cointegrated, also known as the error correction model (VECM). The VECM models are widely used in time series, allowing for analyses of impulse response functions and decomposition of forecast error variance. As discussed in the VAR context, these two techniques are good indicators of market integration.

Regardless of the number of variables, attesting for the existence of at least one cointegration vector is sufficient to conclude that markets are integrated. For antitrust analysis, this could indicate that distinct markets may behave as parts of the same relevant market since series have the same long-term trajectory and, at least, one linear combination. But, again, a caveat in the application of cointegration tests for relevant market definition is, if the economic theory behind the equation is not well defined, false positives are well possible.

3. TIME SERIES MODELS AND MARKET DEFINITION DEBATES IN BRAZIL

Here we illustrate three cases in which the debate about applying time series to the relevant market definition was used in Brazilian jurisprudence. The first case concerns the merger of Quattor and Braskem in 2010. The second case reports the discussion presented at the proposed acquisition of Solvay by Braskem in 2014; Finally, we present the debate in Innova SA / Videolar SA case, approved with remedies in 2014.

3.1. Braskem-Quattor

a. Time-series techniques used by the parties

In 2010, Braskem, a giant company in Brazil's petrochemical sector, sought CADE's approval for the Quattor acquisition. Both companies produced thermoplastic resins such as polyethylene (PEAD, PEBD, PEBDL⁵) and polypropylene (PP) – so the operation would create a giant monopoly in producing such resins. In addition, assets consolidation would position Braskem as the largest petrochemical company in the Americas. However, the geographical size of this market was the most controversial point since previous jurisprudence generally considered the relevant market as international.⁶

5 Portuguese acronyms for High-density polyethelene, low-density polyethelene, linear, linear low-density polyethelene.

6 Decisions in the Merger Acts 08012.005473 / 1997-45; 08012.006452 / 2000-86 and 08012.005799 / 2001-92. CADE considered the relevant geographic market as Mercosur for polyethylene and polypropylene. Merger Act 08012.005598 / 2005-19 assessed the impacts of polyethylenes and polypropylenes market both in international and national relevant markets, because – according to the Commissioner Ricardo Boas Vilias Cueva – it was not possible to reach, “with a high degree of certainty, a conclusive definition of the geographical dimension”.

The parties presented an economic study to test for the relevant geographic markets.⁷ Johansen cointegration, VECM, Granger Causality, and Decomposition of Forecast Error Variance were used. The database presented had monthly price information from 2000 to 2010 for the domestic market, international markets, and naphtha (as the cost shifter) for the polyethylene resins PEBD, PEBDL, PEAD, and PP.⁸

In summary, the study concluded that there was a long-run relationship between prices (i.e., trace and maximum eigenvalue tests showed positive and significant results for cointegration). Table 1 reproduces the results for Johansen trace and eigenvalue tests. Table 2 presents the estimated cointegrating equation, and Table 3 exhibits the VECM model.

Table 1. Johansen cointegration – trace and maximum eigenvalue

| Product | Model choice | Number of cointegrating vectors | | | | | |
|---------|-------------------------------------|---------------------------------|--------|--------|--------|-----------------|--------|
| | | None | Trace | | | Max. Eigenvalue | |
| | | | 1 | 2 | None | 1 | 2 |
| PEBD | One lag, no intercept, and no trend | 0.0000 | 0.2088 | 0.8742 | 0.0000 | 0.1538 | 0.8742 |
| PEBDL | One lag, no intercept, and no trend | 0.0000 | 0.2038 | 0.8377 | 0.0000 | 0.1511 | 0.8377 |
| PEAD | One lag, no intercept, and no trend | 0.0000 | 0.2963 | 0.9309 | 0.0000 | 0.2255 | 0.9309 |
| PP | One lag, no intercept, and no trend | 0.0000 | 0.4131 | 0.8418 | 0.0000 | 0.3349 | 0.8418 |

P-values by Mackinnon-Haug-Michelis (1999). Endogenous variables: national GDP, world GDP, NAFTA NW Europe CIF.
Source: Braskem/ Consultoria Tendências.

⁷ Merger act No. 08012.001205/2010-65.

⁸ PEBD: low density polyethylene; PEBDL: linear low-density polyethylene; PEAD: high density polyethylene; PP: polypropylene.

Table 2. Cointegrating vector estimations

| Cointegration | PEBD | PEBDL | PEAD | PP |
|----------------------|------------|------------|------------|-------------|
| Domestic market (-1) | 1.000000 | 1.000000 | 1.000000 | 1.000000 |
| Foreign market (-1) | -0.806902 | -0.981948 | -0.950488 | -0.718256 |
| | (0.06772) | (0.07072) | (0.06754) | (0.09203) |
| | [-11.9155] | [-13.8841] | [-14.0730] | [-7.804336] |
| Nafta Europe (-1) | -0.655702 | -0.252285 | -0.383822 | -1.053653 |
| | (0.20779) | (0.20298) | (0.19393) | (0.26457) |
| | [-3.15564] | [-1.24289] | [-1.97916] | [-3.98258] |

Endogenous variables: NAFTA NW Europe CIF, world GDP, and Brazilian GDP. Deviations (), t statistics []. Source: Braskem/ Consultoria Tendências.

Table 3. VECM

| | D. (Domestic market) | D. (Foreign market) | D. (NaftaNWCIF) |
|----------|----------------------|---------------------|-----------------|
| CointEq1 | -0.259191 | 0.011968 | 0.015826 |
| PEBD | (0.03748) | (0.07466) | (0.03748) |
| | [-6.91482] | [0.16030] | [0.44554] |
| CointEq1 | -0.259132 | 0.065418 | 0.026500 |
| PEBDL | (0.03598) | (0.07073) | (0.03598) |
| | [-7.20122] | [0.92491] | [0.69629] |
| CointEq1 | -0.296703 | 0.075192 | 0.025346 |
| PEAD | (0.03994) | (0.06842) | (0.03727) |
| | [-7.42812] | [1.09903] | [0.68013] |
| CointEq1 | -0.203034 | -0.037785 | 0.010575 |
| PP | (0.03090) | (0.06393) | (0.03090) |
| | [-6.57140] | [-0.59107] | [0.32813] |

Deviations (), t statistics []. Source: Braskem/ Consultoria Tendências. Note: adjusted coefficients are significant considering only the results for the domestic market, being a piece of evidence for integration between domestic and foreign prices.

The presented study also tested for the direction of causality, concluding that international prices caused home prices, despite the common control value (naphtha). Regarding the choice of ordering foreign price and the naphtha price to the domestic one (the exogeneity order of variables),

variance decomposition suggested price of foreign resin explained by largely the price of the domestic one (Table 4). Parties concluded, therefore, that a merger between Braskem and Quattor would have little impact on prices due to the internationalization of the resins market.

Table 4. Variance decomposition of forecast errors.

| Products | Period | Domestic prices/ Foreign prices | Foreign prices/ Domestic prices | Domestic prices/naphtha | Foreign prices/ naphtha |
|----------|---------|------------------------------------|------------------------------------|----------------------------|----------------------------|
| PEBD | 1 year | 71.1 | 0.69 | 23.01 | 7.87 |
| | 2 years | 72.57 | 0.44 | 24.51 | 7.33 |
| PEBDL | 1 year | 79.97 | 1.23 | 12.45 | 7.4 |
| | 2 years | 82.23 | 1.3 | 13.41 | 7.26 |
| PEAD | 1 year | 78.33 | 1.19 | 14.03 | 6.66 |
| | 2 years | 80.47 | 1.42 | 15.08 | 6.22 |
| PP | 1 year | 69 | 3.64 | 24.67 | 4.17 |
| | 2 years | 1.17 | 2.27 | 25.75 | 3.42 |

Endogenous variables: NAFTA NW Europe CIF, world GDP, and Brazilian GDP. Deviations (), t statistics []. Source: Braskem/ Consultoria Tendências.

b. SSNIP test

In line with the Horizontal Merger Guidelines, the Reporting Commissioner asked the parties for a document presenting the SSNIP⁹ test. As a result, the estimated equation for the demand elasticities was as follows:

$$lq_t = \alpha + \beta_1 \ln PBr_t + \beta_2 \ln Pint_t + \beta_3 \ln y_t + \varepsilon_t \quad (1)$$

Pbr is the domestic prices for PP, PEBD, PEBDL, and PEAD, Pint is the foreign prices, y is the demand shock, and q is the total quantity sold of PP, PEBD, PEBDL, and PEAD in the domestic market. All variables are expressed in logarithm. The authors used three estimating methodologies in which the presented instruments were the lagged price for the naphtha, both in level and in first difference. The first GMM estimations showed demand elasticities around 1%. In linear estimation using a rolling regression, the authors concluded that the elasticities change over time, ranging from -2% to -4%, higher than the critical loss proposed by the monopolist test (table 5). In

9 Small but significant and non-transitory increase in price.

summary, the authors reached a formal conclusion that the relevant market should include resins imports, depending on the period.

Table 5. Critical loss

| | Δ Price | Demand | Critical elasticities |
|---------------------|----------------|-----------------------|-----------------------|
| Profit maximization | 5% | Linear | -2.27 |
| | | Constant elasticities | -2.68 |
| | 10% | Linear | -1.85 |
| | | Constant elasticities | -2.50 |

Source: Braskem/ Consultoria Tendências.

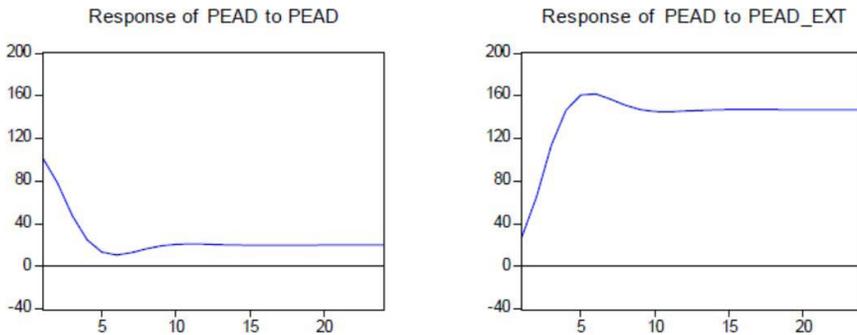
c. The role of the Department of Economic Studies

The Department of Economic Studies (DEE) stressed that simply a correlation between domestic and foreign markets would not imply relevant market definition because this could reflect firms' price strategy. Regarding the methodologies, the Department also identified inconsistencies in the granger causality and the variance decomposition. First, the chosen model was a VAR in the first difference without a structural break, but the most suitable one for interpretations should be the VEC with a structural break. Second, in this case, the Granger causality of foreign to domestic price was not verified.

Second, DEE highlighted the misinterpretation of the price order. Cost prices (i.e., naphtha) also anticipated the movement of foreign prices in the VEC and the Granger test. In this case, there would be no reason to believe in the ordination naphtha causing foreign price, then causing domestic price, finding little explanation for the variance decomposition (Table 4).

DEE simulated unilateral price increases in domestic prices to check whether they would be significant and permanent through impulse response. As a result, for domestic price shocks, it was identified a short-run price augmentation. However, considering a foreign price shock, this effect lasted for a longer period, pointing to a possible international market definition (Figure 1).¹⁰

¹⁰ The note DEE, however, also points out more than once the need for a test beyond the correlation of prices and to understand profitability with an increase in prices, as in the loss Critical and Elasticity criticism.

Figure 1. Impulse response for PEAD prices.

Note: Shocks are standard price deviations. Source: Braskem/ Tendências.

Despite methodological differences, the vote of Reporting Commissioner Carvalho (2010) made the following considerations: i) it was verified the existence of cointegration between domestic and international prices and the long-term trend between them; ii) other correlation tests also indicated that the variance in international prices explained variance in domestic prices; iii) finally, critical loss test showed no strong evidence against the international market hypothesis. Thus, it ruled for an understanding of the international geographic market. However, the case was approved with behavioral remedies. The new company had to report the monthly imported quantity for each resin and any importing contract signed between foreign and national industries.

3.2. Braskem- Solvay

At the end of 2013, Braskem proposed acquiring its competitor Solvay, located in Brazil and Argentina¹¹. Following the market consolidation, which had begun with the acquisition of Quattor, the company strategy was to strengthen its plastic resin production in Mercosur. In the previous operation, the main product markets involved producing polyethylenes and propylenes—the current operation target PVC¹², commercialized as suspension (PVC-S) or emulsion (PVC-E).

¹¹ Merger act Nº 08700.000436/2014-27.

¹² Polyvinyl chloride.

a. Time series used to push through an international geographic market

Parties presented an analysis of price cointegration for the PVC market. The main argument was that imports could impede domestic production and block any attempt of market abuse from the new company. The database contained average monthly price information for domestic¹³ and foreign prices of PVC-S¹⁴ between January 2008 and July 2013. In addition, the authors included a dummy during an antidumping period when US imports were overtaxed by 16%. Another dummy was added to cover the financial crisis between 2008 and 2009. Finally, for cost control, naphtha and ethane prices were also included.

The study presented trace statistics for the null hypothesis of non-cointegration, replicated in Tables 6 and 7 below. Results pointed to the rejection of the null hypothesis, meaning for a long-run relationship between domestic and internal prices.

Table 6. Trace statistics using ethane as cost

| Model | | Number of cointegrating vectors | | |
|------------------------|------------------------|---------------------------------|-------|------|
| | | 0 | 1 | 2 |
| Trace statistics | | | | |
| Domestic PVC + US GULF | no intercept, no trend | 32,09 | 16,29 | 3,44 |
| Domestic PVC + SE ÁSIA | no intercept, no trend | 35,91 | 13,06 | 0,97 |
| PVC INTERNO + NE ÁSIA | no intercept, no trend | 35,72 | 13,54 | 0,77 |
| PVC INTERNO + NEW | no intercept, no trend | 30,55 | 11,72 | 0,55 |

Source: Braskem, Solvay/ Tendências. Critical values based on Johansen, Mosconi, and Nielsen (2000).

¹³ Average price of Solvay and Braskem.

¹⁴ Average PVC-S price from US-Gulf, South Asia, Northeast Asia and Northwest Asia, the main origins of Brazilian PVC imports.

Table 7. Trace statistics using naphtha as cost

| | Model | Number of cointegrating vectors | | |
|------------------------|--------------------------|---------------------------------|-------|------|
| | | 0 | 1 | 2 |
| Trace statistics | | | | |
| Domestic PVC + US GULF | with intercept, no trend | 31,46 | 10,15 | 3,58 |
| Domestic PVC + SE ÁSIA | no intercept, no trend | 41,51 | 8,62 | 1,35 |
| PVC INTERNO + NE ÁSIA | no intercept, no trend | 38,58 | 8,62 | 1,01 |
| PVC INTERNO + NEW | no intercept, no trend | 30 | 7,42 | 1,05 |

Source: Braskem, Solvay/ Tendências. Critical values based on Johansen, Mosconi, and Nielsen (2000).

The authors estimated a VEC equation for both relationships and, as their estimated adjustment coefficients were negative, they corroborated their analysis for a long run and stable cointegration between domestic and foreign prices.

Table 8. Adjustment coefficients

| | Ethane | | | Naphtha | | |
|------|-----------------|----------------|------------|-----------------|----------------|------------|
| | Domestic market | Foreign market | Ethane | Domestic market | Foreign market | Naphtha |
| Gulf | -0,001225 | 0.024062 | -0,049246 | -0,096192 | 0,054021 | -0,187144 |
| | (0,00959) | (0,01932) | (0,02433) | (0,04154) | (0,0799) | (0,06011) |
| | [-0,127741] | [1,24569] | [-2,02410] | [2,31557] | [0,67610] | [-3,11316] |
| SEA | -0,108645 | -0,017643 | -0,366983 | -0,115896 | 0,10212 | -0,246395 |
| | (0,04187) | (0,0738) | (0,11723) | (0,05027) | (0,08662) | (0,0786) |
| | [-2,59496] | [-0,23907] | [-3,13055] | [-2,30544] | [1,17893] | [-3,13497] |
| NEA | -0,189646 | 0,061923 | 0,34901 | -0,162484 | -0,033598 | -0,214785 |
| | (0,04689) | (0,08514) | (0,14016) | (0,04931) | (0,08498) | (0,07817) |
| | [-4,04424] | [-0,72727] | [-2,49003] | [-3,29509] | [-0,39538] | [-2,74735] |
| NWE | -0,062559 | 0,213736 | -0,134371 | -0,086755 | 0,260762 | -0,081268 |
| | (0,04669) | (0,099909) | (0,12788) | (0,05242) | (0,10595) | (0,07956) |
| | [-1,34001] | [2,15709] | [-1,05079] | [-1,65512] | [2,50618] | [-1,02151] |

Source: Braskem, Solvay/ Tendências. P-values in (), t-statistics in [].

For the variance decomposition, the study observed a long-run relationship (over 12 months). The foreign price explained the domestic price (around 70% using ethane as cost control and 60% using naphtha). So, claimants' economists corroborated the correlation hypothesis between domestic and foreign prices. To complement, they also proceeded to impulse-response function analysis. The shock of foreign prices on the domestic ones caused a long-run impact on domestic prices, not reversible in the short run. The only exception was the prices from US-Gulf origins, pointing towards the greater influence of the Asian prices. The authors concluded that the market should have been considered as international geographically speaking.

b. DEE review's strike again

On reviewing the parties' study, DEE followed the Haldrup (2003) methodology to analyze the cointegration between series. Controlling domestic and international prices by common factors such as the ethane and naphtha, the Department unit root tests did not point to I (1) series because there were two cointegrating equations and only two endogenous variables be interpreted as stationary. DEE applied the correlation analysis for domestic and foreign prices, finding a strong relationship between domestic and US-Gulf prices. This finding contradicted the impulse response results presented by the parties.

Considering seasonal and common factors, DEE preceded the VAR model and the Granger causality test. Their results are shown in Tables 9, 10, and 11. The Department reached a similar conclusion to the claimants' study, i.e., that foreign prices caused domestic prices. However, the interpretation observed the strongest effect from the US-Gulf prices, like the correlation analysis.

Table 9. Granger Causality – Ethane

| Direction of Causality | | | X test 2 | Freedom Degrees | Decision |
|------------------------|-------------------|---------------|----------|-----------------|------------|
| <i>Brazil</i> | Not Granger-cause | Gulf (USA) | 0.57 | 2 | accepted |
| <i>Brazil</i> | | NE Asia | 0.91 | 2 | accepted |
| <i>Brazil</i> | | SE Asia | 1.53 | 2 | accepted |
| <i>Brazil</i> | | Europe NWE | 1.70 | 2 | accepted |
| Gulf (USA) | | <i>Brazil</i> | 6.67 | 2 | Rejects 5% |
| NE Asia | | <i>Brazil</i> | 3:49 | 2 | accepted |
| SE Asia | | <i>Brazil</i> | 0.31 | 2 | accepted |
| Europe NWE | | <i>Brazil</i> | 4.07 | 2 | accepted |
| ALL | | <i>Brazil</i> | 10.96 | 4 | Rejects 5% |

Source: Merger act 08700.000436/2014-27 vol. 13, pp. 144-200.

Table 10. Causality Granger – Naphtha

| Direction of Causality | | | X test 2 | Freedom Degrees | Decision |
|------------------------|--------------------|---------------|----------|-----------------|------------|
| <i>Brazil</i> | Not Granger- cause | Gulf (USA) | 0.99 | 2 | accepted |
| <i>Brazil</i> | | NE Asia | 1.58 | 2 | accepted |
| <i>Brazil</i> | | SE Asia | 2.99 | 2 | accepted |
| <i>Brazil</i> | | Europe NWE | 2.86 | 2 | accepted |
| Gulf (USA) | | <i>Brazil</i> | 7.17 | 2 | Rejects 5% |
| NE Asia | | <i>Brazil</i> | 3.17 | 2 | accepted |
| SE Asia | | <i>Brazil</i> | 0.18 | 2 | accepted |
| Europe NWE | | <i>Brazil</i> | 4.09 | 2 | accepted |
| ALL | | <i>Brazil</i> | 13.63 | 4 | Rejects 1% |

Source: Merger act 08700.000436/2014-27 vol. 13, pp. 144-200.

DEE preceded the hypothetical monopolistic test for the PVC market, following the methodology proposed by Werden (2003). Using quantity and price data for PVC imported and locally produced, controlling for energy costs, labor costs, and seasonal dummies, the Department estimated demand elasticities using two stages OLS, GMM, and MLE. The obtained elasticities

ranged from -0,5 to -0,8, much lower than the critical elasticity. The results for the estimations and the critical values are reported in tables 12 and 13.

Table 12. Estimated elasticities

| | Estimation types | | | | | |
|------------------------------|----------------------|----------------------|----------------------|----------------------|----------------------|----------------------|
| | 1 | 2 | 3 | 4 | 5 | 6 |
| lnP | -.502** (0.212) | -.587*** (0.196) | -.0545** (0.225) | -.530*** (0.164) | 0.783*** (0.250) | -.640*** (0.191) |
| lnEthane | 0.068 (0.089) | 0.101 (0.081) | 0.074 (0.090) | 0.115* (0.068) | 0.157* (0.084) | 0.131* (0.073) |
| IBC-Br (GDP) | 0.000 (0.005) | 0.002 (0.004) | 0.001 (0.005) | -0.001 (0.004) | 0.002 (0.008) | -0.001 (0.004) |
| Constant | 14.646*** (1.616) | 14.914*** (1.663) | 14.933*** (1.696) | 14.721*** (1.272) | 16.078*** (2.323) | 15.477*** (1.452) |
| Number of observations | 65 | 65 | 65 | 65 | 65 | 65 |
| Rsquared | 0.804 | 0.786 | 0.800 | 0.890 | 0.615 | 0.879 |
| Monthly dummies | yes | yes | yes | yes | yes | yes |
| Year dummies | yes | yes | yes | yes | yes | yes |
| Outliers | yes | yes | yes | yes | yes | yes |
| Methodology | 2OLS | GMM | ML | 2OLS | GMM | ML |
| Kleibergen-Paap rk (p-value) | 0.00 | 0.00 | 0.00 | 0.00 | 0.00 | 0.00 |
| Cragg-Donald F statistics | 4.34 | 5.32 | 4.34 | 4.11 | 5.05 | 4.11 |
| Sargan (j statistics) | 0.57 | | 0.57 | 0.19 | | 0.21 |

Note: quantity monthly sold by Solvay and Braskem in logarithm. The international ethane price controls estimations. IBC-BR index is a proxy for aggregated demand, estimated by Brazilian Central Bank. Instruments: first and second lags for labor costs, ethane costs, and energy costs. Outliers' dummies in January 2009, October 2011, and July 2013. Standard errors (). ***p<0.01. **p<0.05. *p<0.1.

Source: Merger act 08700.000436/2014-27vol. 13, pp. 144-200.

Table 13 Critical elasticities

| | Cmg -Proxy | | | | Cmg(estimated) | | | |
|-------------|------------|------|------------|------|----------------|------|------------|------|
| | Linear | | Isoelastic | | Linear | | Isoelastic | |
| SSNIP | 5% | 10% | 5% | 10% | 5% | 10% | 5% | 10% |
| Breakeven | 2.61 | 2.31 | 2.86 | 2.75 | 2.16 | 1.95 | 2.34 | 2.27 |
| Profit Max. | 2.31 | 1.87 | 2.74 | 2.54 | 1.95 | 1.63 | 2.26 | 2.14 |

Source: Merger act 08700.000436/2014-27 vol. 13, pp. 144-200.

The Department concluded that there was a high probability for a non-transitory profitable price increase of more than 10% for the monopolist in the PVC market. This result indicated that other products would not rival the domestic production of PVC in other geographical regions. Therefore, the relevant market of this product would have a national geographic dimension.

c. Diff-diff estimations

Given the controversy and debate between claimants and CADE, DEE held a difference-in-differences test, such as the analysis made in Ineos Group Limited and Kerling ASA¹⁵ merger in the UK. Considering plants' interruptions effect in the Brazilian PVC market, DEE sought to determine whether there was an increase in imports, their main origins, and their impacts on domestic resin prices. Regression's equation contained information on the quantity (Y) sold in Brazil by domestic production and imports (i) in each month (t), controlling for PVC prices and costs (X). T is the dummy variable for the treatment plants (with interruptions), and t the time dummy. Interaction Tt aimed to capture the imported product effect on the domestic market, as it follows:

$$Y_{it} = \alpha X_{it} + \gamma T_{it} + \rho t_{it} + \beta(T_{it}t_{it} + \varepsilon_{it}) \quad (2)$$

Data for this experiment included the imported quantity of polystyrene (PS) as the control group because both firms did not produce this type of resin. Hence, an imported quantity change of PS could not have been the result of a shock production. Importing trends between PS and PVC were quite similar during the analyzed period (January 2008- July 2013, 72 periods). Not

¹⁵ Operation notified to the European Commission on 17 July 2007. For details, see Amelio; De La Mano & Godinho (2008).

programmed plant interruptions were frequent during this period, and the loss of production was around 26% of installed capacity.

DEE estimations using 2OLS were based on the regressions between the first difference of the logarithm quantities with lagged controls variables (1) and with the differences between national and imported prices (2) for each exporting region (South America, North America, Asia, and Europe). Tables 14, 15, 16, and 17 show the results.

Table 14. “diff-in-diffs” South American imports

| | 1 | 2 | 1 | 2 | 1 | 2 |
|--------------------------|----------|----------|----------|----------|-----------|-----------|
| PVC * Treatment (t: t+1) | 0.472*** | 0.897*** | | | | |
| | [0.0563] | [0.0701] | | | | |
| PVC * Treatment (t: t+2) | | | 0.299*** | 0.30*** | | |
| | | | [0.0238] | [0.0297] | | |
| PVC * Treatment (t: t+3) | | | | | 0.157*** | 0.0737*** |
| | | | | | [0.00949] | [0.00070] |

Source: Merger act 08700.000436/2014-27vol. 16, pp 6-30. Standard errors [].***p<0.01. **p<0.05. *p<0.1.

Table 15. “diff-in-diffs” North American imports

| | 1 | 2 | 1 | 2 | 1 | 2 |
|--------------------------|-----------|----------|----------|----------|----------|----------|
| PVC * Treatment (t: t+1) | 0.0879*** | 0.125 | | | | |
| | [0.00841] | [0.0795] | | | | |
| PVC * Treatment (t: t+2) | | | 0.302*** | 0.175*** | | |
| | | | [0.0197] | [0.0419] | | |
| PVC * Treatment (t: t+3) | | | | | 0.375*** | 0.286*** |
| | | | | | [0.0173] | [0.0812] |

Source: Merger act 08700.000436/2014-27vol. 16, pp 6-30. Standard errors [].***p<0.01. **p<0.05. *p<0.1.

Table 16. “diff-in-diffs” Asian imports

| | 1 | 2 | 1 | 2 | 1 | 2 |
|--------------------------|----------|----------|-----------|----------|------------|---------|
| PVC * Treatment (t: t+1) | 0.0563 | 0.138*** | | | | |
| | [0.0507] | [0.0273] | | | | |
| PVC * Treatment (t: t+2) | | | 0.0435*** | 0.00738 | | |
| | | | [0.00198] | [0.0172] | | |
| PVC * Treatment (t: t+3) | | | | | -0.0712*** | -0.0867 |
| | | | | | [0.0121] | [0.0] |

Source: Merger act 08700.000436/2014-27vol. 16, pp 6-30. Standard errors [].***p<0.01. **p<0.05. *p<0.1.

Table 17. “diff-in-diffs” European imports

| | 1 | 2 | 1 | 2 | 1 | 2 |
|--------------------------|----------|----------|-------------|----------|-----------|----------|
| PVC * Treatment (t: t+1) | 0.279*** | 0.00815 | | | | |
| | [0.108] | [0.0569] | | | | |
| PVC * Treatment (t: t+2) | | | (-0.951)*** | 0.649*** | | |
| | | | [0.0656] | [0.0243] | | |
| PVC * Treatment (t: t+3) | | | | | -0.339*** | 0.0267 |
| | | | | | [0.0914] | [0.0507] |

Source: Merger act 08700.000436/2014-27vol. 16, pp 6-30. Standard errors [].***p<0.01. **p<0.05. *p<0.1.

The Department concluded that the relevant geographic market should be understood as broader than Brazil, including South America and eventually North America. Coefficients from both regions were positive and significant, despite the small impact of this last region. Asia and the European Union did not seem to belong to the same relevant market since results were negative and not significant, contradicting the cointegration analysis presented by claimants. DEE also asked for a qualitative analysis of stocks and antidumping measures, impacting econometric evaluations.

In his opinion, Reporting Commissioner Araujo (2014) concluded the relevant geographic market as South America, with a moderate degree of rivalry in North America. As a result, companies dropped the case, and no merger was concluded. Later in 2016, Unipar Carbocloro, the country’s main

caustic soda producer, acquired Solvay Indulpa, creating the 2nd largest producer of PVC behind Braskem.

3.3. Videolar and Innova

In July 2013, Videolar SA asked for clearing its acquisition of Innova SA. Videolar was the only polystyrene (PS) producer in the north of Brazil where it benefited from a series of tax reductions and subsidies applied in the Free Area of Manaus¹⁶. Innova was a state-owned enterprise in the Rio Grande do Sul state. The main commercialized product was imported PS, acrylonitrile-butadiene-styrene (ABS), styrene-acrylonitrile (SAN), and styrene. With no other national producers of PS, the new company would become a monopoly. The main argument from the parties was that ABS and PP would be perfect substitutes for PS since it is an older resin being replaced by the former. However, during the process analysis, the General Superintendence did not agree on that definition because PP was a type of thermoplastic resin while ABS was the one applied in construction, differently from the applications of the ABS¹⁷.

a. International relevant market and ABSxPS substitution

The parties presented a series of correlation and cointegration tests among polystyrene (PS) prices in Brazil, the United States, and Asia to verify if these regions would belong to the same relevant market. They also presented price results for ABS, PP, and PS to broaden product market analysis. Data ranged from January 2003 to May 2013 for PS prices in Brazil, in the US, in the European Union, and Asia, as well prices for ABS and PP for the same period in Asia.

The study tested for Engle-Granger cointegration and causality tests. The first tested for a unit root presence on the residual of the OLS equation using only prices as dependent and independent variables. Tables 18 and 19 report the results, where significance means the presence of unit root and, accordingly to the parties, cointegration. The study pointed to the existence of cointegration among prices in Brazil and all international prices of PS and a long-term relationship among these and ABS/PP prices.

16 In Portuguese, Zona Franca de Manaus. Taxes exemptions to industries are given to those who were installed in the region, in order to promote the development of the Amazonian states.

17 ABS's is used in manufacturing products such as pipe systems, musical instruments, automotive trim components, medical devices for blood access et al. because of its light weight. It is not produced in Brazil.

Table 18. Cointegration tests

| | No constant | Constant |
|----------------|--------------------------|-------------------------|
| PSBRA / PSUSA | -0,440847 (0,0005237) | -0,369077 (0,02876) |
| PSBRA / PSEUR | -0,28808 (0,01747) | -0,312921 (0,07531) |
| PSBRA / PSASI | -0,475036 (0,0001371) | -0,458478 (0,003776) |
| PSBRA / ABSASI | -0,221364 (0,06717) | -0,121361 (0,7051) |
| PSBRA / PPASI | -0,271132 (0,01854) | -0,133897 (0,6367) |

P values (). Source: Merger act 08700.009924/2013-19, vol. 04, pp. 173-205.

Table 19. Cointegration tests

| Null hypothesis | | Constant F test | No constant F test |
|-----------------|-----------|--------------------|-----------------------|
| PS Brazil | PS USA | 5,3072 | 6,9037 |
| PS USA | P5 Brazil | 2,3374 | 1,8773 |
| PS Brazil | PS Europe | 0,1266* | 0,3859* |
| P5 Europe | PS Brazil | 14,689 | 10,952 |
| PS Brazil | PS Asia | 0,3297* | 1,4853* |
| PS Asia | PS Brazil | 17,153 | 15,368 |
| PS Brazil | ABS Asia | 0,0057* | 0,4462* |
| ABS Asia | PS Brazil | 3,5052 | 3,8991 |
| PS Brazil | PP Asia | 0,0964* | 0,0965* |
| PP Asia | P5 Brazil | 6,5374 | 6,5374 |

*Accepts the null hypothesis. Source: Merger act 08700.009924/2013-19, vol. 04, pp. 173-205.

b. DEE's cointegration analyses

The Department of Economic Studies replicated the cointegration test using the Johansen methodology. However, it reached a different conclusion: while the PS price in Brazil (PSBRA) would still cointegrate with prices in the US

(PSUSA), Europe (PSEUR), and Asia (PSASI), the same could not be sustained for ABS and PP prices in Asia (ABSASI and PPASI). DEE observed that the conclusion obtained from the former analysis would be sensitive to methodological changes with these modifications. Results showed no relationship between Asian prices of ABS and PP concerning the price of domestic PS. So even if the price of polystyrene in Brazil continued to cointegrate with international PS prices, the conclusion that companies in Brazil would be price takers in this market was not verified. In other words, there would be no causal relationship between domestic and foreign polystyrene prices. Results are illustrated in Tables 20 and 21.

Table 20. Johansen cointegration test run by DEE

| | Is there cointegration with PSBRA? | | | |
|---------|------------------------------------|-------------|-------------|-------------|
| | eigenvalue | | trace | |
| | No constant | Constant*** | No constant | Constant*** |
| PSUSA* | Yes | Yes | Yes | Yes |
| PSEUR* | Yes | Yes | Yes | Yes |
| PSASI* | Yes | Yes | Yes | Yes |
| ABSASI* | No | No | No | No |
| PPASI** | No | No | No | No |

Source: Merger act 08700.009924/2013-19, vol. 17, pp. 167-206.

*One lag. **two lags. ***considering the same model used in the parties' study.

Table 21. Granger causality (no constant)

| Methodology | | | Chi2 | p-value | Conclusion |
|-------------|-----------|----------------------------------|------|---------|------------|
| VEC | PS Brazil | PS USA | 4,97 | 2,6% | Rejects |
| VEC | PS USA | PS Brazil | 4,47 | 3,4% | Rejects |
| VEC | PS Brazil | PS Europe | 4,92 | 2,6% | Rejects |
| VEC | PS Europe | PS Brazil | 6,44 | 1,1% | Rejects |
| VEC | PS Brazil | Not Granger-Causality PS Asia | 6,24 | 1,2% | Rejects |
| VEC | PS Asia | PS Brazil | 2,39 | 12,2% | Accepts |

| Methodology | | | Chi2 | p-value | Conclusion |
|-------------|-----------|-----------|-------|---------|------------|
| VAR | PS Brazil | ABS Asia | 0,44 | 50,5% | Accepts |
| VAR | ABS Asia | PS Brazil | 3,96 | 4,7% | Rejects |
| VAR | PS Brazil | PP Asia | 14,74 | 0,1% | Rejects |
| VAR | PP Asia | PS Brazil | 12,01 | 0,2% | Rejects |

Source: Merger act 08700.009924/2013-19, vol. 17, pp. 167-206.

c. Hypothetical Monopolist Test (TMH)

Dropping the hypothesis that ABS and PP would be part of the same product market of PS, the Department proceeded with the TMH comparison. Claimants presented an elasticity of demand of -1.08% for domestic PS but did not compare this result with the estimated margins of critical loss. Consequently, the following regression was estimated:

$$\ln Qv_i^M = \alpha_{0,i}^M + \alpha_{1,i}^M \ln P_i^M + \sum_{k=1} \gamma_{k,i}^M X_{k,i}^M + \varepsilon_i^M$$

Qv is the sold quantity of PS, P is its sold price, X_k is a matrix of controlling variables such as income (proxied by IBC-BR) and dummies for seasonal effects. As instruments, energy and labor costs were used in the production of PS and the lagged price series. The estimated price-cost margins were already high (25%-37%), making it difficult to accept the imports substitution hypothesis for domestic supply. Table 22 shows the calculated critical loss. Table 23 shows the estimated elasticities range from -0.858 to -1.285 (domestic prices), thus indicating a profitable price augmentation up to 25% for a hypothetical monopolist. Reporting Commissioner Oliveira Junior (2014) agreed on DEE's opinion and defined the geographical polystyrene market as national. Claimants presented behavioral remedies to get the merger cleared, including keeping the same production level in the north and south plants, styrene, and polystyrene patents licensing, adopting a compliance program, and not acquiring any further resin plan for the next five years. The Court agreed on the remedies' agreement, and the case was cleared in October 2014.

Table 22. Critical loss

| Linear | | <i>m</i> =25% | | | | <i>m</i> =37% | | | |
|-------------|------|---------------|------|--------|------|---------------|------|--------|--|
| | | Isoelastic | | Linear | | Isoelastic | | Linear | |
| SSNIP | 5% | 10% | 5% | 10% | 5% | 10% | 5% | 10% | |
| Breakeven | 3.3 | 2.83 | 3.69 | 3.49 | 2.34 | 2.10 | 2.56 | 2.46 | |
| Profit Max. | 2.83 | 2.21 | 3.46 | 3.11 | 2.1 | 1.73 | 2.47 | 2.31 | |

Source: Merger act 08700.009924/2013-19, vol.21 pp. 153-170.

Table 23. Demand estimations

| | 1 | 2 | 3 |
|--------------------|------------------------|------------------------|------------------------|
| lnP | -0.858*** [0.282] | -1.285** [0.562] | -0.902*** [0.259] |
| lnP (imports) | | -0.196 [0.132] | -0.244** [0.110] |
| IBC-Br | 0.0276*** [0.00588] | 0.0248*** [0.00517] | 0.0240*** [0.00479] |
| Dummies (year) | YES | YES | YES |
| Dummies (month) | YES | YES | YES |
| R2 | 0.82 | 0.82 | 0.84 |
| Overidentification | | 0.02 | 0.00 |
| F statistics | | 3.07 | 40.36 |
| Hansen (p-value) | | 0.81 | 0.16 |

Source: Merger act 08700.009924/2013-19, vol.21 pp. 153-170.

4. FINAL REMARKS

CADE's latest decisions regarding using time series methods in relevant market definition have gone in the direction placed by main references in the antitrust literature. Despite its importance, it is clear the need for a detailed assessment of the assumptions used in the models, so they are the most credible possible. Moreover, it is clear the supremacy of the results obtained by TMH in comparison with those from cointegration tests, for example. Often results from these methods assume determinants of the co-movement of prices as primarily from consumer behavior, ignoring other factors such as cost shocks.

This study, therefore, aimed to present the main time series techniques used in the definition of relevant markets. The idea was to present an overview and

key statistical data of different analyses used by the Brazilian Competition Authority in the last years. As stressed in this paper, time-series techniques are useful if used with caution because it is a relatively fast and simple analysis, most often relying only on price data. Thus, it can be considered “quick and dirty” (on the one hand, there is the advantage of speed, on the other, there is the disadvantage of lack of reliability and robustness). Ideally, these analyses complement other tests more appropriate for antitrust analysis, such as the hypothetical monopolist test.

BIBLIOGRAPHY

- AMELIO, A; de LA MANO, M. & GODINHO, M.
 2008 “Ineos/Kerling Merger: An Example of Quantitative Analysis in Support of a Clearance Decision”, in *Competition Policy Newsletter*, n.º 1, pp. 65-69
- BUENO, Rodrigo de Losso da Silveira
 2008 *Econometria de séries temporais*, São Paulo: Cengage Learning
- CADE (Brazil)
 2010 *Delimitação de Mercado Relevante*, Available at http://www.Cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/dee-publicacoes-anexos/delimitacao_de_mercado_relevante.pdf
- 2016 *Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal*, Available at http://antigo.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf/@@download/file/Guia%20para%20An%C3%A1lise%20de%20Atos%20de%20Concentra%C3%A7%C3%A3o%20Horizontal%20julho-2016.pdf.
- 2010 Merger n.º 08012.001205/2010-65, *Braskem-Quattor*, Commissioner Carvalho Report
- 2014a Merger n.º 08700.000436/2014-27, *Braskem-Solvay*, Commissioner Araujo Report
- 2014b Merger n.º 08700.009924/2013-19, *Videolar-Innova*, Oliveira Júnior Commissioner Report
- 2014c Nota Técnica n.º 07/2014/DEE
- 2016a Nota Técnica n.º 17/2014/DEE
- 2016b Nota Técnica n.º 18/2014/DEE
- 2016c Nota Técnica n.º 24/2014/DEE

- DAVIS, P. & GARCÉS, E.
 2010 *Quantitative Techniques for Competition and Antitrust Analysis*, Princeton University Press, cap. 4
- ENDERS, W.
 2009 *Applied econometric time series*, 3rd ed., New York: John Wiley
- ENGLER, R. F. & GRANGER, C. W. J.
 1987 “Cointegration and error correction: representation, estimation, and testing”, in *Econometrica*. v. 55, n.º 2, pp. 251-276
- FORNI, M.
 2004 “Using stationarity tests in antitrust market definition”, in *American Law and Economics Review*, v. 6, n.º 2, pp. 441-464
- HALDRUP, N.
 2003 “Empirical analysis of price data in the delineation of the relevant geographical market in competition analysis”, in *University of Aarhus, Economics Working Paper*, n.º 2003-09
- JOHANSEN, S.
 1988 “Statistical analysis of cointegration vectors”, in *Journal of Economic Dynamics and Control*, v. 12, issues 2-3, pp. 231-254
- JOHANSEN, S. & JUSELIUS, K.
 1990 “Maximum likelihood estimation and inference on cointegration: with application to the demand for money”, in *Oxford Bulletin on Economics and Statistics*, v. 52, n.º 1, pp. 169-210
- JOHANSEN, S., MOSCONI, R. & NIELSEN, B.
 2000 “Cointegration analysis in the presence of structural breaks in the deterministic trend” in *Econometrics Journal*, vol. 3, issue 2, pp. 216-249
- JOHNSTON J. & DINARDO, J.
 1997 *Econometric methods*, London: McGraw-Hill International Edition
- LÜTKEPOHL H. & KRÄTZIG, M.
 2004 *Applied time series econometrics*, Cambridge: Cambridge University Press
- MACKINNON, J. G.; HAUG, A. A. & MICHELIS, L.
 1999 “Numerical distribution functions of likelihood ratio tests for cointegration”, in *Journal of applied Econometrics*, v. 14, n.º 5, pp. 563-577
- WERDEN, G.
 2003 “The 1982 Merger Guidelines and the Ascent of the Hypothetical Monopolist Paradigm”, in *Antitrust Law Journal* v. 71, n.º 1, pp. 253-275
- WOOLDRIDGE, J. M.
 2002 *Introductory Econometrics: A Modern Approach*, 2.º edition, South-Western College Pub

C&R

JURISPRUDÊNCIA

Jurisprudência geral

JURISPRUDÊNCIA DE CONCORRÊNCIA DA UNIÃO EUROPEIA – DE OUTUBRO A DEZEMBRO DE 2021

Elaborado por Ricardo Bayão Horta

Abuso de posição dominante

Acórdão do Tribunal Geral de 10 de novembro de 2021, proferido no âmbito do Processo T-612/17; ECLI:EU:T:2021:763

Partes: Google e Alphabet/Comissão (Google Shopping)

Descritores: Concorrência – Abuso de posição dominante – Serviços de pesquisa geral online e serviços de pesquisa especializados – Decisão por infração do artigo 102.º TFUE e artigo 54.º do Acordo EEE – Abuso de alavancagem – Concorrência pelo mérito ou prática anticoncorrencial – Condições de acesso por concorrentes a serviço prestado pela operadora dominante, sem que exista um substituto real ou potencial disponível que permita substituí-lo de forma economicamente viável no mercado – Empresa dominante favorece a apresentação dos resultados originados no seu serviço – Efeitos – Necessidade de apresentar um cenário contrafactual – Justificação objetiva – Possibilidade de impor coima tendo em conta determinadas circunstâncias – Orientações para o cálculo do montante das coimas – Jurisdição ilimitada

Acordos, decisões de associações de empresas e práticas concertadas

Acórdão do Tribunal de Justiça de 18 de novembro de 2021, proferido no âmbito do Processo C-306/20; ECLI:EU:C:2021:935

Partes: Visma Enterprise/Konkurrences padome

Descritores: Reenvio prejudicial – Concorrência – Acordos, decisões e práticas concertadas – Artigo 101.º, n.ºs 1 e 3 TFUE – Acordos verticais – Restrição “por objeto” ou “por efeito” – Isenção – Registo pelo distribuidor da potencial transação com o utilizador final – Cláusula que confere ao distribuidor “prioridade para concluir o processo de venda” durante seis meses a contar do registo – Exceção – Oposição do utilizador – Competência do

Tribunal de Justiça – Situação puramente interna – Legislação nacional em conformidade com as soluções adotadas pelo direito da União

Acórdão do Tribunal de Justiça de 11 de novembro de 2021, proferido no âmbito do Processo C819/19; ECLI:EU:C:2021:904

Partes: Stichting Cartel Compensation e o./Koninklijke Luchtvaart Maatschappij NV e o.

Descritores: Reenvio prejudicial – Artigos 81.º, 84.º e 85.º CE – Artigo 53.º do Acordo EEE – Acordos, decisões e práticas concertadas – Comportamentos de empresas no setor dos transportes aéreos entre o Espaço Económico Europeu (EEE) e os países terceiros que tiveram lugar na vigência dos artigos 84.º e 85.º CE – Ação de indemnização para ressarcimento dos danos – Competência dos órgãos jurisdicionais nacionais para aplicar o artigo 81.º CE e o artigo 53.º do Acordo EEE

Acórdão do Tribunal de Justiça de 6 de outubro de 2021, proferido no âmbito do Processo C882/19; ECLI:EU:C:2021:800

Partes: Sumal S.L./Mercedes Benz Trucks España S.L.

Descritores: Reenvio prejudicial – Concorrência – Reparação do prejuízo causado por uma prática proibida pelo artigo 101.º, n.º 1 TFUE – Determinação das entidades responsáveis pela reparação – Ação de indemnização intentada contra a filial de uma sociedade-mãe na sequência de uma decisão que declara apenas a participação da sociedade-mãe num cartel – Conceito de “empresa” – Conceito de “unidade económica”

Auxílios de Estado

Acórdão do Tribunal Geral de 10 de novembro de 2021, proferido no âmbito do Processo T-678/20; ECLI:EU:T:2021:780

Partes: Solar Electric e o./Comissão

Descritores: Auxílios de Estado – Mercado da eletricidade produzida a partir de fontes de energia renováveis, incluindo a energia fotovoltaica – Obrigação de compra a um preço superior ao preço do mercado imposta pela lei francesa da eletricidade – Indeferimento de uma denúncia – Artigo 12.º, n.º 1, e artigo 24.º, n.º 2, do Regulamento (UE) 2015/1589 – Âmbito de aplicação

Acórdão do Tribunal Geral de 15 de dezembro de 2021, proferido no âmbito do Processo T-565/19; ECLI:EU:T:2021:904

Partes: Oltchim/Comissão

Descritores: Auxílios de Estado – Medidas de apoio adotadas pela Romênia a favor de uma empresa petroquímica – Não execução, acumulação e anulação de créditos públicos – Recurso de anulação – Prazo de recurso – Início – Artigo 24.º, n.º 1, do Regulamento (UE) 2015/1589 – Interesse em agir – Existência de uma ou mais medidas – Recursos estatais – Impugnabilidade ao Estado – Aplicabilidade do critério do credor privado – Aplicação do critério do credor privado – Dever de fundamentação

Acórdão do Tribunal de Justiça de 11 de novembro de 2021, proferido no âmbito do Processo C-933/19P; ECLI:EU:C:2021:905

Partes: Autostrada Wielkopolska/Comissão e Polónia

Descritores: Recurso de decisão do Tribunal Geral – Auxílios de Estado – Concessão de uma autoestrada com portagem – Lei que prevê uma isenção de portagens para determinados veículos – Compensação concedida pelo Estado-Membro ao concessionário a título da perda de receitas – Portagem virtual – Compensação que a Comissão Europeia considera excessiva e constitutiva de um auxílio – Decisão da Comissão que declara o auxílio incompatível com o mercado interno e ordena a sua recuperação – Direitos processuais do beneficiário do auxílio – Obrigação da Comissão de exercer uma especial vigilância – Conceito de “auxílio de Estado” – Vantagem – Melhoria da situação financeira prevista do concessionário – Critério do operador privado numa economia de mercado – Desvirtuação de elementos de prova – Falta de fundamentação – Deformação da decisão controvertida – Substituição de fundamentos – Inversão do ónus da prova – Violação do princípio do primado do direito da União – Fiscalização jurisdicional a efetuar pelo Tribunal Geral – Obrigações e limites

Acórdão do Tribunal de Justiça de 28 de outubro de 2021, proferido no âmbito dos Processos apensos C-915/19 a C-917/19; ECLI:EU:C:2021:887

Partes: Eco Fox Srl e o. contra Fallimento Mythen Spa e o.

Descritores: Reenvio prejudicial – Auxílios de Estado – Mercado do biodiesel – Regime de auxílios que institui quotas de biodiesel isentas do pagamento do imposto especial de consumo – Alteração do regime de auxílios autorizado – Alteração dos critérios de atribuição das quotas – Obrigação de notificação prévia à Comissão Europeia – Regulamento (CE) n.º

659/1999 – Artigo 1.º, al. c) – Conceito de “novo auxílio” – Regulamento (CE) n.º 794/2004 – Artigo 4.º, n.º 1 – Conceito de “alteração de um auxílio existente”

Acórdão do Tribunal de Justiça de 6 de outubro de 2021, proferido no âmbito dos Processos apensos C174/19 P e C175/19 P; ECLI:EU:C:2021:801

Partes: Scandlines Danmark ApS e Scandlines Deutschland GmbH/ Comissão

Descritores: Recurso de decisão do Tribunal Geral – Recurso de anulação – Auxílios de Estado – Financiamento público da ligação fixa rodoferroviária do estreito de Fehmarn – Auxílios individuais – Auxílios notificados e declarados compatíveis com o mercado interno – Realização de um projeto de interesse europeu comum importante – Decisão de não levantar objeções – Monopólio – Distorção da concorrência e afetação das trocas comerciais

Acórdão do Tribunal Geral 6 de outubro de 2021, proferido no âmbito do Processo T-167/19; ECLI:EU:T:2021:645

Partes: Tempus Energy Germany e T Energy Sweden/Comissão

Descritores: Auxílios de Estado – Mercado polaco da eletricidade – Mecanismo de capacidade – Decisão de não levantar objeções – Regime de auxílios – Artigo 108.º, n.ºs 2 e 3 TFUE – Conceito de dúvidas – Artigo 4.º, n.ºs 3 e 4, do Regulamento (UE) 2015/1589 – Dificuldades sérias – Artigo 107.º, n.º 3, al. c) TFUE – Orientações relativas a auxílios estatais à proteção ambiental e à energia 2014-2020 – Direitos processuais das partes interessadas – Dever de fundamentação

Acórdão do Tribunal de Justiça de 6 de outubro de 2021, proferido no âmbito do Processo C-55/19 P; ECLI:EU:C:2021:797

Partes: Prosegur Companhia de Seguridad/ Comissão

Descritores: Recurso de decisão do Tribunal Geral – Auxílios de Estado – Artigo 107.º, n.º 1 TFUE – Regime fiscal – Disposições relativas ao imposto sobre as sociedades que permitem às empresas com domicílio fiscal em Espanha amortizar o goodwill resultante de aquisições de participações em sociedades com domicílio fiscal no estrangeiro – Conceito de “auxílio de Estado” – Requisito relativo à seletividade – Sistema de referência – Derrogação – Diferença de tratamento – Justificação da diferença de tratamento

Acórdão do Tribunal de Justiça de 6 de outubro de 2021, proferido no âmbito do Processo C-54/19 P; ECLI:EU:C:2021:796

Partes: Axa Mediterranean/ Comissão

Descritores: Recurso de decisão do Tribunal Geral – Auxílios de Estado – Artigo 107.º, n.º 1 TFUE – Regime fiscal – Disposições relativas ao imposto sobre as sociedades que permitem às empresas com domicílio fiscal em Espanha amortizar o goodwill resultante de aquisições de participações em sociedades com domicílio fiscal no estrangeiro – Conceito de “auxílio de Estado” – Requisito relativo à seletividade – Sistema de referência – Derrogação – Diferença de tratamento – Justificação da diferença de tratamento

Acórdão do Tribunal de Justiça de 6 de outubro de 2021, proferido no âmbito dos Processos apensos C-53/19 P a C-65/19 P; ECLI:EU:C:2021:795

Partes: Banco Santander e Santusa/Comissão

Descritores: Recurso de decisão do Tribunal Geral – Auxílios de Estado – Artigo 107.º, n.º 1 TFUE – Regime fiscal – Disposições relativas ao imposto sobre as sociedades que permitem às empresas com domicílio fiscal em Espanha amortizar o goodwill resultante de aquisições de participações em sociedades com domicílio fiscal no estrangeiro – Conceito de “auxílio de Estado” – Requisito relativo à seletividade – Sistema de referência – Derrogação – Diferença de tratamento – Justificação da diferença de tratamento

Acórdão do Tribunal de Justiça de 6 de outubro de 2021, proferido no âmbito do Processo C-52/19 P; ECLI:EU:C:2021:794

Partes: Banco Santander/Comissão

Descritores: Recurso de decisão do Tribunal Geral – Auxílios de Estado – Artigo 107.º, n.º 1 TFUE – Regime fiscal – Disposições relativas ao imposto sobre as sociedades que permitem às empresas com domicílio fiscal em Espanha amortizar o goodwill resultante de aquisições de participações em sociedades com domicílio fiscal no estrangeiro – Conceito de “auxílio de Estado” – Requisito relativo à seletividade – Sistema de referência – Derrogação – Diferença de tratamento – Justificação da diferença de tratamento

Acórdão do Tribunal de Justiça de 6 de outubro de 2021, proferido no âmbito dos Processos apensos C-51/19 P a C-64/19 P; ECLI:EU:C:2021:793

Partes: World Duty Free Group/Comissão

Descritores: Recurso de decisão do Tribunal Geral – Auxílios de Estado – Artigo 107.º, n.º 1, TFUE – Regime fiscal – Disposições relativas ao imposto sobre as sociedades que permitem às empresas com domicílio fiscal em Espanha amortizar o goodwill resultante de aquisições de participações em sociedades com domicílio fiscal no estrangeiro – Conceito de “auxílio de Estado” – Requisito relativo à seletividade – Sistema de referência – Derrogação – Diferença de tratamento – Justificação da diferença de tratamento

Acórdão do Tribunal de Justiça de 6 de outubro de 2021, proferido no âmbito do Processo C-50/19 P; ECLI:EU:C:2021:792

Partes: Sigma Alimentos Exterior/Comissão

Descritores: Recurso de decisão do Tribunal Geral – Auxílios de Estado – Artigo 107.º, n.º 1, TFUE – Regime fiscal – Disposições relativas ao imposto sobre as sociedades que permitem às empresas com domicílio fiscal em Espanha amortizar o goodwill resultante de aquisições de participações em sociedades com domicílio fiscal no estrangeiro – Conceito de “auxílio de Estado” – Requisito relativo à seletividade – Sistema de referência – Derrogação – Diferença de tratamento – Justificação da diferença de tratamento

Acórdão do Tribunal Geral de 6 de outubro de 2021, proferido no âmbito do Processo T-745/18; ECLI:EU:T:2021:644

Partes: Covestro Deutschland/Comissão

Descritores: Auxílios de Estado – Regime de auxílios aplicado pela Alemanha a favor de determinados grandes consumidores de eletricidade – Isenção das tarifas de rede para o período de 2012-2013 – Decisão que declara o regime de auxílios incompatível com o mercado interno e ilegal, e que ordena a recuperação dos auxílios pagos – Recurso de anulação – Prazo de recurso – Admissibilidade – Conceito de auxílio – Recursos estatais – Igualdade de tratamento – Confiança legítima

Concentrações

Acórdão do Tribunal Geral de 20 de outubro de 2021, proferido no âmbito do Processo T-296/18; ECLI:EU:T:2021:724

Partes: Polskie Linie Lotnicze “LOT”/Comissão

Descritores: Concorrência – Concentrações – Transporte aéreo – Decisão que declara uma operação de concentração compatível com o mercado interno e com o Acordo EEE – Mercado relevante – Avaliação dos efeitos da operação sobre a concorrência – Compromissos – Dever de fundamentação

Acórdão do Tribunal Geral de 20 de outubro de 2021, proferido no âmbito do Processo T-240/18; ECLI:EU:T:2021:723

Partes: Polskie Linie Lotnicze “LOT”/Comissão

Descritores: Concorrência – Concentrações – Transporte aéreo – Decisão que declara uma operação de concentração compatível com o mercado interno e com o Acordo EEE – Mercado relevante – Avaliação dos efeitos da operação sobre a concorrência – Inexistência de compromisso – Dever de fundamentação

NOTAS CURRICULARES

JOÃO CARLOS NICOLINI DE MORAIS

Doutorando em Ciências Económicas pela Universidade de Brasília, atua na área de Economia do Direito. Foi Coordenador do departamento de estudos económicos do CADE, onde coordenou uma equipe para produção de pareceres em casos de fusão e aquisição. Atuou como Economista na Ferres Economia e, posteriormente Gerente Especial de Contas Públicas na Secretaria de Estado da Economia do Estado de Goiás. Consultor na LCA consultoria.

Ph.D candidate in Economics at the University of Brasília. Coordinator of the department of economic studies at CADE, coordinating the team to produce opinions in merger and acquisitions. Economist at Ferres Economia and, later, Special Manager of Public Accounts at the State Secretariat for the Economy of the State of Goiás. Consultant at LCA consultancy.

LUCAS CAMPIO PINHA

Professor Adjunto da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ), Campus Três Rios. Doutor em Economia Aplicada pela Universidade Federal de Viçosa, com período de doutorado-sanduiche na Toulouse School of Economics – França. Atua nas áreas de Organização Industrial, Defesa da Concorrência e Teoria dos Jogos.

Adjunct Professor at the Federal Rural University of Rio de Janeiro (UFRRJ), Campus Três Rios. Doctor in Applied Economics from the Federal University of Viçosa, with a sandwich doctorate period at the Toulouse School of Economics – France. He works in the areas of Industrial Organization, Competition Defense and Game Theory.

MARGARIDA ROSADO DA FONSECA

Responsável pela Área de Prática de Europeu e Concorrência e Consultora na CS' Associados. Entre 2013 e 2015 desempenhou as funções de Diretora do Departamento de Controlo das Concentrações da Autoridade da Concorrência. Entre 2011 e 2013 foi Adjunta do Secretário de Estado Adjunto do Primeiro Ministro (na ESAME – Estrutura de Acompanhamento dos Memorandos celebrados ao abrigo

do Programa de Assistência Económica e Financeira do FMI/CE/BCE), do XIX Governo Português. Neste contexto e enquanto especialista em Europeu e Concorrência, acompanhou a implementação de medidas legislativas que incluíram a adoção de um novo regime jurídico da concorrência, a aprovação de uma lei-quadro sobre o funcionamento de entidades administrativas independentes, a transposição das diretivas setoriais respeitantes à energia, telecomunicações e transportes. Em 2000 frequentou um estágio na Unidade B2 da Task Force das Concentrações, na Direção Geral da Concorrência da Comissão Europeia. Licenciada pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e detentora de um LL.M em Direito da União Europeia no Colégio da Europa, Bruges, Bélgica. Co-autora do livro “O procedimento de controlo das operações de concentração de empresas em Portugal – A prática decisória da Autoridade da Concorrência à luz da Lei n.º 18/2003”, Almedina, 2009 e autora de inúmeros artigos doutriniais sobre Direito da União Europeia e Direito da Concorrência. Secretária-Geral do CAPDC – Círculo dos Advogados Portugueses de Direito da Concorrência e da APDE – Associação Portuguesa de Direito Europeu. Editora da área de Controlo das Concentrações da C&R – Revista de Concorrência e Regulação, Edição conjunta da Autoridade da Concorrência e do IDEFF (Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa).

Head of the EU and Competition Area of Practice and Counsel of CS' Associados. Between 2013 and 2015 was Director of the Merger Department at the Portuguese Competition Authority. Between 2011 and 2013 was Deputy to the Secretary of State to the Prime Minister (in ESAME – technical team in charge of the coordination and implementation of the international assistance program of the IMF/EC/ECB), of the XIX Portuguese Government. In this context and as specialist in EU and Competition, participated in the implementation of legislative measures which included the adoption of the new competition act, the approval of a framework law on the functioning of independent administrative entities, the transposition of sector specific directives such as the ones concerning energy, telecoms and transports, amongst other. In 2000 was trainee in the Merger Task Force (Unit B2) of Directorate General for Competition of the European Commission. Law Degree, Law School, Lisbon University and LL.M in European Union Law at the College of Europe, Bruges, Belgium. Co-author of “The Portuguese merger control regime – The Competition Authority’s decisional practice under Law nr. 18/2003”, Almedina, 2009 and author of several articles on EU and

Competition law. Secretary-General of CAPDC – Association of Portuguese Competition Lawyers (“Círculo dos Advogados Portugueses de Direito da Concorrência”) and of APDE – Portuguese Association of European Law (Associação Portuguesa de Direito Europeu). Editor in the area of Mergers of C&R – Revista de Concorrência e Regulação (Competition and Regulation Magazine), a joint initiative of the Competition Authority and IDEFF (Law Lisbon of the Lisbon University).

OCTÁVIO DE JESUS GONÇALVES

Octávio de Jesus Gonçalves, concluiu a sua licenciatura na Escola Superior de Contabilidade e Gestão da Universidade Pedagógica de Moçambique em 2016, onde frequentou o curso de Licenciatura em Gestão de Empresas, com Habilitações em Gestão Financeira. Em 2020, ingressou na Universidade Católica de Moçambique, Faculdade de Engenharia – Manica, Chimoio, onde frequenta o Curso de Mestrado em Direito Administrativo. Atualmente, desenvolve a pesquisa para a conclusão da Dissertação. Exerce funções técnico Administrativo da Universidade Púnguè, como Técnico Superior, afeto à Direção de Recursos Humanos, onde assiste aos funcionários e docentes, no que concerne a área de Recursos Humanos. Também desenvolve atividade de docência a tempo parcial na Universidade Púnguè, em Moçambique, nos anos de 2017 e 2021, onde já lecionou as disciplinas de Noções de Marketing, Gestão de Produção e Operações, Práticas Técnico Profissionais em Gestão de Empresas, nos cursos de Gestão de Empresas, Contabilidade e Gestão de Recursos Humanos, respetivamente. Em 2021 publicou um artigo científico, intitulado, *Regime Jurídico da Regulação do Sector de Petróleo e Gás em Moçambique*, em parceria com o Professor Doutor Edson da Graça Francisco Macuáua. Endereço eletrónico: odejesusgoncalves@gmail.com

Octávio de Jesus Gonçalves completed his degree at the School of Accounting and Management of the Pedagogical University of Mozambique in 2016, where he attended the Degree in Business Management, with Qualifications in Financial Management. In 2020, he joined the Catholic University of Mozambique, Faculty of Engineering – Manica, Chimoio, where he attends the Master’s Course in Administrative Law. At present, he develops research for the completion of the Dissertation. He works as an Administrative Technician at the Púnguè University, as a Senior Technician assigned to the Human Resources Department, where he assists employees and teachers in the area of Human Resources. He also teaches part-time at Universidade Púnguè, in Mozambique, in the years 2017

and 2021, where he taught the subjects of Marketing, Production and Operations Management, Professional Technical Practices in Business Management, in the Management courses of Business, Accounting and Human Resources Management, respectively. In 2021, he published a scientific article entitled “Legal Regime for the Regulation of the Oil and Gas Sector in Mozambique”, in partnership with Professor Edson da Graça Francisco Macuácuá. Email address: odejesusgoncalves@gmail.com

SIMONE MACIEL CUIABANO

Economista Sênior de País do Banco Africano de Desenvolvimento. Doutora em Economia pela Universidade de Brasília e Mestre em Economia pela Universidade Católica de Brasília, foi pesquisadora visitante na Toulouse School of Economics entre 2016 e 2017. Atuou em diversas funções públicas no Brasil, entre elas Assessora Económica no Gabinete do Ministro da Fazenda, Coordenadora-Geral de Análise de Interesse Público e Economista-chefe Adjunta do Conselho Administrativo de Defesa Económica (CADE). *Senior Country Economist at the African Development Bank. Holds a Ph.D. in Economics from the University of Brasilia and Master's in Economic from the Catholic University of Brasilia. Postdoctoral Fellow at the Toulouse School of Economics from 2016 to 2017. Over 15 years of experience in the Brazilian federal government such as Economic Advisor at the Cabinet of the Ministry of Finance, General Coordinator of Public Interest Analysis, and Deputy chief economist of the Brazilian Competition Authority (CADE)*

REVISTA DE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO

ÍNDICE TEMÁTICO CONSOLIDADO – N.ºS 1 a 47

- 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 *Blowing hot and cold: the last word of the Supreme Court on setting fines for competition law infringements in Spain*
- 25 Mateusz Blachuki *Judicial control of guidelines on antimonopoly fines in Poland*
- 25 Luís Miguel Romão/
Miguel Alexandre Mestre *Conteúdo e extensão do direito à confidencialidade das comunicações entre advogado e cliente à luz do direito comunitário e do direito nacional – Parte I*
- 26 Margarida Caldeira *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*
- 31 Patrícia Oliveira *Acesso das visadas a documentação confidencial com potencial valor exculpatório nas contraordenações do Direito da Concorrência: análise jurisprudencial*
- 32 Luís Miguel Romão/
Alexandre Miguel Mestre *Conteúdo e extensão do direito à confidencialidade das comunicações entre advogado e cliente à luz do Direito Comunitário e do Direito nacional (Parte II)*
- 32 Tânia Luísa Faria *Os efeitos dos recursos judiciais em processo de contraordenações da Autoridade da Concorrência: uma interpretação sistemática*
- 33-34 Inês Neves *O lugar da proteção de dados na efetividade necessária ao direito da concorrência*
- 33-34 Rita de Sousa Costa *O direito à portabilidade dos dados pela lente do direito da concorrência*
- 33-34 Maria Gabriela
Castanheira Bacha *CADE's application of pecuniary penalties and punitive measures: the need of ascertaining its "state of rightness"*
- 35 Sérgio Martins P. de Sousa *Reflexões "soltas" sobre a jurisprudência do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão em matéria de confidencialidade e acesso à prova*
- 36 Maria José Costeira *Direito da concorrência: o controlo jurisdicional das decisões proferidas em processos sancionatórios*
- 36 Inês Azevedo *A utilização jusconcorrencial de compromissos como mecanismo de regulação*
- 37 Maria João Melícias & Rita
Prates *Diretiva ECN+: um processo de transposição pautado pela abertura, transparência e participação*

| | | |
|----|-------------------------------------|--|
| 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> |
| 46-47 | Miguel Sousa Ferro | <i>The reality of access in antitrust private enforcement: overview of 3 years' experience in Portugal</i> |

Nemo tenetur se ipsum accusare

| N.º RCR | Autor | Título do Artigo |
|---------|-----------------------------|---|
| 1 | Paulo de Sousa Mendes | <i>As garantias de defesa no processo sancionatório especial por práticas restritivas da concorrência confrontadas com a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem</i> |
| 1 | Helena Gaspar Martinho | <i>O direito ao silêncio e à não auto-incriminação nos processos sancionatórios do Direito da concorrência – Uma análise da jurisprudência comunitária</i> |
| 1 | Vânia Costa Ramos | <i>Nemo tenetur se ipsum accusare e concorrência – Jurisprudência do Tribunal de Comércio de Lisboa</i> |
| 1 | Catarina Anastácio | <i>O dever de colaboração no âmbito dos processos de contra-ordenação por 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 Weh c. Áustria da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos</i> |

| | | |
|----|---------------------|--|
| 31 | Tiago Costa Andrade | <i>Nemo tenetur se ipsum accusare: um novo olhar a partir do Direito da Concorrência, no sentido da sua extensão ao processo contra-ordenacional e às pessoas colectivas</i> |
| 36 | Marta Campos | <i>De novo o direito à não autoincriminação em processos de contraordenação por práticas restritivas da concorrência contra pessoas coletivas</i> |

Outros

| N.º RCR | Autor | Título do Artigo |
|---------|---|---|
| 1 | João Espírito Santo Noronha | <i>Algumas reflexões na perspectiva de uma reforma da Lei da Concorrência</i> |
| 1 | Luís Silva Morais | <i>Evolutionary Trends of EC Competition Law – Convergence and Divergence with US Antitrust Law in a Context of Economic Crisis</i> |
| 5 | Gonçalo Anastácio | <i>Aspectos normativos decisivos para a modernização do direito da concorrência em Portugal</i> |
| 7-8 | Fernando Herren Aguillar/ Diogo R. Coutinho | <i>A evolução da legislação antitruste no Brasil</i> |
| 7-8 | Vinícius Marques de Carvalho/Ricardo Medeiros de Castro | <i>Política industrial, campeões nacionais e antitruste sob a perspectiva brasileira: Uma avaliação crítica</i> |
| 10 | João Espírito Santo Noronha | <i>A aplicação no tempo do novo Regime Jurídico da Concorrência</i> |
| 10 | Paulo de Sousa Mendes | <i>O contencioso da concorrência: Balanço e perspectivas em função da reforma do direito da concorrência português</i> |
| 19 | Lúcio Tomé Feteira | <i>Entre eficiência e desenvolvimento: Reflexões sobre o Direito da Concorrência nos países em vias de desenvolvimento</i> |
| 22 | Francisco Portugal | <i>Impact of taxes on competition: the legal status quo in the European Union</i> |
| 23-24 | António Ferreira Gomes | <i>IV Conferência de Lisboa sobre Direito e Economia da Concorrência: discursos de abertura e de encerramento</i> |
| 26 | Miguel Moura e Silva | <i>As operações sobre valores mobiliários e o direito da concorrência</i> |
| 27-28 | Mary Catherine Lucey | <i>Economic crisis and competition law in Ireland and Portugal</i> |

| | | |
|-------|-----------------------------|--|
| 33-34 | Peter Freeman | <i>Things are not what they were – Competition Law in a changing context</i> |
| 33-34 | Bruno de Zêzere Barradas | <i>Blockchain e Concorrência – Um novo horizonte de aplicação?</i> |
| 33-34 | Danilo Sérgio de Souza | <i>Direito da concorrência e inovação. O uso da tecnologia blockchain e possíveis implicações concorrenciais</i> |
| 35 | Marta Borges Campos | <i>Competition Law and the Competition, Regulation and Supervision Court</i> |
| 35 | Sofia Oliveira Pais | <i>Considerações de lealdade e equidade no direito da concorrência da União: breves reflexões</i> |
| 35 | Abel Mateus | <i>Portugal precisa de uma política de concorrência mais ativa</i> |
| 35 | António Ferreira Gomes | <i>Com concorrência todos ganhamos</i> |
| 35 | António Saraiva | <i>15 anos ao serviço da concorrência nos mercados</i> |
| 35 | Manuel Sebastião | <i>Concorrência. Um valor, uma lei, uma instituição, uma praxis</i> |
| 35 | Margarida Matos Rosa | <i>Direito à Concorrência</i> |
| 35 | Vasco Colaço | <i>Concorrência, Inovação digital e dados pessoais: os novos desafios das Autoridades de Concorrência</i> |
| 36 | José Luís da Cruz Vilaça | <i>Challenges to the judiciary in the enforcement of competition rules in the digital age</i> |
| 36 | María Ortiz | <i>Competition enforcement and advocacy in the financial sector in Spain</i> |
| 36 | Ana Patrícia Carvalho | <i>Competition compliance: a mudança do paradigma</i> |
| 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> |
| 46-47 | Nuno Cunha Rodrigues | <i>A cooperação internacional no âmbito das políticas de concorrência dos PALOP</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 *Adam Smith, modern networks and the growing need for antitrust rationality on competitor cooperation*
- 6 Luís D. S. Morais *The New EU Framework of Horizontal Cooperation Agreements*
- 6 Fernando Pereira Ricardo *As infrações pelo objecto do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia na jurisprudência da União Europeia*
- 6 Cristina Camacho/Jorge Rodrigues *Using Economic Evidence in Cartel Cases: A Portuguese Case Study*
- 6 João Pateira Ferreira *A aplicação da Lei da Concorrência às decisões de associações de empresas na jurisprudência do Tribunal do Comércio de Lisboa*
- 13 Imelda Maher *The New Horizontal Guidelines: Standardisation*
- 13 Margarida Caldeira *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*
- 16 Margarida Caldeira *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*
- 18 João Cardoso Pereira *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)*
- 19 Margarida Caldeira *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*
- 33-34 Angelo Gamba Prata de Carvalho *Os contratos associativos no direito da concorrência brasileiro*
- 33-34 Marcela Lorenzetti *Contratos associativos no transporte marítimo: análise de VSAs no Brasil*
- 35 Bernardo Sarmiento & Jorge Padilla *Another look at the competitive assessment of information exchanges amongst competitors in EU Competition Law*

| | | |
|----|------------------------------|--|
| 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 prospetivo</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 jazz...</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 Macuácuá & Octávio de Jesus Gonçalves | <i>Regime jurídico da regulação do setor de petróleo e gás em Moçambique</i> |
| 46-47 | João Lopes | <i>Choque de preços no gás e tempestade elétrica: reflexos nos consumidores e na segurança de abastecimento</i> |
| 46-47 | Lisa Pinto Ferreira | <i>Energy efficiency first: overcoming the hurdles?</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> |
| 46-47 | Nuno Ricardo Pica dos Santos | <i>Contraordenações no âmbito económico: sua investigação e a problemática dos meios intrusivos de obtenção da prova</i> |

Ambiente

| N.º RCR | Autor | Título do Artigo |
|---------|-------------------------------|---|
| 2 | José Danilo Tavares Lobato | <i>Princípio da subsidiariedade do Direito Penal e a adoção de um novo sistema jurídico na tutela ambiental</i> |
| 5 | António Sequeira Ribeiro | <i>A revisão da lei de bases do ambiente (algumas notas sobre a vertente sancionatória)</i> |
| 5 | Heloísa Oliveira | <i>Eficácia e adequação na tutela sancionatória de bens ambientais</i> |
| 5 | José Danilo Tavares Lobato | <i>Acessoriedade administrativa no direito penal do ambiente e os riscos para o princípio da legalidade</i> |
| 5 | Annette Bongardt/João E. Gata | <i>Competition Policy and Environmental Protection: a critical overview</i> |
| 5 | Giulio Federico | <i>Climate Change and Environmental Policies in the European Electricity Sector</i> |

Transportes

| N.º RCR | Autor | Título do Artigo |
|---------|---|--|
| 26 | João E. Gata | <i>A economia de partilha</i> |
| 26 | Joana Campos Carvalho | <i>Enquadramento jurídico da atividade da Uber em Portugal</i> |
| 30 | João Carvalho & Eduardo Lopes Rodrigues | <i>Regulação económica independente no ecossistema da mobilidade e dos transportes</i> |

| | | |
|-------|--|---|
| 33-34 | Carlos Oliveira Cruz & Joaquim Miranda Sarmento | <i>Concorrência e regulação na privatização dos aeroportos num contexto de finanças públicas sob stress: uma análise das motivações do governo e dos investidores</i> |
|-------|--|---|

Artigos transversais e outros

| N.º RCR | Autor | Título do Artigo |
|---------|---|--|
| 1 | Manuel Sebastião | <i>The Portuguese Competition Authority and the Portuguese Competition and Regulation Journal – A meeting of the minds</i> |
| 1 | Eduardo Paz Ferreira | <i>Em torno da regulação económica em tempos de mudança</i> |
| 16 | Nuno Sousa e Silva | <i>The proposed Directive on multi-territorial licensing for online music – Is competition a good idea?</i> |
| 20-21 | Miguel da Câmara Machado | <i>“Corrupção: denuncie aqui” – vale tudo no combate à corrupção?</i> |
| 22 | Paulo Alves Pardal | <i>O acidentado percurso da Constituição Económica Portuguesa</i> |
| 32 | Miguel Moura e Silva e Manuel Cabugueira | <i>The competition impact of extending the activity of waste and water management concessionaires to competitive markets</i> |
| 35 | Carlos Pinto de Abreu | <i>Breves notas sobre segurança da informação, acesso a dados e privacidade</i> |
| 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: Margarida Matos Rosa/Eduardo Paz Ferreira

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 Pita Barros
Peter Freeman CBE, QC
Philip Marsden
Piet Jan Slot
René Smits

Richard Wish
Rosa Greaves
Vasco Pereira da Silva
Vito Tanzi
William Kovacic
Wouter Wils

CONSELHO CONSULTIVO

João E. Gata/Nuno Cunha Rodrigues

CONSELHO DE REDAÇÃO

Presidente: Ricardo Bayão Horta

Comissão Coordenadora:

Cristina Camacho
Fernando Pereira Ricardo
João Cardoso Pereira
José Renato Gonçalves

Luís Vale Lima
Nazaré da Costa Cabral
Ricardo Bayão Horta
Vítor Miguel Lourenço

Editores:

Concorrência – Questões gerais, europeu e comparado
Carlos Pinto Correia/João E. Gata

Concorrência – Práticas restritivas
Fernando Xarepe Silveiro/João Pateira Ferreira

Concorrência – Auxílios de Estado
Miguel Mendes Pereira/António Carlos dos Santos/Marco Capitão Ferreira

Concorrência – Concentrações
Margarida Rosado da Fonseca

Autoridades reguladoras
João Miranda

Direito contraordenacional e processual penal
Teresa Quintela de Brito/João Matos Viana/Vânia Costa Ramos

Economia

António Pedro Santos/Jorge Rodrigues/Paulo Gonçalves

Água e resíduos

João Miranda

Ambiente

Carla Amado Gomes

Aviação civil

António Moura Portugal

Comércio, consumo e concorrência desleal

Teresa Moreira

Contratação pública

Nuno Cunha Rodrigues

Energia

Gonçalo Anastácio

Financeiro

Rute Saraiva/Hugo Moredo Santos

Transportes terrestres e marítimos

Tânia Cardoso Simões

Saúde

Nuno Castro Marques

Direito contraordenacional e processual penal

Teresa Quintela de Brito/João Matos Viana/Vânia Costa Ramos

Direito probatório

Rui Soares Pereira/David Silva Ramalho

C&R