



Mestrado em Ciências Jurídico Administrativas

**DISSERTAÇÃO DE MESTRADO**

*O controle da concorrência como garantia do interesse público,  
no contexto da identificação e atuação perante os cartéis tácitos*

Orientador:

*Professor Doutor José António do Carmo da Silva Sá dos Reis*

Mestranda:

*Vivian Molina Perfeito Caetano*

Porto,

Setembro de 2018.

## **RESUMO**

O presente trabalho tem por objetivo tratar a importância de um modelo de Estado que exerça o controle efetivo da concorrência e, ainda, a tamanha complexidade que essa responsabilidade suscita.

A discussão aborda a nocividade que o estabelecimento dos cartéis possui para a sociedade e a relação intrínseca da concorrência saudável com o bem-estar social.

**PALAVRAS CHAVE:** Concorrência; Interesse Público; Bem-estar social; Defesa de direitos; Intervenção do Estado na Economia; Regulação da Economia; Autoridades Reguladoras Independentes; Controle da Concorrência; Controle dos Cartéis; Perfil dos Infratores; Mecanismos de prevenção e punição.

## **ABSTRACT**

The purpose of this research is to address the importance of have a State Model that effectively controls the competition and also, how complexity this responsibility could be.

The discussion talks about how cartels are harmful for the society, considering that a free and a fair competition is directly linked to social welfare.

**KEYWORDS:** Competition; Public interest; Social welfare; Defense of rights; State intervention in the economy; Regulation of the Economy; Independent Regulatory Authorities; Competition Control; Control of Cartels; Profile of the Offenders; Mechanisms of prevention and punishment.

## AGRADECIMENTOS

Certo dia ouvi que nunca sabemos o que está por trás do sorriso e do olhar de uma pessoa e que, por esse motivo, devemos ser gentis com o que pensamos viver o nosso semelhante.

Também ouvi que é no caminho que ganha-se o respeito de saborear a conquista e que o trilhar pode ser muito árduo mas, aconteça o que for, não há motivos para temer, nunca estaremos sozinhos.

Ouvi e nunca mais esqueci.

Antes de tudo, agradeço a Deus pela oportunidade diária de aprendizado e aprimoramento.

Agradeço aos meus pais Cândido Perfeito e Vanda Molina, ao meu irmão Vinicius Perfeito e ao meu esposo Vinicius Caetano, pelo amor e apoio incondicional.

Agradeço aos queridos amigos, aos de longa data e aos que conheci nessa jornada, pela cumplicidade, solidariedade e incentivo.

Agradeço ao admirado Professor Doutor José António do Carmo da Silva Sá dos Reis que, desde o início, apoiou e incentivou a minha pesquisa na área de Direito da Concorrência bem como a todos os respeitados Docentes da Faculdade de Direito da Universidade do Porto com os quais desfrutei da especial oportunidade de aperfeiçoar a minha trajetória académica.

## ÍNDICE

---

<b>1. INTRODUÇÃO.....</b>	<b>5</b>
<b>2. CONTROLE ESTATAL DA CONCORRÊNCIA .....</b>	<b>6</b>
2.1 ESTADO LIBERAL.....	9
2.2 ESTADO EMPRESÁRIO .....	11
2.3 ESTADO REGULADOR .....	14
<b>3. INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA .....</b>	<b>20</b>
3.1 REGULAÇÃO DA ECONOMIA E SUPERVISÃO FINANCEIRA .....	21
<b>4. AUTORIDADES REGULADORAS INDEPENDENTES.....</b>	<b>25</b>
<b>5. POR QUE É IMPORTANTE CONTROLAR A CONCORRÊNCIA?.....</b>	<b>30</b>
<b>6. PROTEÇÃO LEGAL DA CONCORRÊNCIA .....</b>	<b>32</b>
<b>7. CARTÉIS.....</b>	<b>36</b>
7.1 IMPACTOS NO BEM-ESTAR SOCIAL .....	38
<b>8. CARTÉIS TÁCITOS.....</b>	<b>39</b>
8.1 DIFICULDADE NA IDENTIFICAÇÃO E FISCALIZAÇÃO.....	39
8.2 PERFIL DOS INFRATORES.....	42
8.3 “HUB AND SPOKE” .....	45
8.4 DESAFIOS ENFRENTADOS PELO CARTEL .....	47
8.5 O QUE DETERMINA O SUCESSO DE UM CARTEL? .....	51
8.6 BANALIZAÇÃO DAS PRÁTICAS ANTICONCORRENCIAIS.....	52
8.7 COMO PUNIR DE FORMA ACERTADA? .....	52
8.8 A GRANDE APOSTA DAS AUTORIDADES REGULADORAS .....	55
<b>9. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>57</b>
<b>10.BIBLIOGRAFIA .....</b>	<b>59</b>

## 1. INTRODUÇÃO

---

A presente dissertação inicia pelo estudo dos modelos estatais de controle da concorrência (Estado Liberal, Empresário e Regulador), apresentando o conceito de cada um deles e a contextualização da sua existência.

Em seguida, o estudo ganha relevo nas formas de intervenção do Estado na economia (direta e indireta) e as diferenças que estes fenômenos possuem para o Direito Administrativo e para o Direito Económico.

Por sequência, há a abordagem da relevância da regulação da economia e supervisão financeira por parte do Estado, da atuação das Autoridades Reguladoras e das premissas necessárias que estas precisam dispor para atuarem com legitimidade, credibilidade e eficácia.

A partir desse momento, inicia-se o estudo específico dos cartéis e a sua relação com o bem estar social, partindo-se dos expressamente monitorados pelo controle da concorrência aos denominados como “tácitos”.

São estudados os parâmetros que definem um cartel como “tácito”, utilizando como exemplo o “Hub and Spoke”, a dificuldade na sua identificação, a danosidade que representam para a sociedade, o perfil e comportamento dos infratores, a fragilidade da confiança existente entre os cartelistas, os desafios encontrados pelos envolvidos na prática colusiva, a evolução da estrutura interna e organizacional do cartel, a preocupação do Estado com a banalização das práticas anticoncorrenciais, os tipos de penalidades que são tidas como realmente inibidoras da ocorrência e reincidência ilícita e uma abordagem sobre as principais armas de controle na proteção do mercado.

Ao fim, é proposta uma solução para a continuidade da prossecução de uma livre e justa concorrência, focada na punição (acreditada ser) adequada.

## 2. CONTROLE ESTATAL DA CONCORRÊNCIA

---

Para iniciar o presente estudo, cabe determinar como ponto de partida a complexidade<sup>1</sup> da palavra “Estado”<sup>2 3</sup>. Tal expressão engloba vertentes das quais cabe destacar a égide internacional, em representação da nação para com o mundo; a constitucional, na medida em que representa a população<sup>4 5 6</sup> e persegue os objetivos nacionais e, a administrativa, ao passo que desempenha atividades governamentais<sup>7</sup>.

---

1 “O que é, porém, fundamental para quem se abalança ao estudo do Direito Constitucional é o conhecimento do Estado, bem como da sua estrutura, sendo certo que é nele que se concentra, nos dias de hoje, o principal modo de organização política e social. É verdade que o Estado nem sempre existiu, nem sequer se pode ter a certeza de que o Estado seja uma realidade imutável ou eterna. Mas não é menos verdade que se tem mantido estável na sua essência, apesar das modificações sensíveis que tem vindo a conhecer ao longo das diferentes épocas históricas que tem atravessado, assim como das concepções que o têm acompanhado. Seja como for, o Estado de hoje, herdado da Idade Contemporânea, é ainda um modo de organização que satisfaz os interesses dos cidadãos, se comparado com outros modos de organização que têm surgido, a um ritmo cada vez mais veloz.” GOUVEIA, JORGE BACELAR, **Manual de Direito Constitucional**, Coimbra, Almedina, Volume 1, 5ª edição, p. 129.

2 “Uma primeira aproximação à essência da natureza estadual implica que dela se possa formular uma definição conceptual: *o Estado é a estrutura juridicamente personalizada, que num dado território exerce um poder político soberano, em nome de uma comunidade de cidadãos que ao mesmo se vincula.*” GOUVEIA, JORGE BACELAR, **Manual de Direito Constitucional**, Coimbra, Almedina, Volume 1, 5ª edição, p. 129.

3 “O Estado é, assim, uma forma histórica de organização jurídica do poder dotada de *qualidades* que a distinguem de outros “poderes” e “organizações de poder.” CANOTILHO, JOSÉ JOAQUIM GOMES, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, Coimbra, Almedina, 5ª edição, 2002, p. 89.

4 “O Estado de Direito democrático é um Estado pluralista, um Estado de juridicidade e um Estado de bem estar: o *pluralismo* traduz o pressuposto do Estado de Direito Democrático, expressando a raiz básica do princípio democrático; a *juridicidade* caracteriza os seus meios de concretização, manifestando o cerne do princípio do Estado de Direito; o *bem-estar* reflecte, por último, o objectivo orientador da actividade pública, afirmando a vertente tradicional do princípio do Estado social. Exactamente porque o bem-estar constitui o objectivo último da actividade pública, enquanto realização da justiça e da solidariedade sociais através da democracia económica, social e cultural (CRP, artigo 2º), sem prejuízo do papel da função legislativa, o Estado de Direito democrático concentra preferencialmente na Administração Pública os seus meios jurídico de acção concretizadora dos imperativos de bem estar, isto por duas ordens de razões já nossas conhecidas: por um lado, a Administração desempenha uma função prestadora na satisfação de necessidades colectivas; por outro lado, observa-se uma crescente devolução para a Administração de amplos espaços de realização criativa do Direito.” OTERO, PAULO, **O poder de substituição em Direito Administrativo, Enquadramento Dogmático-Constitucional**, Volume 2, Dissertação de Doutoramento, Lex, Lisboa, 1995, p. 526 e 527.

5 “A ideia de **juridicidade** é mais precisa, ampla e perfeita que a de **legalidade**, na medida em que se reporta ao direito **um todo**, o que por vezes é caracterizado pela expressão “bloco de legalidade.” SOUSA, ANTÓNIO FRANCISCO DE, **Direito Administrativo Europeu**, Vida Económica, Porto, 2016, p. 170 e 171.

6 “Como já atrás foi referido, o **povo**, nas democracias actuais, concebe-se como uma “grandeza pluralística”(P. Haberle), ou seja, como uma pluralidade de forças culturais, sociais e políticas tais como partidos, grupos, igrejas, associações, personalidades, decisivamente influenciadoras das formação de “opiniões”, “vontades”, “correntes” ou “sensibilidades” políticas nos momentos preconstituíntes e nos procedimentos constituíntes.” CANOTILHO, JOSÉ JOAQUIM GOMES, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, Coimbra, Almedina, 5ª edição, 2002, p. 75.

7 AMARAL, DIOGO FREITAS do, **Curso de Direito Administrativo**, Coimbra, Almedina, Volume 1, 3ª edição, 2006, p. 219 a 221.

Com o decorrer de história<sup>8</sup>, o limite de atribuições estatais<sup>9</sup> sofreu alterações em todas as vertentes<sup>10</sup> e a relação da economia com o direito nem sempre foi entendida como salutar<sup>11</sup>. O facto é que, como o direito e a economia precisam ser conciliáveis<sup>12</sup>, admitiu-se, então, pouco a pouco, uma maior juridicização<sup>13</sup> do plano económico<sup>14</sup>.

---

8 “A ideia mais impressiva do Estado Contemporâneo, e que nunca o abandonou até hoje, é a sua conceção como *Estado de direito, que significa que o poder político estadual se submete materialmente ao Direito e que este efetivamente contém o respectivo poder*. O Estado de Direito significou um corte abissal com o passado, relecionando-se uma orientação forte contra o arbítrio régio, reinante no Estado Absoluto, em que as decisões praticamente correspondiam ao exercício puro de poder, sem um mínimo de parametrização material. Com o Estado Contemporâneo, deu-se um salto de gigante na estruturação do poder político, passando esta a estar submetida a uma medida de decisão, num duplo sentido formal e material, que calibra os seus efeitos e evita que a mesma esteja submetida aos desejos caprichosos dos titulares do poder político.” GOUVEIA, JORGE BACELAR, **Manual de Direito Constitucional**, Coimbra, Almedina, Volume 1, 5ª edição, p. 180.

9 “O princípio de um Estado forte, capaz de eliminar a conflitualidade social através da imposição à sociedade *da sua própria* (e unilateral) *visão do bem*, não é por certo compatível com o valor mais importante do ideário constitucionalista. Este, como sabemos, sustenta-se em uma tradição de pensamento que parte precisamente da assunção do ponto de vista contrário: embora um poder político moderado e limitado pelo direito não seja, por definição, capaz de aniquilar tensões decorrentes da conflitualidade social, é sempre preferível – diz-se – procurar viver com o conflito do que procurar anulá-lo com recurso à imposição da força. É esta a *alma profunda* do constitucionalismo. E é por isso que dele decorrem formas e práticas jurídicas que propugnam, entre outras coisas (i) a necessidade de consagração nos textos constitucionais de um elenco de liberdades das pessoas; (ii) a necessidade da consagração de instrumentos que garantam a separação de poderes, (iii) a necessidade de consagração de limites à intervenção do Estado na vida em sociedade, para que esta possa, por si mesma, exprimir as suas diferentes (e conflitantes) visões e representações do bem e do interesse público.” AMARAL, MARIA LÚCIA, **A forma da República, uma introdução ao estudo do Direito Constitucional**, Coimbra Editora, Reimpressão, 2005, p. 83.

10 O Estado de Direito democrático, além de ser um Estado pluralista e um Estado de juridicidade, é também um Estado de bem-estar. Perante uma Constituição que adopta uma atitude voluntarista de transformação das condições económicas e sociais, enquanto expressão de um Estado social, o bem-estar constitui a vertente teleológica do Estado de Direito democrático: “O Estado tem, pelo menos, de garantir, em termos efectivos e na medida do possível, a igualdade de todos os indivíduos, tem de conformar a sociedade, corrigindo as injustiças, protegendo os mais fracos e os mais desfavorecidos, criando as condições para uma real igualdade de oportunidades entre todas as pessoas que formam a comunidade”. Num tal cenário, assiste-se ao crescimento da Constituição, colocando-se a temática da intensidade e extensão das normas constitucionais: a Constituição do Estado social não tem como único valor a liberdade, nem a organização do poder político constitui o objecto exclusivo de suas normas.”, OTERO, PAULO, **O poder de substituição em Direito Administrativo, Enquadramento Dogmático-Constitucional**, Volume 2, Dissertação de Doutoramento, Lex, Lisboa, 1995, p. 586.

11 Em defesa da não existência de relação entre direito e economia, por exemplo: KELSEN, HANS, **Teoria Pura do Direito** (trad. João Baptista Machado), Coimbra, Almedina, 7ª edição, 2006, p. 4 e 81.

12 “Não é sem dificuldades que um tal diálogo pode estabelecer. Cada um é tentado a ficar no seu terreno firme da sua disciplina original e de a ela reduzir a totalidade do problema. Mas hoje, as exigências tradicionais, e um pouco por toda a parte florescem investigações e ensinamentos que casam o direito e a economia”, JACQUEMIN, ALEX ; SCHRANS, GUY, **Direito Económico**, Lisboa, Editorial Vega, 1979, p. 132.

13 HABERMAS, JURGEN, **Tendências de judicialização**, in: Sociologia, n. 2º, 1987, p. 185.

14 “Os direitos económicos, sociais e culturais e respectiva protecção andam estreitamente associados a um conjunto de condições – económicas, sociais e culturais – que a moderna doutrina dos direitos fundamentais designa por pressupostos de direitos fundamentais. Consideram-se pressupostos de direitos fundamentais a multiplicidade de factores – capacidade económica do Estado, clima espiritual da sociedade, estilo de vida, distribuição de bens, nível de ensino, desenvolvimento económico, criatividade cultural, convenções sociais, ética filosófica ou religiosa – que condicionam, de forma positiva e negativa, a existência e protecção dos direitos económicos, sociais e culturais. Estes pressupostos são pressupostos de todos os direitos fundamentais. Alguns deles, porém, como os da distribuição dos bens e da riqueza, o desenvolvimento económico e o nível de ensino, têm aqui particular relevância. Mais que noutros domínios, os Realien (os “dados reais”) condicionam

A tratar do Direito Português, temos que a atual Constituição<sup>15</sup> Económica<sup>16 17</sup> contempla um conjunto de normas e princípios vinculados à economia, tanto atrelados ao exercício de atividades por parte dos particulares, quanto de pessoas coletivas ou do próprio Estado, em perfeita conexão<sup>18</sup> com as demais normas existentes na ordem jurídica da economia<sup>19</sup>.

A constituição de um Estado é a base<sup>20</sup> do que pode-se esperar do quadro econômico e, portanto, para avançarmos nesse estudo, será importante saber diferenciar a figura do Estado Liberal, do Estado Empresário e do Estado Regulador<sup>21</sup>.

---

decisivamente o regime jurídico-constitucional do estatuto positivo dos cidadãos.” CANOTILHO, JOSÉ JOAQUIM GOMES, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, Coimbra, Almedina, 5ª edição, 2002, p. 469.

15 “A Constituição, em estreita conexão com o princípio democrático (nas suas dimensões, política e económica), consagrou uma constituição económica que, embora não reproduza uma ordem económica ou um sistema económico abstracto e puro, é fundamentalmente caracterizada pela ideia de democratização económica e social. Neste contexto, o âmbito de liberdade de conformação política e legislativa aparece restringido directamente pela Constituição: a política económica e social a concretizar pelo legislador deve assumir-se política de concretização dos princípios constitucionais e não uma política totalmente livre, a coberto de uma hipotética neutralidade económica da Constituição ou de um pretensio mandato democrático da maioria parlamentar. Por outras palavras: o princípio da democracia social e económica, quer na sua configuração geral, quer nas concretizações concretas, disseminadas ao longo da Constituição, constitui um limite e um impulso ao legislador.” Canotilho, José JOAQUIM GOMES, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, Coimbra, Almedina, 5ª edição, 2002, p. 344.

16 “(...) se é verdade que o bem-estar constitui elemento estruturante de um Estado social, configurado pela Constituição como instrumento de realização da democracia económica, social e cultural, não deixa também de ser verdade que reside na dignidade da pessoa humana o fundamento último da preocupação do bem estar pelo Estado (...)” OTERO, PAULO, **O poder de substituição em Direito Administrativo, Enquadramento Dogmático-Constitucional**, Volume 2, Dissertação de Doutoramento, Lex, Lisboa, 1995, p. 586.

17 SANTOS, ANTÓNIO CARLOS DOS; GONÇALVES, MARIA EDUARDA; MARQUES, MARIA MANOEL LEITÃO, **Direito Económico**, Coimbra, Almedina, 6ª edição, 2011, p. 45 a 47.

18 Em tema do Direito Português “Atendendo apenas aos direitos sociais que envolvem o direito a prestações ou a actividades positivas por parte do Estado, verifica-se que cada um de tais direitos sociais funciona como fonte de outras tantas obrigações ou incumbências concretas do Estado. As referidas obrigações têm a particularidade – envolvendo a conseqüente responsabilidade – de estarem configuradas pela própria Constituição como instrumentos concretizadores de direitos fundamentais: os direitos económicos, sociais e culturais transformam-se, por isso mesmo, em atribuições económicas, sociais e culturais do Estado assistidas de uma especial garantia jurídica proveniente directa e imediatamente da Constituição.” OTERO, PAULO, **O poder de substituição em Direito Administrativo, Enquadramento Dogmático-Constitucional**, Volume 2, Dissertação de Doutoramento, Lex, Lisboa, 1995, p. 595.

19 SANTOS, ANTÓNIO CARLOS DOS; GONÇALVES, MARIA EDUARDA; MARQUES, MARIA MANOEL LEITÃO, **Direito Económico**, Coimbra, Almedina, 7ª edição, 2014, p. 37 a 39.

20 “Mais: assentando o Direito na ideia de justiça, essa pressupõe sempre um sentido de igualdade “ao serviço de uma intenção material valiosa”, envolvendo uma “específica carga axiológica”. Numa outra perspectiva, a igualdade justa constitui o critério de justiça que o Direito, em última análise, se propõe a realizar. Por isso mesmo, a concretização do bem-estar não pode assentar em uma igualdade meramente formal(...).” OTERO, PAULO, **O poder de substituição em Direito Administrativo, Enquadramento Dogmático-Constitucional**, Volume 2, Dissertação de Doutoramento, Lex, Lisboa, 1995, p. 588.

21 SANTOS, ANTÓNIO CARLOS DOS; GONÇALVES, MARIA EDUARDA; MARQUES, MARIA MANOEL LEITÃO, **Direito Económico**, Coimbra, Almedina, 6ª edição, 2011, p. 64.



## 2.1 ESTADO LIBERAL

No período histórico<sup>22</sup> liberal<sup>23</sup>, a participação estatal direta na produção de bens e prestação de serviços - de uma forma geral - no mundo europeu, era limitada<sup>24</sup> aos investimentos destinados ao interesse geral, correios, comunicações, sistema ferroviário, entre outras áreas muito específicas, como fontes de receitas, pelo fisco<sup>25</sup>.

Aos poucos, de forma excepcional, foram assumidos pelas administrações locais outros tipos de serviços de interesse da população. Isto porque, para os estudiosos e defensores do Estado Liberal, o poder público deveria manter a maior distância possível da figura de agente económico para afastar o risco de atrapalhar e desestabilizar o mercado.

A participação estatal na prestação direta dos serviços ou produção de bens era permitida somente quando devidamente justificada como, por exemplo, pela necessidade de corrigir uma

---

22 “O Estado de Direito surge como reação ao Estado de Polícia, o Estado do despotismo iluminado que constituiu a última fase do triplo processo de concentração, institucionalização e territorialização do poder na coroa iniciado nos finais da Idade Média (processo esse originador do Estado tal qual hoje ainda o conhecemos, enquanto forma histórica de organização política da sociedade). As monarquias absolutistas foram assim ora derrubadas, ora objeto de profundas transformações, em nome da liberdade individual, contra o arbítrio e a opressão, e em nome da liberdade económica e social, contra o intervencionismo real e dos poderes particularistas que ainda se faziam sentir”. AMORIM, JOÃO PACHECO DE, **Direito Administrativo da Economia**, Volume 1, Coimbra, Almedina, 2014, p. 68.

23 No tocante ao direito português “Entre nós, também as Constituições liberais (1822, 1826, 1838 e 1911) manifestam a tendência de consagração de um embrionário papel de intervenção social do Estado, verdadeiro esboço da pré-história dos direitos sociais, observável em duas áreas: a criação de estabelecimentos de instrução pública para os cidadãos e a dinamização da existência de estabelecimentos de caridade para efeitos de socorros públicos ou assistência pública. OTERO, PAULO, **O poder de substituição em Direito Administrativo, Enquadramento Dogmático-Constitucional**, Volume 2, Dissertação de Doutoramento, Lex, Lisboa, 1995, p. 518.

24 “O Estado de Direito Liberal propugna (paradoxalmente, tal como o modelo de Estado que o antecedeu) a separação entre Estado e sociedade; todavia, e ao invés do que sucedera com o Estado-de-Polícia, o objetivo agora é reduzir o Estado e as tarefas a assumir por ele (o mesmo é dizer, o poder executivo, a Administração Pública e a respetiva atividade) a uma expressão mínima. A obsessão pela ideia de liberdade leva não apenas a uma limitação interna do poder político (pela sua divisão horizontal), mas também a uma limitação externa, nomeadamente “pela redução ao mínimo de suas funções perante a sociedade”. O Estado passa a ter como única tarefa interna “a garantia da paz social e da segurança de bens e das vidas, de forma a permitir o pleno desenvolvimento da sociedade civil de acordo com as suas próprias leis naturais. O Estado Liberal procura assim intervir o menos possível na sociedade, e desde logo na atividade económica, sendo esta tida como uma mera continuação da atividade privada geral.” AMORIM, JOÃO PACHECO DE, **Direito Administrativo da Economia**, Volume 1, Coimbra, Almedina, 2014, p. 71 e 72.

25 “Do prisma da *organização económico-social*, o Estado Liberal consagrou o *liberalismo económico*, na sua expressão mais pura, consubstanciada no *fisiocratismo*, para cuja doutrina o poder público se deveria abster de intervir na economia, que funcionaria bem se se conservasse fora da manipulação do Estado. Durante este período, a abstenção do Estado teve vários resultados tanto da conceção de finanças públicas neutras, sem recurso ao crédito e sem setores públicos apreciáveis, como numa tributação dispersa, que se fundava essencialmente em critérios de proporcionalidade. É por isso que muito se ajusta a este período a expressão, de Lassale, de Estado “guarda noturno”, na medida em que unicamente se lhe atribuía funções policiais, jamais funções materiais de intervenção social e económica.” GOUVEIA, JORGE BACELAR, **Manual de Direito Constitucional**, Coimbra, Almedina, Voume 1, 5ª edição, p. 189.

falha no mercado<sup>26</sup>, pelo risco de não proteção e prossecução do interesse geral ou pelo perigo do monopólio de recursos naturais.

Nessa época, as modalidades de organização e gestão estatal quanto a prestação de serviços ou produção de bens eram basicamente duas: a administração direta (sem personalidade jurídica própria) e o sistema de concessão às empresas privadas.

Com o desenvolver da história e da sociedade a imagem do serviço público generalizado foi cedendo espaço ao serviço público munido de personalidade jurídica. No quadro histórico<sup>27</sup>, marcado a partir da Primeira Guerra Mundial, começa a surgir a necessidade de prestação de serviços e produção de bens com uma certa autonomia e flexibilidade, inerentes ao direito privado<sup>28</sup>, mas que não prejudicasse a sua vinculação institucional ao setor público<sup>29</sup> principalmente quanto ao seu modo de funcionamento, garantia de tutela, celebração de contratos administrativos, poder de autoridade, sempre relacionado às necessidades da população. E, nesse passo, surgem as empresas de economia mista<sup>30</sup>.

---

26 “Entendia-se então que qualquer intervenção dos poderes públicos no mercado seria por definição arbitrária e atentatória a da liberdade individual – para além de conduzir inevitavelmente ao desperdício, isto pela simples razão de não se guiarem tais poderes pelo critério do lucro (sendo a falta desse critério na vida económica sinónimo de ineficiência). AMORIM, JOÃO PACHECO DE, **Direito Administrativo da Economia**, Volume 1, Coimbra, Almedina, 2014, p. 72

27 Conforme contextualiza JUAN ALFONSO SANTAMARIA PASTOR, a Administração Pública passou a intervir de forma direta no mundo económico, como consequência das guerras e, em consequência, das crises, surgidas na primeira metade do século XX. Esta nova projecção trouxe à doutrina uma divisão de entendimentos, qual seja, de um lado, os privatistas, entendem que houve uma publicização do direito e, de outro lado, com idêntica ênfase, entendeu-se que o Direito Administrativo era totalmente desapropriado para a gestão da pretensa intervenção na economia e que, então, os entes públicos acabavam por necessitar da utilização de normas e premissas do Direito Privado, ameaçando, assim, a independência anteriormente construída. **Fundamentos de Derecho Administrativo**, Volume 1, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, 1991, p. 55.

28 Um direito privado aplicado de forma diferente daquele visto nas pessoas colectivas privadas, com capital extremamente privado, um direito privado puro, diferente do direito privado administrativizado, utilizado pelo setor público empresarial, onde há a limitação do direito privado pelo direito administrativo, visando evitar a fuga deste àquele. OTERO, PAULO, **Legalidade e Administração Pública, O sentido da Vinculação Administrativa à juridicidade**, Almedina, 2003, p. 802.

29 No tocante ao Direito Português: “A constituição estabelece aqui, desde logo, algumas importantes limitações a qualquer expediente fraudulento de fuga ao Direito Administrativo através da utilização do Direito Privado: não obstante possíveis diferenças entre a actuação da Administração sob formas jurídicas privadas, a verdade é que a Constituição impõe que o Direito Privado aplicável pelos órgãos da Administração não seja igual ao Direito Privado das entidades privadas, criando as condições para que uma certa inutilidade de uma fuga para o Direito Privado, enquanto eventual processo intencional de desvinculação dos princípios constitucionais sobre a atividade administrativa ou ao grau máximo de vinculatividade pelos direitos fundamentais. Há aqui, em bom rigor, um imperativo constitucional de publicização do Direito Privado aplicável pelos órgãos e agentes da Administração expresso em três ideias: (i) Vinculação positiva aos princípios da prossecução do interesse público, igualdade, proporcionalidade, justiça, imparcialidade e boa fé; (ii) Vinculação, reforçada e especial, aos preceitos constitucionais sobre direitos, liberdades e garantias dotados de aplicabilidade directa; (iii) Vinculação negativa, em termos gerais e residuais, ao princípio da constitucionalidade, considerando-se inválidos todos os actos que sejam desconformes com a Constituição.”, OTERO, PAULO, **Vinculação e liberdade de conformação jurídica do setor empresarial do Estado**, Coimbra, 1998, p. 289.

30 “A aplicação do direito privado por tais entidades públicas assume sempre uma natureza instrumental, servindo de meio para uma melhor e mais eficiente prossecução do interesse público, nunca dela se podendo dizer que

O facto é que, para atender a esse novo modelo, o Estado precisaria dispor de uma margem de atuação mais autônoma e menos podada pelas rígidas regras orçamentárias, o que seria um desafio<sup>31</sup>.

No período pós-guerra, principalmente nos países envolvidos no esforço bélico, houve lugar ao processo de nacionalização das empresas privadas a abranger, inclusive, as concessionárias, dando-se início a uma nova figura institucional, as “empresas públicas”.

Tudo isto ocorreu meio ao contexto político e ideológico, responsável pela motivação de uma maior intervenção dos Estados na Economia, com a colaboração próxima da economia pública com a economia privada, que acabou também por materializar-se pela participação pública, por vezes maioritária, no capital de empresas privadas.

Em Portugal, no período de 1974 a 1976, ocorre a expansão efetiva do setor empresarial estatal. No entanto, entre 1988 e em 1989, com a revisão constitucional, o cenário foi enfraquecido devido ao custo e a necessidade de maior eficiência e investimento.

## 2.2 ESTADO EMPRESÁRIO

O Estado atua como empresário quando, principalmente através de empresas nacionalizadas, presta diretamente serviços, produz e distribui bens, concorrendo com os demais agentes do mercado. Na Europa, a personalização dos serviços Públicos<sup>32</sup> foi motivada

---

determina uma abdicação do direito público: a aplicação do direito privado está adstrita a respeitar diversas vinculações públicas decorrentes da constituição.” OTERO, PAULO, **Vinculação e liberdade de conformação jurídica do setor empresarial do Estado**, Coimbra, 1998, p. 296.

31 No entendimento de Diogo Freitas do Amaral, deve-se concluir por “administração pública em sentido material ou objetivo a actividade típica dos organismos e indivíduos que, sob a direcção ou fiscalização do poder político, desempenham em nome da colectividade a tarefa de prover à satisfação regular e contínua das necessidades colectivas de segurança, cultura, bem-estar económico e social, nos termos estabelecidos pela legislação aplicável e sob o controlo dos tribunais competentes”; **Curso de Direito Administrativo**, Volume 1, Coimbra, Almedina, 2003, p. 50.

32 “Dá-se por isso uma atenuação da separação Estado-sociedade: A Administração deixa de ser a portadora de uma lógica estranha à sociedade, passando a prestar bens e serviços (A Administração prestadora ou constitutiva), a incrementar as atividades económicas privadas, tidas por relevantes para os objetivos do crescimento e do desenvolvimento económico, a programar e planificar as suas intervenções a médio e longo prazo, a contratar (em vez de se limitar a fazer uso das suas tradicionais prerrogativas de autoridade, através da prática de atos administrativos e da edição de regulamentos administrativos) e a utilizar inclusive formas organizatórias (de sociedade comercial, de fundação e de associações privadas) e de atuação de direito privado: é a chamada Administração de concertação. A Administração abre-se também à participação dos administrados (Administração participada ou aberta) – seja a título consultivo, seja mesmo por associação ao exercício do poder administrativo.” AMORIM, JOÃO PACHECO DE, **Direito Administrativo da Economia**, Volume 1, Coimbra, Almedina, 2014, p. 79 e 80.

pelo período da Primeira Guerra Mundial<sup>33</sup> e reforçada pela Segunda Guerra Mundial, sob o fundamento de que o Estado deveria passar a obter, como produto de sua atividade financeira, resultados de ordem socioeconômicas<sup>34</sup>, não limitando-se a ser apenas um arrecadador de receita<sup>35</sup>.

A separação entre Estado e economia passava a não mais fazer sentido<sup>36</sup>, construindo-se a ideia de Estado Económico<sup>37</sup>. O processo de descentralização administrativa, nova forma institucional da atividade económica do Estado, passa então a ocorrer sob a modalidade empresarial<sup>38</sup>, também chamada de “empresarialização de serviços públicos”.

---

33 SANTOS, ANTÓNIO CARLOS DOS; GONÇALVES, MARIA EDUARDA; MARQUES, MARIA MANOEL LEITÃO, **Direito Económico**, Coimbra, Almedina, 6ª edição, 2011, p. 64.

34 “Completando o que já se iniciara com a Primeira Grande Guerra Mundial, especialmente no período entre guerras, “assistiu-se, quer durante as hostilidades de 1939-1945, quer particularmente no após-guerra, ao crescente interesse do Estado na economia – a chamada *intervenção económica* – substituindo-se de vez o tradicional abstencionismo pelo comprometimento público na economia”; num primeiro tempo, “em ordem a suprir lacunas (desinteresse ou insuficiência) da iniciativa privada”, depois “corrigindo-lhe deliberadamente os excessos ou os defeitos de atuação”, enfim, “dirigindo (programando, até) a economia global”. AMORIM, JOÃO PACHECO DE, **Direito Administrativo da Economia**, Volume 1, Coimbra, Almedina, 2014, p. 78, onde cita J. Simões Patrício, *Introdução ao Direito Económico*, cit., p. 11.

35 “A ideia de se atingir uma nova organização económica passa a pertencer ao programa constitucional, que inclui a novidade de inserir capítulos sobre a estruturação da economia – as Constituições económicas – e num profundo contraste com o silêncio, nestas matérias, das Constituições liberais. A concepção não intervencionista do Estado fica eliminada e, no seu lugar, propõe-se a intervenção económica do Estado como sujeito e como ordenador da atividade económica. A tributação molda-se ao princípio da progressividade, ao mesmo tempo que se assiste ao crescimento do sector público, perante o aumento assinalável das funções do Estado, na satisfação dos novos direitos fundamentais económicos e sociais.” GOUVEIA, JORGE BACELAR, **Manual de Direito Constitucional**, Coimbra, Almedina, Volume 1, 5ª edição, p. 210.

36 Suscitamos, contudo, que: “Actualmente, ninguém discute já que a iniciativa económica do Estado só pode ter como escopo a prossecução do interesse público, isto é, o Estado não tem a margem de autonomia da vontade que lhe permita intervir na economia como puro privado, como empresário dirigido ao lucro e alheado de uma perspectiva de satisfação das necessidades alheias. Esta intervenção justifica-se por motivos largamente contingentes, nos sectores onde a safistação colectiva de interesses individuais ainda seja uma necessidade socialmente sentida de forma relevante e, como tal reconhecida através de uma decisão política. E por vir de quem vem, a actuação das empresas públicas criadas encontra-se subordinada a objetivos e valores comuns que se identificam em grande medida com os direitos fundamentais, na medida em que são, o mais das vezes, instrumentos para a sua satisfação”. RAIMUNDO, MIGUEL ASSIS, **As empresas públicas nos tribunais administrativos**, Almedina, 2007, p. 22 e 23.

37 AZEVEDO, MARIA EDUARDA, **Temas de Direito da Economia**, Coimbra, Almedina, 2014, p. 195.

38 Nesse entendimento, PAULO OTERO, sobre a Constituição Portuguesa: “Será possível concluir de tudo, por conseguinte, que a Constituição não nega que qualquer intervenção empresarial do Estado possa sempre envolver um juízo de prognose em termos de uma ponderação entre os prováveis benefícios resultantes da mesma e os seus eventuais custos, determinando, por outro lado, uma análise comparativa de tais resultados como os que provavelmente se obteriam utilizando outros mecanismos alternativos de intervenção económica pública.”, **Vinculação e liberdade de conformação jurídica do setor empresarial do Estado**, Coimbra, 1998, p. 202.

Em tempo, vale chamar a atenção que o conceito de empresa pública<sup>39 40</sup> é algo que encontra diversas variáveis a depender de cada ordenamento jurídico. Para o direito francês a terminologia englobava as sociedades de capitais públicos e de economia mista e estabelecimentos públicos de natureza industrial e comercial. Para o direito português, até os anos 1970, tratava-se de uma categoria de serviço público personalizado<sup>41</sup>. Com o advento do movimento de nacionalização<sup>42</sup>, em 1976, passou a ser entendido como um verdadeiro o setor empresarial do Estado<sup>43</sup>, dotado de regime jurídico próprio<sup>44</sup>.

---

39 “Actualmente, ninguém discute já que a iniciativa económica do Estado só pode ter como escopo a prossecução do interesse público, isto é, o Estado não tem a margem de autonomia da vontade que lhe permita intervir na economia como puro privado, como empresário dirigido ao lucro e alheado de uma perspectiva de satisfação das necessidades alheias. Esta intervenção justifica-se por motivos largamente contingentes, nos sectores onde a safistação colectiva de interesses individuais ainda seja uma necessidade socialmente sentida de forma relevante e, como tal reconhecida através de uma decisão política. E por vir de quem vem, a actuação das empresas públicas criadas encontra-se subordinada a objetivos e valores comuns que se identificam em grande medida com os direitos fundamentais, na medida em que são, o mais das vezes, instrumentos para a sua satisfação”. RAIMUNDO, MIGUEL ASSIS, **As empresas públicas nos tribunais administrativos**, Almedina, 2007, p. 22 e 23.

40 “(...) a empresa pública apresenta um condicionalismo específico, dado que participa como a própria designação o inculca, da natureza estadual, como órgão que é da administração pública, competindo-lhe prosseguir e garantir a satisfação de necessidades colectivas de particular relevo na vida social.” RAIMUNDO, MIGUEL ASSIS, **As empresas públicas nos tribunais administrativos**, Almedina, 2007, p. 21.

41 Nesse entendimento, MARCELO REBELO DE SOUSA “(...) que os critérios simples que se baseiam no fim prosseguido e na necessidade dessa prossecução são aceitáveis como ponto de partida para uma definição de pessoa colectiva pública. De facto, esta prossegue, primacialmente, um interesse público e caracteriza-se por ter de existir para o prosseguir. Mais ainda: elemento crucial da sua definição é a prossecução, de forma imediata, necessária e por direito próprio, de um interesse público.” **Lições de Direito Administrativo**, Volume 1, Lisboa, 1999, p. 147.

42 Nesse estudo, é muito importante, ainda, diferenciar o que é nacionalização e o que é expropriação. A nacionalização possui uma vertente económica em sua estrutura, responsável por causar reflexos na economia, entre outros. A expropriação consiste na apropriação de qualquer bem imóvel privado, em benefício do público, pautado em justificativa de utilidade pública.

43 “(...) período em que o chamado Estado Social, Estado Providência ou Estado Administrativo típico do séc. XX conheceu o seu apogeu – os poderes públicos (mesmo nas economias de mercado) chamaram a si (à titularidade pública) as atividades de prestação de bens e serviços públicos básicos, essenciais ao bem-estar das populações. Foi sobretudo nessa época que se construíram novas infraestruturas (ou se completaram ou desenvolveram a um nível nunca antes atingido redes já existentes) e se erigiram a partir delas os grandes serviços públicos, a saber, (e entre outros) nos setor de transportes públicos, das telecomunicações (serviços postais, telefones e televisão) e da energia (da eletricidade, carvão, derivados do petróleo e gás natural). Essas atividades económicas, *ex novo*, ou pela via de nacionalização das empresas privadas que operavam em tais setores, passaram a ser exploradas por empresas públicas as mais das vezes em regime de monopólio legal – sendo quando muito objeto de concessão a privados, mas sempre sob direta supervisão dos poderes públicos, que mesmo neste caso mantiveram a responsabilidade pela execução de tais serviços públicos.” AMORIM, JOÃO PACHECO DE, **Direito Administrativo da Economia**, Volume 1, Coimbra, Almedina, 2014, p. 83 e 84.

44 “Sintetizando: a natureza empresarial de uma atividade económica pressupõe a confluência de três elementos que dominamos de índice de empresarialidade, os quais retiramos dos parâmetros 4 a 6 que selecionamos para este efeito, a saber: empresa com sentido objectivo, risco e mercado. O primeiro, preencher-se-á como se viu, para além de outros, com a observância do princípio da racionalidade económica entendido no sentido de auto-sustentabilidade da estrutura de forma a garantir o processo (re)produtivo; o segundo e o terceiro, implicarão já que só se considere existir actividade de natureza verdadeiramente empresarial, num ambiente de mercado, sujeito às regras da livre concorrência, ressaltando-se porém os casos especiais como os que envolvem a prestação de serviços públicos ou de interesse geral. São pois estes, os três elementos que, a estarem reunidos, nos conferem base factual bastante para qualificar uma determinada actividade económica no sentido a considerarmos

## 2.3 ESTADO REGULADOR

Na década de 80 do século XX começa a ser questionado se o modelo empresarial do Estado era realmente o melhor para a sociedade. O Estado, para manter a posição que havia conseguido perante a sociedade e economia, precisava dispor de um grandioso e contínuo investimento<sup>45</sup> e uma gestão impecável de soluções e melhorias e, com a rigidez das políticas públicas<sup>46</sup> e com o orçamento disponível, era impraticável<sup>47</sup> manter o modelo em operação<sup>48</sup>.

Somado a esse fator, com a intervenção e a participação avolumada do Estado, fica para segundo plano a tão importante relação e atuação conjunta<sup>49</sup> do setor privado com o público.

---

empresarial.”, D’ALTE, SOFIA TOMÉ, **A nova configuração do sector empresarial do Estado e a empresarialização dos serviços públicos**, Almedina, 2007, p. 154.

45 “Nem a vinculação de uma decisão organizativa deste tipo à prossecução de um interesse público legitima a imprudência do Estado-empresário, habilitando-o a decidir à margem do princípio da racionalidade econômica - o que exclui logo à partida a constituição de empresas públicas para o desempenho, a médio e longo prazo, de atividades essencialmente deficitárias -, nem o intuito lucrativo (que não se nega), deverá prevalecer sobre a satisfação das necessidades da generalidade dos cidadãos, de acordo com os princípios da universalidade e da igualdade – o que estabelece como objetivo mínimo da atividade a desempenhar por uma empresa pública o equilíbrio entre receitas e despesas”, COUTINHO, JULIANA FERAZ, **O público e o Privado na Organização Administrativa, Da relevância do sujeito à especialidade da função**, Almedina, 2017, p. 444.

46 “(...) Os Estados europeus ocidentais e as respectivas empresas começaram a não poder suportar as notórias ineficiências dos seus pesados setores empresariais públicos, assim como a excessiva rigidez da sua legislação laboral e as (cada vez mais) elevadas despesas sociais com os respectivos trabalhadores – desde logo por já não disporem os primeiros (nomeadamente os Estados do euro) do recurso a panaceias como a desvalorização da moeda, a descida administrativa das taxas de juro diretoras e a injeção de (mais) dinheiro na economia. Passaram-se pois a debater as respectivas exportações (sobretudo as de produtos com menor valor acrescentado) com a concorrência de mercadorias oriundas dessas zonas do mundo agora produzidas e transformadas por uma mão de obra já razoavelmente qualificada e com recurso a tecnologias avançadas.” AMORIM, JOÃO PACHECO DE, **Direito Administrativo da Economia**, Volume 1, Coimbra, Almedina, 2014, p. 87.

47 “Em quinto e último lugar entendo que, num momento em que o poder de decisão económica se transfere aceleradamente para o estrangeiro, é importante a manutenção de certas empresas em mãos públicas por forma a permitir a definição de uma estratégia autónoma, ainda quando tal estratégia possa envolver formas de associação com entidades privadas. Mas, se considero necessária a existência de um setor público, não se me afigura que ela seja positiva se o esse sector não dispuser de condições para maximizar o bem-estar social, limitando-se a constituir um fator de esbanjamento dos dinheiros dos contribuintes.” FERREIRA, EDUARDO PAZ, Org., **Os estudos sobre o novo regime do sector empresarial do Estado**, Coimbra, Almedina, 2000, p.14.

48 AZEVEDO, MARIA EDUARDA, **Temas de Direito da Economia**, Coimbra, Almedina, 2014, p. 182.

49 “Com o advento do Estado democrático e social, as fronteiras entre Estado e Sociedade esbateram-se, e a lógica liberal de confrontação, de adversidade e de exclusão viu-se substituída (ou, pelo menos, complementada) por uma atitude de cooperação e de acção concertada, que se expressa através de variados e complexos processos de integração, de osmose e de interpenetração e de um novo modelo de relacionamento simbiótico entre Estado e Sociedade. Esse processo de entrelaçamento e de aproximação entre os dois pólos, tendo no início conhecido uma dimensão sobretudo política e orgânico-institucional, veio, nos fins do século XX, a conhecer uma relevância também no domínio da economia e, em particular, no contexto das relações entre o Estado e o Mercado. Com efeito, a implementação do rolling back e do emagrecimento do Estado Administrativo de Providência, no sentido da sua transformação num aparelho essencialmente regulador e vigilante, contribuíram, de forma aliás decisiva, para o incremento da participação do sector privado na realização de tarefas económicas de interesse público. Além de algumas premissas ideológicas (“quanto menos Estado, melhor”) e de uma glorificação dos valores do Mercado, a percepção do potencial endógeno da Sociedade Civil surge como uma explicação fundamental para certas vertentes ou dimensões do processo de privatização de responsabilidades (tradicionalmente) públicas.”, GONÇALVES, PEDRO COSTA, *in* Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Volume 7 (especial:

Nesse cenário, surge a necessidade de pensar em um outro modelo que, apesar de não contemplar a participação direta do Estado, não o esvazie de poder: o chamado “Estado Regulador”<sup>50 51</sup>. Era mesmo necessário mudar, utilizar um mecanismo que buscasse os objetivos com maior eficiência<sup>52</sup>, que representasse um menor custo ao erário público<sup>53</sup> e que não aniquilasse o “Empoderamento Estatal”<sup>54</sup>.

---

Comunicações do I Triénio dos Encontros de Professores de Direito Público), **Estado de garantia de garantia e mercado**, 2010, p. 97 a 128.

50 Nesse sentido, PAULO OTERO “(...) a lei ao estabelecer os meios ou as formas de intervenção económica pública encontra-se sempre limitada pelo princípio do respeito pelo interesse geral, interesse coletivo ou, simplesmente, pelo interesse público. Significa, isto, por outras palavras, que a Constituição não consagra hoje uma intervenção económica pública incondicionada, sem que tenha o interesse público como critério causal de legitimação, nem se mostra legítimo reconhecer às entidades públicas no exercício da atividade de intervenção económica a possibilidade de beneficiarem de uma regra de liberdade própria da actuação das entidades privadas.”, **Vinculação e liberdade de conformação jurídica do setor empresarial do Estado**, Coimbra, 1998, p. 122.

51 “Neste sentido se diz que o *Estado Social* assume hoje a forma moderna de **Estado Regulador de serviços públicos essenciais**. De uma forma crescente, a própria regulação e supervisão é confiada a *entidades administrativas independentes (exemplos: Comissão do Mercado de Valores Mobiliários, Instituto de Telecomunicações)* não directamente subordinadas ao poder político governamental. A *socialidade estatal subjacente às prestações de serviços de interesse económico geral é pública* na medida em que a regulação dessa prestação assenta em *regras públicas* definidas por entidades públicas directa ou indirectamente legitimadas. A razão desta mudança quanto a responsabilidade estatal pela regulação de serviços económicos de interesse geral não assenta apenas em premissas ideológicas (“menos Estado, melhor Estado”; “autorregulação da economia contra planificação estatal”; “concorrência económica como expressão da liberdade”) mas na verificação de que a prossecução de muitas tarefas outrora inseridas no “núcleo duro” de tarefas do Estado (serviços essenciais, investigação, emprego) faz apelo a recursos financeiros, saberes, competências, experiências técnicas e profissionais que se encontram fora do aparelho do Estado.” CANOTILHO, JOSÉ JOAQUIM GOMES, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, Coimbra, Almedina, 5ª edição, 2002, p. 350.

52 “A função do Direito Administrativo não é, por consequência, apenas ‘autoritária’ como sustentam as green-light theories, nem apenas ‘liberal’ ou ‘garantística’ como pretendem as red-light theories. O Direito Administrativo desempenha uma função mista, ou uma dupla função: legitimar a intervenção da autoridade pública e proteger a esfera jurídica dos particulares; permitir a realização do interesse colectivo e impedir o esmagamento dos interesses individuais; numa palavra, organizar a autoridade do poder e defender a liberdade dos cidadãos”, FREITAS, DIOGO AMARAL do, **Curso de Direito Administrativo**, Volume 1, Coimbra, Almedina, 2003, p. 144 e 145

53 “Ao nível interno, faz-se sentir um impulso no sentido da racionalização da despesa. Aliás, as reformas da Lei de Enquadramento Orçamental têm ido nesse sentido. Um dos traços mais significativos tem a ver com o desenvolvimento de uma programação orçamental rigorosa. (...) O direito orçamental que emerge desta alteração de perspectiva passa a centrar-se menos nos princípios orçamentais clássicos (anualidade, plenitude, discriminação, ...) e mais em conceitos como “a consolidação orçamental e a disciplina financeira, a sustentabilidade financeira de longo prazo, a eficiência agregada e a eficiência alocativa”, procurando, mais que organizar o modo de orçamentar, assegurar o cumprimento de objectivos.” MARTINS, MARIA D’OLIVEIRA, **A despesa pública justa, uma análise jurídico constitucional do tema da justiça na despesa pública**, Coimbra, Almedina, 2016, p. 278.

54 “A liberalização e a privatização dos serviços económicos de interesse geral não significa, de resto, a despedida do Estado e a inexistência de regras públicas. Pelo contrário, os *sistemas ou redes de infraestruturas* indispensáveis à gestão dos serviços de interesse económico geral são sistemas próximos do estado e de outras entidades reguladoras (por exemplo, a Comunidade Europeia) assentes em formas mistas de estruturas regulativas, nas quais a *autoregulação privada* e a *intervenção pública regulativa* se combinam e ganham eficácia. É neste sentido que a mais recente literatura juspublicitária fala de *autoregulação regulada*.” CANOTILHO, JOSÉ JOAQUIM GOMES, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, Coimbra, Almedina, 5ª edição, 2002, p. 350.

A eficiência passa a ser entendida como fruto da competitividade livremente estabelecida e vivenciada pelo mercado. Contudo, era notório que o Estado não possui os mesmos recursos financeiros<sup>55</sup> da iniciativa privada, pelo que restaria prejudicado nessa disputa. Assim nasce a fase de desintervenção do Estado, repaginando-se<sup>56</sup> o seu papel<sup>57</sup>. O Estado passa a estimular a participação privada no mercado pautado pela concretização de uma Administração Pública<sup>58</sup> verdadeiramente eficiente<sup>59 60</sup> e, no mesmo sentido, com a existência de um mercado mais livre, surge a necessidade latente da figura de um Estado que regule e seja maestro dessas relações<sup>61</sup>.

---

55 “(...) cada vez mais a actuação pública que importa despesa procura conformar-se a critérios de racionalização e eficiência nos seus juízos. Recorde-se aqui a utilização da análise de custo-benefício, usada na tomada de algumas decisões importando investimentos avultados (Alqueva, Autoeuropa, Novo Aeroporto de Lisboa, TGV). Mesmo a realização de uma simples parceria público-privada (PPP) implica actualmente a elaboração de uma análise de custo benefício. Até mesmo a actuação do Tribunal de Contas está cada vez mais associada a um controlo da eficiência para além do controlo da legalidade das despesas públicas.” MARTINS, MARIA D’OLIVEIRA, **A despesa pública justa, uma análise jurídico constitucional do tema da justiça na despesa pública**, Coimbra, Almedina, 2016, p. 278.

56 Mas o que se entende por “regulação”? “Etimologicamente, o conceito de regulação gira em torno de duas ideias fundamentais: o estabelecimento e implementação de regras, de normas, e a manutenção ou garantia de funcionamento equilibrado de um sistema.” MOREIRA, VITAL; MAÇÃS, MARIA EDUARDA, **Autoridades Reguladoras Independentes, Estudo e Projecto de Lei Quadro**, Coimbra Editora, 2003, p. 14.

57 A respeito do novo papel estatal “Admitindo a incompletude do quadro que se apresenta, assinalamos, contudo, as finalidades mais marcantes ou típicas da fisionomia do Estado de Garantia: garantia do fornecimento de serviços essenciais; garantia e protecção dos direitos dos utilizadores desses mesmos serviços; garantia, protecção e promoção da concorrência; garantia de outros bens jurídicos.” GONÇALVES, PEDRO COSTA, *in* Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Volume 7 (especial: Comunicações do I Triénio dos Encontros de Professores de Direito Público), **Estado de garantia de garantia e mercado**, 2010, p. 97 a 128.

58 “O princípio de um Estado forte, capaz de eliminar a conflitualidade social através da imposição à sociedade *da sua própria* (e unilateral) *visão do bem*, não é por certo compatível com o valor mais importante do ideário constitucionalista. Este, como sabemos, sustenta-se em uma tradição de pensamento que parte precisamente da assunção do ponto de vista contrário: embora um poder político moderado e limitado pelo direito não seja, por definição, capaz de aniquilar tensões decorrentes da conflitualidade social, é sempre preferível – diz-se – procurar viver com o conflito do que procurar anulá-lo com recurso à imposição da força. É esta a *alma profunda* do constitucionalismo. E é por isso que dele decorrem formas e práticas jurídicas que propugnam, entre outras coisas (i) a necessidade de consagração nos textos constitucionais de um elenco de liberdades das pessoas; (ii) a necessidade da consagração de instrumentos que garantam a separação de poderes, (iii) a necessidade de consagração de limites à intervenção do Estado na vida em sociedade, para que esta possa, por si mesma, exprimir as suas difrentes (e conflituantes) visões e representações do bem e do interesse público.” AMARAL, MARIA LÚCIA, **A forma da República, uma introdução ao estudo do Direito Constitucional**, Coimbra Editora, Reimpressão, 2005, p. 83.

59 AZEVEDO, MARIA EDUARDA, **Temas de Direito da Economia**, Coimbra, Almedina, 2014, p. 183.

60 Assim defende PEDRO COSTA GONÇALVES “O resultado do processo de transformação que acaba de se descrever cifrou-se na definição de um novo paradigma de relacionamento entre Estado e Sociedade (Estado e Mercado), baseado num ideário de “partilha de responsabilidades” e de “cooperação” ou de “coordenação” para a realização dos interesses colectivos. A retracção do Estado ficou, assim, longe de se consubstanciar no regresso a um modelo puro liberal, com a emergência de uma nova “Sociedade civil pautada pelo direito privado”: o (indiscutível) reforço do papel da Sociedade e do Mercado não envolveu, de facto, um descomprometimento estadual, confirmando-se, antes, um princípio de permanência e de continuidade das responsabilidades públicas”, *in* Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Volume 7 (especial: Comunicações do I Triénio dos Encontros de Professores de Direito Público), **Estado de garantia de garantia e mercado**, 2010, p. 97 a 128.

61 Em menção ao Direito Português “(...) a unidade do Estado envolve a existência de interesses comuns a toda a colectividade cuja prossecução determina uma hierarquização e prevalência sobre outros interesses específicos de natureza regional, local, institucional ou corporativa, servindo tais interesses gerais de critério atribuidor de



O particular assume, então, junto ao Estado, o dever de prosseguir ativamente o interesse público através da abertura à concorrência de atividades anteriormente exercidas exclusivamente pelo poder estatal e, com isto, fomenta o crescimento e participação da iniciativa privada<sup>62</sup> em movimento contrário às nacionalizações: a “privatização”<sup>63</sup>.

O verbo “regular” possui vários significados e, entre eles, o de estabelecer regras e manter o equilíbrio. No panorama jurídico, essa qualificação trouxe ao Estado uma responsabilidade de resultado<sup>64</sup>, não existindo mais lugar a um comportamento imparcial e desconexo às consequências dos atos do Mercado<sup>65</sup>. Nasce, assim, o “Estado Regulador”.

---

poderes ao Estado e de enquadramento limitativo das autonomias. Insere-se neste preciso contexto a expressa reserva constitucional de poderes a favor do Estado e, por outro lado, a limitação ou condicionamento da autonomia regional a uma regra de compatibilidade com o princípio do interesse nacional, servindo este de fonte geradora de uma reserva de competência estadual;” OTERO, PAULO, **O poder de substituição em Direito Administrativo, Enquadramento Dogmático-Constitucional**, Volume 2, Dissertação de Doutoramento, Lex, Lisboa, 1995, p. 760.

62 AZEVEDO, MARIA EDUARDA, **Temas de Direito da Economia**, Coimbra, Almedina, 2014, p. 185.

63 Que podem ser meramente formais (“fuga para o direito privado”) ou orgânicas/materiais, conforme diferencia JOAO PACHECO AMORIM, **Direito Administrativo da Economia**, Volume 1, Coimbra, Almedina, 2014, p. 90 e 91.

64 Em exemplo da responsabilidade por resultado, assumida pelo Estado como um dever e não como uma mera faculdade, passíveis de reinvidicação, nesse novo modelo de operação: “Desde logo, para chamar a atenção de que ao Estado não cabe apenas garantir que certos serviços existam; deve, além disso, garantir o acesso dos cidadãos a esses mesmos serviços em condições de universalidade. (...) Ainda neste âmbito, cumpre ter presente que a garantia pública dos direitos dos utilizadores permite compreender o sentido de uma importante alteração do quadro de compreensão clássico: em vez da realização de direitos a certas prestações no âmbito de uma relação bipolar ou dual com o cidadão (através de uma administração Pública de fornecimento ou de prestações de serviços aos utentes), o Estado assume um dever institucional de protecção dos direitos de acesso a serviços essenciais, no contexto de uma relação triangular. Nesta relação, intervêm, além do Estado (com funções de regulação, controlo, garantia e protecção), entidades particulares e cidadãos titulares de direitos fundamentais, como clientes ou utilizadores de serviços, de um lado, e outras entidades particulares igualmente titulares de direitos fundamentais, como fornecedores e prestadores de serviço, do outro lado (...) A definição dos standards de qualidade e de segurança dos serviços prestados em contexto de Mercado, bem como a garantia do tratamento igualitário e da acessibilidade aos serviços (valores que se reconduzem, afinal, às clássicas “leis do serviço público”: igualdade, continuidade e adaptação) surgem assim como elementos essenciais da fisionomia do Estado de Garantia. Em especial no que se refere à acessibilidade dos cidadãos a certos serviços essenciais, importa chamar a atenção para a intervenção dos Poderes Públicos na definição e fixação de preços (v.g., preços mínimos) ou na proibição de cobrança de valores a que não corresponde qualquer contrapartida (v.g., imposição de consumos mínimos).” GONÇALVES, PEDRO COSTA, *in* Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Volume 7 (especial: Comunicações do I Triénio dos Encontros de Professores de Direito Público), **Estado de garantia de garantia e mercado**, 2010, p. 97 a 128.

65 Mais sobre esta questão “Neste novo quadro, o tópico da garantia acaba, por conseguinte, por remeter para um cânone de responsabilidade pelo resultado, determinando que o Estado assumira a incumbência de garantir que o funcionamento do Mercado produz certos resultados. Quer isto dizer que o Estado não se limita a desempenhar um papel de activador ou de incentivador externo das forças sociais e dos recursos privados. Em concreto, a garantia indicia que o Estado não se pode comportar como um actor imparcial, desinteressado e descomprometido com os resultados produzidos no Mercado. É para tornar claro este ponto que se alude a um outro nível ou grau de responsabilidade pública: uma responsabilidade residual, supletiva ou subsidiária. Pressupondo uma função de reserva do Estado, que recorda a situação do jogador suplente, que entra em jogo para substituir um outro que não está a jogar bem, este nível de responsabilidade reclama uma actuação pública no caso de o Mercado claudicar e não dar a desejada resposta aos objectivos definidos. Trata-se, por conseguinte, de uma responsabilidade pública de execução “em estado latente”, que pode concretizar-se numa espécie de “opção de resgate” ou de “reversão” da tarefa envolvida ou numa medida de outra natureza que tenha o mesmo efeito de empurrar o Estado para a

Em outros termos, o mercado começa a ser repartido em conformidade com o mais adequado ao bem comum e à eficiência<sup>66</sup>. Em contraponto, é questionado se o Estado não estaria a esvaziar-se de poder.

Para os defensores, a resposta seria negativa pois, na medida em que o Estado assume a função Reguladora da Economia (responsável pelo seu equilíbrio), centraliza-se de forma compatível ao menor custo e, ainda, a melhor eficiência do serviço oferecido a população<sup>67</sup>. Segundo esse entendimento, foi uma saída inteligente<sup>68</sup> para a situação de crise, transformando o Estado intervencionista, burocrático e centralizado em um Estado regulado<sup>69</sup>, descentralizado e comprometido com a qualidade<sup>70</sup>.

---

posição de um player no Mercado e para abandonar o estatuto de mero regulador ou orientador.” GONÇALVES, PEDRO COSTA, *in* Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Volume 7 (especial: Comunicações do I Triénio dos Encontros de Professores de Direito Público), **Estado de garantia de garantia e mercado**, 2010, p. 97 a 128.

66 “O princípio da boa administração ou eficiência, enquanto princípio instrumental da realização do interesse geral ou interesse público primário, passa a ocupar um lugar de primeiro plano: o objetivo é agora tão só o de garantir e estruturar o funcionamento eficiente do sector regulado.” AMORIM, JOÃO PACHECO DE, **Direito Administrativo da Economia**, Volume 1, Coimbra, Almedina, 2014, p. 253.

67 AZEVEDO, MARIA EDUARDA, **Temas de Direito da Economia**, Coimbra, Almedina, 2014, p. 186.

68 “Independentemente do tipo de articulação constitucional possível entre os princípios da apropriação pública e da privatização ou reprivatização dos meios de produção, isto é, entre o passado e o presente, a simples leitura da Constituição permite afirmar que os princípios da privatização e da reprivatização têm subjacentes o entendimento de que o interesse público na concretização do Estado de bem-estar não envolve sempre ou, pelo menos, necessariamente, uma intervenção directa pública em termos económicos, sendo passível de obter satisfação através da iniciativa económica privada.” OTERO, PAULO, **Privatizações, Reprivatizações e Transferências de participações sociais no interior do Sector Público**, Coimbra Editora, 1999, p. 34

69 “(...) como já se observou, o Estado de Garantia não é o Minimalstaat da época liberal nem o Maximalstaat do século XX. Enquanto sistema ou de estrutura de realização do bem comum, o modelo institucional do Estado de Garantia situa-se a meio caminho, num ponto intermédio, entre dois modelos extremados – o modelo de Mercado e o modelo de Estado –, propondo a doutrina designá-lo modelo de regulação. Embora a formulação literal possa não o sugerir na íntegra, o novo modelo traduz o resultado de uma interacção e de uma partilha otimizada de tarefas e de responsabilidades entre as duas polaridades, rejeitando a tendência totalitária e excludente em que se centram os dois primeiros modelos. O novo grau ou patamar da responsabilidade pública de garantia procura promover a articulação entre os dois pólos ou subsistemas em que se divide uma comunidade politicamente organizada – Estado e Sociedade (Mercado) –, de modo a preservar a racionalidade inerente de cada um deles e a aproveitar as respectivas vantagens.” GONÇALVES, PEDRO COSTA, *in* Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Volume 7 (especial: Comunicações do I Triénio dos Encontros de Professores de Direito Público), **Estado de garantia de garantia e mercado**, 2010, p. 97 a 28.

70 AZEVEDO, MARIA EDUARDA, **Temas de Direito da Economia**, Coimbra, Almedina, 2014, p. 187.

O fato é que o fenômeno da “privatização”<sup>71 72</sup> trouxe o aumento da necessidade de regulação, o que retrata um crescente empoderamento estatal. Ao visualizarmos essa dinâmica<sup>73</sup> conseguimos diagnosticar<sup>74 75</sup> que não ocorreu o esvaziamento de seu poderio<sup>76</sup>.

---

71 “Definido o conceito jurídico de privatização em torno da transferência da titularidade do capital social da esfera pública para a esfera privada, cumpre referir que uma tal noção assenta em dois pressupostos cumulativos: (a) em primeiro lugar, só se poderá falar em verdadeiro fenómeno de privatização quando isto envolver, segundo os critérios do artigo 82º, n. 2 e 3, da Constituição, uma transferência do meio de produção em causa do sector público para o sector privado; (b) Em segundo lugar, é ainda necessário para se falar em real privatização que a transferência do capital público se faça para as entidades integradas do sector privado típico ou normal dos meios de produção.” OTERO, PAULO, **Privatizações, Reprivatizações e Transferências de participações sociais no interior do Sector Público**, Coimbra Editora, 1999, p. 15.

72 PAULO OTERO ainda ressalta “que a mera privatização de uma parte minoritária do capital social, continuando a maioria do respectivo capital a ser titulado por entidades públicas, comportando um fenómeno de privatização parcial ou de respiração do sector público, transforma a sociedade a privatizar em empresa mista controlada, sem a afastar, porém, do sector público dos meios de produção.” **Privatizações, Reprivatizações e Transferências de participações sociais no interior do Sector Público**, Coimbra Editora, 1999, p. 15.

73 A respeito da Constituição Portuguesa: “A Constituição não se limita, por conseguinte, a definir um modelo último de sociedade, deixando à completa liberdade do Estado a sua realização ou mesmo a definição dos espaços prioritários de ação. Pelo contrário, a Constituição vai mais longe: define um claro programa de ação tendente a obter “a transformação e modernização das estruturas económicas e sociais”, reconhecendo, dentro de um tal programa, a existência de tarefas fundamentais cuja implementação é confiada ao Estado e, por último, transforma certas obrigações do Estado em contrapartidas directas à realização ou efectivação de direitos fundamentais – os direitos económicos, sociais e culturais ou, abreviadamente, direitos sociais -, chamando os particulares, deste modo, à titulariedade de posições jurídicas activas que se expressam em prestações e que encontram no Estado o respectivo sujeito passivo.”, OTERO, PAULO, **O poder de substituição em Direito Administrativo, Enquadramento Dogmático-Constitucional**, Volume 2, Dissertação de Doutoramento, Lex, Lisboa, 1995, p. 591.

74 Em menção ao Direito Português “O estudo da origem histórica do princípio da unidade da Administração levou-se à temática da soberania no contexto da teoria do Estado, compreendendo-se que mesmo hoje o Estado – ainda basicamente herdeiro a nível interno do modelo conceptual de Jean Bodin – continue a encontrar no princípio da indivisibilidade da soberania e no carácter unitário da sua forma os primeiros fundamentos da unidade da Administração. Afirmando a natureza soberana da República (CRP, artigo 1º) e reconhecendo como características da soberania a unidade e a indivisibilidade (CRP, artigo 3º, n. 1), a Constituição de 1976 relaciona a soberania na ordem jurídica interna com o princípio de constitucionalidade e o princípio da unidade do Estado. (...) O carácter unitário e indivisível da soberania está configurado pela Constituição em estreita conexão com o próprio princípio da constitucionalidade (CRP, artigo 3º, n. 1), seja pela expressão da supremacia do Estado-colectividade na titulariedade exclusiva de poderes constituintes, seja pela subordinação normativa do direito infra-estadual ao direito do Estado e aos mecanismos estaduais de controlo jurisdicional da sua validade e eficácia. Em boa verdade, tal como não existe autonomia administrativa fora da legalidade, pode dizer-se que não há autonomia fora da Constituição, contra a Constituição ou sobre a Constituição. A constituição traduz, por conseguinte, o principal instrumento jurídico de expressão da unidade e indivisibilidade da soberania do Estado, incluindo a unidade da ideia de Direito subjacente ao respectivo sistema jurídico, servindo de padrão de conformidade e de uniformidade do direito regulador da actividade de toda a Administração, envolvendo um consequente reforço da unidade de acção administrativa por parte do Estado. (...) Neste sentido, a concentração de poderes de fiscalização por parte do Governo sobre a Administração directa, indirecta e autónoma do Estado (CRP, artigo 202º, alínea d), pressuposto ou consequência da sua responsabilidade política, constitui instrumento de reforço da unidade da Administração.” OTERO, PAULO, **O poder de substituição em Direito Administrativo, Enquadramento Dogmático-Constitucional**, Volume 2, Dissertação de Doutoramento, Lex, Lisboa, 1995, p. 754.

75 Nesse sentido, conceituando a árdua tarefa estatal de primar pelo equilíbrio como a saúde vital do novo modelo “Agora, importa assinalar, como finalidade central do Estado de Garantia, a definição de uma articulação coerente, eficiente e sinérgica entre os dois sectores, de modo a evitar qualquer espécie de desenvolvimento totalitário, quer no sentido de uma pan-publicização da vida civil, quer no sentido oposto, da captura ou da colonização do Estado e do sector público por interesses privados.” GONÇALVES, PEDRO COSTA, in Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Volume 7 (especial: Comunicações do I Triénio dos Encontros de Professores de Direito Público), **Estado de garantia de garantia e mercado**, 2010, p. 97 a 128.

### 3. INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA

---

O conceito de intervenção direta e de intervenção indireta, para fins do Direito Administrativo e para o Direito Económico, não coincidem. Para o Direito Administrativo, a intervenção é indireta quando a atividade é prestada por uma entidade independente. Já para o Direito Económico, a intervenção indireta ocorre somente quando o Estado não é o titular verdadeiro da exploração, independente se atua por si próprio ou por terceira pessoa. Em outros termos, para o direito económico, mantendo-se a titularidade, a intervenção será direta e não indireta<sup>77</sup>.

A intervenção indireta possui traços muito semelhantes à regulação, diferenciando-se pelo fato de poder ter como motivador outros objetivos de política econômica e não os exclusivamente atrelados ao mercado. A regulação, no entanto, representa necessariamente o mecanismo de controle da saúde e bom funcionamento da economia<sup>78</sup>.

O exercício da atividade econômica pressupõe a reunião de capitais, trabalho e experiência. Para o Direito Económico, há intervenção direta do Estado na Economia quando este atua por si ou por uma organização que seja sua *longa manus*, assumindo-se como empresário<sup>79</sup> <sup>80</sup>.

Em outras palavras, para o Direito Económico, a expressão “intervenção direta” tem relação com o fenômeno econômico da presença determinante dos poderes públicos na atividade econômica e não com a natureza jurídica de quem está prestando o serviço<sup>81</sup>.

---

77 O perspectiva, para o Direito Económico, é económica e não puramente jurídica. SANTOS, ANTÓNIO CARLOS DOS; GONÇALVES, MARIA EDUARDA; MARQUES, MARIA MANOEL LEITÃO, **Direito Económico**, Coimbra, Almedina, 7ª edição, 2014, p. 122 a 130.

78 SANTOS, ANTÓNIO CARLOS DOS; GONÇALVES, MARIA EDUARDA; MARQUES, MARIA MANOEL LEITÃO, **Direito Económico**, Coimbra, Almedina, 7ª edição, 2014, p. 207 e 208.

79 Este é o conceito de intervenção direta para o Direito Económico que corresponde ao entendido por administração indireta/descentralização pelo Direito Administrativo.

80 Este é o conceito de intervenção direta para o Direito Económico que corresponde ao entendido por administração indireta/descentralização pelo Direito Administrativo. As concepções não coincidem. SANTOS, ANTÓNIO CARLOS DOS; GONÇALVES, MARIA EDUARDA; MARQUES, MARIA MANOEL LEITÃO, **Direito Económico**, Coimbra, Almedina, 7ª edição, 2014, p. 122 a 130.

81 SANTOS, ANTÓNIO CARLOS DOS; GONÇALVES, MARIA EDUARDA; MARQUES, MARIA MANOEL LEITÃO, **Direito Económico**, Coimbra, Almedina, 7ª edição, 2014, p. 13 a 15; p. 127 a 128.

### 3.1 REGULAÇÃO DA ECONOMIA E SUPERVISÃO FINANCEIRA

O Estado Regulador<sup>82</sup> assume, portanto, o papel de responsável pelo regimento da prestação dos serviços devendo, através deste ofício, preservar o interesse público, controlar o crescimento da dívida pública e o surgimento de novas iniciativas dirigistas que ponham em causa o erário público<sup>83</sup>. Em outros termos, temos que a regulação é a “institucionalização de entidades independentes aptas para estabelecer os esquemas regulativos das regras do jogo económico e dirimir os conflitos em domínios sectoriais política e economicamente”<sup>84</sup>

A melhor forma de dirimir conflitos é ter a independência necessária a analisar todos os promenores. O responsável por regular pode até ser público, integrar a estrutura direta ou indireta do Estado ou até mesmo apresentar um modelo privado, desde que disponha de uma verdadeira autonomia.

A independência é extremamente importante tendo em vista que o Estado também participa da prestação de serviços, inclusive como concorrente de mercado. Portanto, é mandatório que seja protegida a imparcialidade das medidas regulatórias<sup>85 86 87</sup>.

---

82 “A reforma do Estado Administrativo ou Estado de providência que tem vindo a ser levada a cabo nas duas últimas décadas guia-se por critérios de eficiência, passando no campo social e laboral por uma maior flexibilidade da legislação laboral e por uma maior racionalização do sistema de segurança social (fala-se por isso num novo conceito de flexissegurança, a partir das recentes experiências governativas britânica e nórdica) e, no campo económico (o que ora mais nos importa), sobretudo pela privatização de organizações e tarefas públicas. Esta privatização traduziu-se na passagem de um *Estado prestador* de bens e serviços a um *Estado regulador*; com efeito, e como melhor veremos, não houve lugar a uma desregulamentação propriamente dita das atividades económicas: ao invés, a retirada do Estado dos setores produtivos onde intervinha directamente, na qualidade de agente económico e normalmente em regime de monopólio, foi compensada pela (re)criação de quadros regulatórios por vezes bastante extensos, cuja atuação passou a ser confiada não ao Governo e à administração dele dependente, mas a entidades reguladoras independentes dotadas de fortes poderes de intervenção.” AMORIM, JOÃO PACHECO DE, **O Direito Administrativo da Economia**, Volume 1, Coimbra, Almedina, 2014, p. 89 e 90.

83 SANTOS, ANTÓNIO CARLOS DOS; GONÇALVES, MARIA EDUARDA; MARQUES, MARIA MANOEL LEITÃO, **Direito Económico**, Coimbra, Almedina, 7ª edição, 2014, p. 207 a 209.

84 CANOTILHO, JOSÉ JOAQUIM GOMES, *in* Revista de Direito Público e Regulação, n. 1, **O princípio democrático sobre a pressão dos novos esquemas regulatórios**, 2009, p. 99.

85 SANTOS, ANTÓNIO CARLOS DOS; GONÇALVES, MARIA EDUARDA; MARQUES, MARIA MANOEL LEITÃO, **Direito Económico**, Coimbra, Almedina, 7ª edição, 2014, p. 207 a 210.

86 “Desta forma, o “velho Estado Social” deixou de estar ancorado (pelo menos, em parte) numa administração pública e num direito administrativo preocupado com os quadros jurídicos da administração de prestações (*Leistungsverwaltung*) comprometida com os cuidados existenciais do cidadão (*Daseinsvorsorge*). Subsistem, porém, (até por imposição constitucional) serviços estatais, ao lado de serviços de interesse económico geral, submetidos a regras vinculativas ou a regulações económicas constitutivas do mercado de **redes infraestruturantes**. Pretende-se, desta forma, garantir as dimensões inarredáveis da socialidade estatal (e comunitária). Vejamos, *per summa capita*, alguns princípios destas regulações das infraestruturas económicas dos serviços de interesse geral em que se procuram articular dois modelos: o de *service publique*, de matriz francesa, e o de *public utility regulation* (de cariz anglo-saxónico). CANOTILHO, JOSÉ JOAQUIM GOMES, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, Coimbra, Almedina, 5ª edição, 2002, p. 351.

87 SANTOS, ANTÓNIO CARLOS DOS; GONÇALVES, MARIA EDUARDA; MARQUES, MARIA MANOEL LEITÃO, **Direito Económico**, Coimbra, Almedina, 7ª edição, 2014, p. 76 a 80 e p. 207 a 215.

No Direito Português<sup>88</sup>, a regulação está prevista na alínea f do artigo 81º<sup>89</sup> da Constituição<sup>90</sup> como uma das incumbências prioritárias do Estado<sup>91</sup>, sendo reconhecida a sua importância para o equilíbrio do mercado, afastando e minimizando interferências do mundo privado e público e, ainda, a imposição de barreiras a atos que possam atrapalhar o equilíbrio

---

88 “Mais relevante é a presente formulação da al. f) do art. 81º e nos atuais n. 3º do artigo 267º CRP e n. 1º do art. 86º, introduzidas também pela Revisão Constitucional de 1997, preceitos que agora preveem respectivamente (i) a necessidade de assegurar o *funcionamento eficiente dos mercados* (de modo a, designadamente, garantir a equilibrada concorrência entre as empresas, a contrariar as formas de organização monopolistas e a reprimir os abusos de posição dominante e outras práticas lesivas do interesse geral), (ii) a possibilidade de a lei criar entidades administrativas independentes (categoria a que reconduzem as entidades reguladoras independentes) e (iii) o reforço do dever de fiscalização do Estado sobre empresas privadas que prossigam atividades (explorem serviços) de *interesse económico geral* (dever esse de que em regra ficarão incumbidas as entidades reguladoras independentes)”. AMORIM, JOÃO PACHECO DE, **Direito Administrativo da Economia**, Volume 1, Coimbra, Almedina, 2014, p. 250.

89 A respeito do Direito Português “Em primeiro lugar, as incumbências prioritárias do Estado no âmbito económico e social (CRP, artigo 81º) têm como objectivo primário promover o aumento do bem estar social e económico e da qualidade de vida do povo, sublinhando a especial atenção às “classes mais desfavorecidas” e a necessidade de correção das desigualdades na distribuição da riqueza e do rendimento, um crescimento equilibrado de todos os sectores e regisões e a eliminação das diferenças económicas e sociais entre a cidade e o campo. (...) Em terceiro lugar, ainda no contexto económico, os planos de desenvolvimento económico e social assentam, segundo decorre do artigo 91º, em objectivos estritamente ligados ao bem-estar e às ideias de justiça social e igualdade material” OTERO, PAULO, **O poder de substituição em Direito Administrativo, Enquadramento Dogmático-Constitucional**, Volume 2, Dissertação de Doutoramento, Lex, Lisboa, 1995, p. 593 e 594.

90 “A tarefa de assegurar o funcionamento eficiente dos mercados (al. f), de modo a garantir desde logo a *equilibrada concorrência* entre as empresas, constitui a principal componente de uma economia de mercado e a base dos mecanismos de defesa da concorrência, que são um dos princípios essenciais da ordem jurídica comunitária (TCE, arts. 86º e ss). Os objectivos principais são a proibição das práticas restritivas da concorrência (a começar pelos cartéis) e a reprimir os abusos de posição dominante, bem como a impedir preventivamente, nas operações de concentração, a criação de situações de posição dominante que possam pôr em risco a concorrência (e não as posições dominantes em si mesmas). Note-se que o preceito constitucional refere em geral todas as empresas, sem excluir as empresas públicas. De facto, se a Constituição económica garante a existência de um sector público mais ou mesmo extenso, ela impede, contudo, que, em geral, as empresas que fazem parte do sector público empresarial sejam favorecidas pelo Estado relativamente às suas concorrentes de outros sectores. A defesa da concorrência é também um antídoto contra *as formas de organização monopolistas*, como refere esta mesma alínea, sendo nessa medida também uma garantia do princípio fundamental da constituição económica que consiste em subordinar o poder económico ao poder político (art. 80º / a e respectiva nota). CANOTILHO, JOSÉ JOAQUIM GOMES ; MOREIRA, VITAL, **Constituição da República Portuguesa Anotada**, Artigos 1º a 107º, Volume 1, 4ª edição, Coimbra Editora, 2007, p. 971.

91 Em anotação ao artigo 80º, alínea a, da CRP: “A subordinação do poder económico ao poder político democrático (al. a) significa, essencialmente, fazer prevalecer o poder democraticamente legitimado sobre o poder fáctico proporcionado pela riqueza ou pelas posições de domínio económico. O político, ou seja, a democracia, prevalece sobre o económico, ou seja, sobre a riqueza. É esta a chave de toda a constituição económica, a começar por alguns dos restantes princípios aqui definidos, que a este podem ser reconduzidos ou nele encontram explicação (por ex., os als. b, d e g). O poder económico só é subordinável ao poder político democrático desde que este o possa controlar, o que depende quer da dimensão que aquele assuma, quer das posições que ocupe na organização económica. Para impedir preventivamente que o poder económico se venha a tornar incontrolável, a CRP estabelece, entre outras coisas, a exigência de eliminação dos monopólios e dos latifúndios (art. 81º/e 97º) – incumbindo o Estado se assegurar uma equilibrada concorrência entre as empresas (art.º 81º/f) – e veda o acesso do capital privado a sectores básicos da economia (art. 87º -3). No plano político, a ideia da subordinação do poder económico ao poder político pode justificar designadamente regras de incompatibilidade entre um e outro e a exigência de declarações de interesses económicos e de publicação de rendimentos e património por parte dos titulares de cargos políticos.” CANOTILHO, JOSÉ JOAQUIM GOMES ; MOREIRA, VITAL, **Constituição da República Portuguesa Anotada**, Artigos 1º a 107º, Volume 1, 4ª edição, Coimbra Editora, 2007, p. 957.

económico e concorrencial, prejudicar os direitos dos consumidores, a livre iniciativa privada e a coesão social.”<sup>92</sup>

Para seus defensores, a regulação é compatível com a existência saudável do mercado e da concorrência uma vez que o modelo tem o objetivo de proteger e disciplinar, sem substituir a decisão privada. Em outras palavras, tem por finalidade estabelecer os limites necessários a saúde vital dos interesses da sociedade<sup>93 94</sup>.

A regulação económica<sup>95</sup>, no seu perfeito funcionamento, está muito distante do que se entende por uma nova forma de dirigismo estatal. A presença do Estado, por intermédio do controle regulatório, tem por ponto de partida que a atividade económica é privada, intervindo de forma compatível com o estritamente necessário para garantir o respeito e zelo do interesse geral<sup>96 97</sup>.

Defende Flávia Novero Loureiro que “(a) liberdade de concorrência é, pois, um verdadeiro bem jurídico supra-individual coletivo, destinado a proteger, de modo direito e imediato, o próprio mecanismo concorrencial e o seu funcionamento, na exata medida em que

---

92 SANTOS, ANTÓNIO CARLOS DOS; GONÇALVES, MARIA EDUARDA; MARQUES, MARIA MANOEL LEITÃO, **Direito Económico**, Coimbra, Almedina, 7ª edição, 2014, p.77 a 80.

93 Em definição do Princípio de Boa Administração, temos: “O conteúdo do conceito é, assim, associado à ideia de que a Administração Pública tem o dever de prosseguir sempre da melhor maneira possível o interesse público, a satisfação das necessidades coletivas postas a seu cargo, adotando, para o efeito, as melhores soluções possíveis, do ponto de vista administrativo (técnico e financeiro). A ideia de boa administração tem sido, por isso, associada à ideia de eficiência da Administração Pública.” ALMEIDA, MÁRIO AROSO DE, **Teoria Geral do Direito Administrativo, O novo regime do Código de Processo Administrativo**, Coimbra, Almedina, 3ª edição, 2015, p. 56.

94 “(...) a boa administração é uma exigência que se impõe nas modernas sociedades democráticas, constitui um elemento essencial da ideia de boa governação e, por isso, concretiza-se na observância de padrões ou standards jurídicos e não jurídicos. (...) que, no seu conjunto, revelam a existência, nesse Estado, de uma cultura democrática de respeito pela lei e de adequada performance das instituições públicas, apta a promover o desenvolvimento económico e social. E, por isso, entende-se que as estruturas políticas de cada Estado devem adotar as medidas necessárias para perseguir o preenchimento destes padrões. Os padrões em causa são os seguintes: qualidade da legislação, legalidade das atuações, participação e transparência nos processos de decisão, acesso à informação, qualidade da organização, qualidade dos recursos humanos, qualidade da gestão financeira e orçamental, efetividade das políticas, instâncias de controlo (*accountability*) e supervisão. A boa administração é, portanto, um elemento muito importante da boa governação”, ALMEIDA, MÁRIO AROSO DE, **Teoria Geral do Direito Administrativo, O novo regime do Código de Processo Administrativo**, Coimbra, Almedina, 3ª edição, 2015, p. 69.

95 O que se entende por “regulação económica”? De forma geral, não unânime, trata-se do “(...) estabelecimento e implementação de regras para a actividade económica destinadas a garantir o seu funcionamento equilibrado, de acordo com determinados objetivos públicos. Não obstante este conceito operacional de regulação económica, o conceito está longe de congrega o consenso unânime dos autores, coexistindo várias concepções de regulação, desde logo quanto à sua amplitude.” MOREIRA, VITAL ; MAÇÃS, MARIA FERNANDA, **Autoridades Reguladoras Independentes, Estudo e Projecto de Lei Quadro**, Coimbra Editora, 2003, p. 14.

96 SANTOS, ANTÓNIO CARLOS DOS; GONÇALVES, MARIA EDUARDA; MARQUES, MARIA MANOEL LEITÃO, **Direito Económico**, Coimbra, Almedina, 7ª edição, 2014, p. 75 a 76 e 207 a 208.

97 GONÇALVES, PEDRO COSTA, in Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Volume 7 (especial: Comunicações do 1º Triénio dos Encontros de Professores de Direito Público), **Estado de garantia de garantia e mercado**, 2010, p. 97 a 128.

este corresponde a um interesse da comunidade. O interesse em assegurar não apenas um determinado modelo económico – e que não nos choca, à partida, poder ser tutelado pelo direito penal, na medida em que corresponde a um traço característico fundamental de uma dada comunidade – mas, sobretudo, os fins de ordem política que se pretendem atingir através desse modelo, mormente o da possibilidade de desenvolvimento de uma importantíssima faceta da liberdade individual: a liberdade económica. Esta liberdade de decisão e de ação no sentido de tentar obter vantagens económicas dentro do processo competitivo permite ao ser humano a sua realização enquanto *homu aeconomicus*, uma das suas exteriorizações fundamentais enquanto pessoa.”<sup>98</sup>

O Estado Regulador não é só responsável por orquestrar o Mercado. É também responsável por garantir acesso livre e igualitário para todos os cidadãos, em defesa dos seus direitos fundamentais legalmente estabelecidos<sup>99</sup>. Cabe, assim, ao Estado: (i) garantir o fornecimento dos serviços essenciais e a proteção dos direitos de seus destinatários, (ii) proteger a concorrência, promovendo um mercado de livre e leal competição, (iii) equilibrar de forma eficiente o interesse público e o privado, (iv) credibilizar e envolver-se nas soluções apresentadas e implementadas pelo mercado como forma de controle, inspeção ou fiscalização (necessidade de autorização prévia, para que ponha determinado produto em circulação, passando, assim, ao particular, uma maior confiança e respaldo, marcados pela presença do Estado, ainda que não tenha sido o produtor, por exemplo) e (v) zelar pelos bens jurídicos de interesse geral. Diante disto, a concorrência não deve ser encarada apenas um modelo de economia de mercado<sup>100</sup>.

---

98 LOUREIRO, FLÁVIA NOVERSA, **Direito Penal da Concorrência: A tutela da liberdade e a criminalização do cartel**, Coimbra Editora, 2017, p. 251.

99 Sendo a Democracia Económica um dos objetivos do Estado de Direito Democrático cf. LOUREIRO, FLÁVIA NOVERSA, **Direito Penal da Concorrência: A tutela da liberdade e a criminalização do cartel**, Coimbra Editora, 2017, p. 256.

100 LOUREIRO, FLÁVIA NOVERSA, **Direito Penal da Concorrência: A tutela da liberdade e a criminalização do cartel**, Coimbra Editora, 2017, p. 295.



#### 4. AUTORIDADES REGULADORAS INDEPENDENTES

---

Com a nova vaga da liberalização da economia, marcada principalmente desde o final dos anos oitenta, surge a necessidade de estabelecer uma regulação destinada à manutenção de um mercado leal e competitivo<sup>101</sup>, sem influência de pressões políticas, económicas, profissionais, ou quaisquer outras que não vinculadas à própria atividade, e que sejam protetoras do bem social, económico e cultural da sociedade<sup>102</sup>.

Tendo em vista que o Estado, por vezes, participa de forma direta na economia<sup>103</sup>, faz-se necessário que o papel da regulação seja realizado por uma autoridade independente, sob pena de interferência na sua autoridade e credibilidade: “desgovernamentalização da regulação”<sup>104</sup>.

A mesma necessidade ocorre quando estamos diante de atividades que pela sua própria natureza imponham o afastamento da gestão por parte do Estado ou quando há a utilização de métodos técnicos e científicos cuja neutralidade somente pode ser garantida através da presença de um poder regulatório exercido por uma entidade independente do governo<sup>105</sup>.

---

101 MOREIRA, VITAL ; MAÇÃS, MARIA FERNANDA, **Autoridades Reguladoras Independentes, Estudo e Projecto de Lei Quadro**, Coimbra Editora, 2003, p. 9.

102 MOREIRA, VITAL ; MAÇÃS, MARIA FERNANDA, **Autoridades Reguladoras Independentes, Estudo e Projecto de Lei Quadro**, Coimbra Editora, 2003, p. 50.

103 “(...) pelo facto do Estado manter por vezes uma presença nas atividades económicas reguladas, concretamente nos antigos operadores públicos privatizados, seja através da titularidade de *golden shares* (ações privilegiadas, em termos legais ou estatutariamente previstos), seja mesmo pela manutenção de uma posição acionista maioritária ou minoritária, mas que lhe permita manter uma influência dominante na sociedade comercial em questão.” AMORIM, JOÃO PACHECO DE, **Direito Administrativo da Economia**, Volume 1, Coimbra, Almedina, 2014, p. 255.

104 MOREIRA, VITAL ; MAÇÃS, MARIA FERNANDA, **Autoridades Reguladoras Independentes, Estudo e Projecto de Lei Quadro**, Coimbra Editora, 2003, p. 10.

105 MOREIRA, VITAL ; MAÇÃS, MARIA FERNANDA, **Autoridades Reguladoras Independentes, Estudo e Projecto de Lei Quadro**, Coimbra Editora, 2003, p. 13.

No entanto, transferir tamanha responsabilidade a uma entidade privada poderia acabar por afastar ou impactar a necessária proteção do interesse público. E então, nesse contexto, surgem as Autoridades Reguladoras independentes<sup>106</sup>, autônomas em relação à administração<sup>107</sup> direta ou indireta do Estado<sup>108</sup>.

A partir daí, a regulação<sup>109</sup> assume um papel positivo,<sup>110</sup> posicionando-se em prol da defesa e promoção do bem coletivo e, portanto, não para interesses específicos de determinados

---

106 “Frise-se uma vez mais que com a criação de entidades reguladoras independentes (autoridades administrativas independentes) se pretende assegurar o interesse público do eficiente funcionamento dos mercados, nomeadamente a livre concorrência entre os operadores (públicos e privados, ou só privados) que agora desenvolvem essas atividades económicas privatizadas e a satisfação dos direitos dos utentes dos bens e serviços de interesse económico geral (antigos serviços públicos).” AMORIM, JOÃO PACHECO DE, **Direito Administrativo da Economia**, Volume 1, Coimbra, Almedina, 2014, p. 251.

107 “No que especificamente se refere às entidades reguladoras independentes, reconduzem-se estas à categoria mais ampla das autoridades administrativas independentes. Trata-se de autoridades criadas por lei para prosseguirem interesse inequivocadamente estaduais (por isso são também Administração do Estado), e que em alguns casos nem sequer têm personalidade jurídica própria, dispondo, todavia (reitere-se) de poderes regulatórios muito intensos (normativos, jurisdicionais e administrativos). Mas o exercício de tais funções não está sujeito sequer a poderes de mera orientação ou controlo do governo (o qual, por consequência, não responde por elas perante a Assembleia da República) – o que, não obstante a expressa previsão constitucional da figura (art. 267º, 3 CRP), levanta problemas quanto à respectiva legitimidade democrática, pois não deixam as ditas autoridades de ser braços do poder executivo. O mesmo se diga da exigência de um elevado perfil técnico-científico dos membros dos órgãos diretivos não apenas dessas entidades, mas também das ordens profissionais (nesse último caso, por inerência). Esta exigência, no que às autoridades reguladoras independentes especificamente concerne, contribui para a sua legitimação, por favorecer a aceitação das medidas por elas tomadas pelos respectivos destinatários, compensando em parte o défice de letigimidade democrática que se acaba de assinalar.” AMORIM, JOÃO PACHECO DE, **Direito Administrativo da Economia**, Volume 1, Coimbra, Almedina, 2014, p. 254 e 255.

108 Nestes termos: “Só que a garantia de um mercado livre e concorrencial não é concretizável se uma das partes (o Estado) acumula as funções de agente actuante no mercado e de entidade que detém o poder de estabelecer as regras do jogo. Se o regulador e o gestor de serviços públicos não estão separados, os organismos públicos ou as empresas encarregadas da gestão ficam numa posição de domínio, o que é incompatível com as regras da concorrência. Ao actuar no mercado ao mesmo tempo que dita as suas regras, o Estado pode ser tentado a distorcê-las em seu favor. Por outro lado, as empresas privadas passam a actuar no mesmo sector em que intervém o Estado, mas numa posição de desigualdade. A presença de entidades públicas num mercado em que se pretende garantir uma concorrência real implica que a entidade que dita as regras do mercado não possa ser ao mesmo tempo destinatária das mesmas.” MOREIRA, VITAL ; MAÇAS, MARIA FERNANDA, **Autoridades Reguladoras Independentes, Estudo e Projecto de Lei Quadro**, Coimbra Editora, 2003, p. 11.

109 O termo “regulação” é diferente de “regulamentação”. A “regulamentação” é somente uma das formas de “regulação”. MOREIRA, VITAL ; MAÇAS, MARIA FERNANDA, **Autoridades Reguladoras Independentes, Estudo e Projecto de Lei Quadro**, Coimbra Editora, 2003, p. 16.

110 “A regulação económica pressupõe, por conseguinte e em suma um sistema de economia de mercado e de livre concorrência, cujas falhas de funcionamento aquela pretende prevenir e corrigir, com os objetivos não só de o preservar, mas também e ainda de maximizar a respectiva eficiência.” (...) “Sendo pois a regulação pública (económica) hoje dominante, obviamente, uma forma de intervenção do Estado na economia, ela diferencia-se bem do paradigma antecedente da planificação e do dirigismo estatais, na medida em que (ao invés destes) pressupõe um contexto da economia de mercado e de livre concorrência. Não se demitindo o Estado da prossecução de fins de interesse geral – porquanto garante, através do exercício dos poderes públicos regulatórios, o funcionamento de uma sã e legal concorrência, os direitos dos utentes/consumidores dos bens e serviços de interesse económico geral (através sobretudo das chamadas obrigações de serviço público) e determinados *interesses coletivos* (prevenindo certos riscos próprios da economia de mercado) – enquadra-se o dito exercício de poderes estaduais na lógica própria de um sistema económico baseado na livre formação de preços e na descentralização do processo de decisão económica.” AMORIM, JOÃO PACHECO DE, **Direito Administrativo da Economia**, Volume 1, Coimbra, Almedina, 2014, p. 252 e 253.

ramos empresariais, sejam eles públicos ou privados<sup>111</sup>. Fica materializada a neutralidade<sup>112</sup>, a independência funcional, orgânica e motivacional e a imparcialidade, características responsáveis por manterem as Autoridades Reguladoras<sup>113</sup> dignas de credibilidade e confiança.

Muito se fala a respeito da natureza híbrida que elas possuem ao aplicarem um Direito Administrativo “quase penal”<sup>114</sup> na medida em que dispõem de prerrogativas sancionatórias e transacionais.

---

111 “A regulação pública económica para que (implicitamente) remetem os supracitados normativos constitucionais não é, evidentemente, o conceito amplo de *regulation*, de origem anglo-saxónica, que se identifica com toda a intervenção de poderes públicos nas atividades económica e social, mas antes um conceito de significado estrito, mais próximo (e tomado ainda como referencial a experiência anglo-saxónica) da chamada *administrative regulation*, a cargo das *executive* ou *independent agencies* estadunidenses, na figuração que lhes foi dada pela Administração do Presidente Regan e também no Reino Unido pelo Governo Thatcher nos anos 80 do séc. xx, no sentido, respectivamente, (i) da desregulação (num primeiro momento), da re-regulação (num momento subsequente) e do (ii) *new public management* e do *contracting out* ou contratação externa (aquisições de serviços, concessões, parcerias público privadas).” AMORIM, JOÃO PACHECO DE, **Direito Administrativo da Economia**, Volume 1, Coimbra, Almedina, 2014, p. 252.

112 “No quadro da compreensão da tarefa de regulação como uma função neutral, cumpre destacar diversas especificações. A primeira delas advoga que a regulação é uma função *jurisdicional ou quase jurisdicional*. Neste sentido, as AR limitam-se a interpretar normas jurídicas e a aplicá-las aos casos concretos, não dispondo de discricionariedade nesta tarefa. Esta concepção é influenciada pelo paradigma norte-americano, onde, com efeito, as *independent agencies*, por desempenharem tarefas de *adjudication* (Clarich, 2005:96) – tradicionalmente protagonizada pelos tribunais – e pela independência de que dispunham no exercício dessa tarefa, foram inicialmente conotadas com a função jurisdicional. A autoridade independente que mais se aproxima desta construção é a autoridade da concorrência (Clarich, 2005:85). Numa segunda variante, especula-se que com a desoneração, pelo Estado, da actividade de gestão directa dos serviços de utilidade pública, aquele deixaria de ter uma política para os sectores regulados, isto é, deixaria de predeterminar os fins a prosseguir nestes sectores, limitando-se a garantir o respeito pelas regras de conduta impostas (Giani, 2002:204). A perda da legalidade substancial e do *input* político faz com que as autoridades independentes desempenhem um papel quase arbitral, de compartibilização e maximização dos interesses em jogo, se quisermos, dos interesses de várias categorias de sujeitos que intervêm no mercado. Nenhum destes interesses é titulado pela administração, e daí a ausência de discricionariedade administrativa (Luppi, 1999:149). Por conseguinte, as leis institutivas, quando se referem às atribuições das AR, não lhes estão a atribuir a prossecução de qualquer interesse público, mas sim a apontar os interesses objectivos, cuja utilidade aquelas autoridades deveriam equilibrar e maximizar.” VICENTE, MARTA DE SOUSA NUNES, **A quebra da Legalidade Material na Actividade de Regulação Económica**, 1ª edição, Coimbra Editora, 2012, p. 20 e 21.

113 “Por outro lado, uma razão geral resultante da atual configuração do Estado, a emergir cada vez mais como Estado-garantidor dos serviços públicos (ou dos serviços de interesses geral), em substituição do Estado-prestador (direto) de serviços, recomendava também a adoção de um regime estatutário geral e harmonizador para as entidades que, neste ambiente, emergem como um dos rostos mais visíveis daquele modelo de Estado.”, GONÇALVES, PEDRO COSTA ; MARTINS, LICÍNIO LOPES, Textos de Regulação da Saúde, **Nótulas sobre o novo regime das entidades independentes de regulação da atividade económica**, 2014, p. 10.

114 LOUREIRO, FLÁVIA NOVERSA, **Direito Penal da Concorrência: A tutela da liberdade e a criminalização do cartel**, Coimbra Editora, 2017, p. 220 a 228.

A importância com a qual são vistas as Autoridades Reguladoras emana do poder<sup>115 116</sup> a elas reconhecido para estabelecerem as regras e criarem meios que garantam o seu cumprimento através de processos fiscalizatórios e condenatórios<sup>117</sup>.

Para aqueles que não concordam com a extensão do seu âmbito de atuação, a concessão de um cariz “quase-penal” não seria devido por ainda tratar-se de esfera administrativa com menor previsão de rol de garantias.

Para os defensores do âmbito de atuação das Autoridades Reguladoras, elas são responsáveis por uma maior celeridade na investigação e punição, fator tido como essencial dado ao constante investimento dos infratores em práticas modernas e tecnológicas que permitam a sua atuação “às escondidas” e a constante mudança do perfil dos infratores<sup>118</sup>.

---

115 “(...) é possível detectar a existência de modelos que admitem regulamentos independentes em execução directa de uma atribuição constitucional. Uma posição deste tipo, note-se, é influenciada por uma determinada concepção sobre o funcionamento do poder regulamentar, concretamente, à posição constitucional do governo e ao facto de este estar democraticamente legitimado (Cerri, 1991:4; Afonso Queiró, 1986:740). É assim que se passam as coisas em Espanha, onde o governo, fora das matérias de reserva de lei (material ou formal), goza de poder regulamentar independente directamente fundado no artigo 97º da CE (Parada Vázquez, 2008:64). Aqui, portanto, releva-se desnecessária uma atribuição causuística ou sequer genérica de poder regulamentar pela lei (Irujo, 1991:95; Casado/Ramos, 2008: 105). Na verdade, o artigo 97º da CE, ao mencionar separadamente a função executiva e o poder regulamentar, viabiliza uma compreensão desde último no sentido de que ele não se limita a uma mera tarefa de execução das leis (Casado/Ramos, 2008:105). Paralelamente, é também este o entendimento que vale entre nós para quem considere que o artigo 199º, al. g, da CRP constitui uma habilitação constitucional directa para o exercício de poder regulamentar, favorável ao govrto. (Vieira de Andradre, 2010:127; Sérvulo Correio, 1987). VICENTE, MARTA DE SOUSA NUNES, **A quebra da Legalidade Material na Actividade de Regulação Económica**, 1ª edição, Coimbra Editora, 2012, p. 63.

116 Em comentário ao artigo 199º, al. g, da CRP: “Como órgão de *gestão dos negócios públicos* (cfr. Art. 186º-5) compete ao Governo providenciar pelo **desenvolvimento económico-social** e pela **satisfação das necessidades colectivas do país** (al. g). Naturalmente, cada Governo fá-lo-á de acordo com o respectivo programa, mas todos devem fazê-lo respeitando os limites negativos e positivos da Constituição e por meio de instrumentos e de formas constitucionalmente legítimos (actos políticos, actos legislativos, regulamentares, etc). Deste modo este preceito não pode ser de modo nenhum lido por forma a conferir ao Governo instrumentos específicos de acção (v. g., recurso a regulamentos totalmente independentes da lei) e, muito menos, de modo a conferir qualquer autorização para actuar à margem da Constituição no que respeita aos objectivos da gestão dos negócios públicos. (cfr. nota XXVIII do artigo 112º).” CANOTILHO, JOSÉ JOAQUIM GOMES ; MOREIRA, Vital, **Constituição da República Portuguesa Anotada**, Artigos 108º a 296º, Volume 2, 4ª edição, Coimbra Editora, 2010, p. 489 e 490.

117 “O que leva aos autores a afirmar que a regulação compreende três poderes típicos do Estado: um poder normativo, um poder executivo e um poder parajudicial, que podem coexistir ou não em uma única entidade.” MOREIRA, VITAL ; MAÇÁS, MARIA FERNANDA, **Autoridades Reguladoras Independentes, Estudo e Projecto de Lei Quadro**, Coimbra Editora, 2003, p. 14.

118 LOUREIRO, FLÁVIA NOVERSA, **Direito Penal da Concorrência: A tutela da liberdade e a criminalização do cartel**, Coimbra Editora, 2017, p. 220 a 228.

E, então, nesse cenário, não conceder mecanismos e competências de trabalho àquele que está diariamente no terreno em busca da materialização e da prova da ilicitude acaba, pela morosidade, a tornar o trabalho sem efeito. Por vezes, os agentes infratores são identificados mas, em virtude da demora, sequer fazem mais parte da pessoa jurídica deixando, assim, de sofrer - ainda que de forma indireta - eventuais punições<sup>119</sup>.

Não está a ser dito que o âmbito de independência concedido às Autoridades Reguladoras deva ser absoluto<sup>120 121</sup> pois, caso assim o fosse, poderíamos estar diante de arbitrariedades.

A natureza administrativa concedida às Autoridades Reguladoras deve servir de fundamento para a atuação, prossecução dos seus objetivos e respeito pela sua discricionariedade técnica<sup>122</sup>, salvaguardada a possibilidade de controle jurisdicional dos atos e do orçamento nos termos de determinados pelo texto legal.

---

119 LOUREIRO, FLÁVIA NOVERSA, **Direito Penal da Concorrência: A tutela da liberdade e a criminalização do cartel**, Coimbra Editora, 2017, p. 275.

120 “Alicerçando-se numa teoria que enfatiza que o fundamento do poder regulamentar é, sem excepções, a lei, alguma doutrina portuguesa interpreta o artigo 112º, n. 5, da CRP como contendo um imperativo no sentido de que o exercício de todo e qualquer poder regulamentar seja precedido de uma lei que defina, pelo menos, a competência subjectiva e objectiva para sua emissão. Exige-se, portanto, mesmo para o governo, uma atribuição legal concreta ou causuística de poder regulamentar, ainda que, no caso dos regulamentos independentes, está se “abstenha de explicitar o conteúdo do acto regulamentar” (Canotilho, 2011: 837; A. R. Moniz, 2005: 509).” VICENTE, MARTA DE SOUSA NUNES, **A quebra da Legalidade Material na Actividade de Regulação Económica**, 1ª edição, Coimbra Editora, 2012, p. 64.

121 “Também não tem nenhum sentido invocar como fundamento directo e autónomo de um pretense poder regulamentar independente do Governo a norma do art. 199º/g da Constituição, que lhe confere o poder de praticar todos os actos e tomar todas as providências necessárias à promoção do desenvolvimento económico-social e à satisfação das necessidades colectivas. Primeiro, não pode uma atribuição genérica envolver por si só o exercício de determinada competência ou a utilização de determinados instrumentos ou formas constitucionais; depois, trata-se de uma norma que obviamente não tem virtualidades para conduzir a uma interpretação restritiva ou correctiva do princípio constitucional da precedência de lei. (...) A exigência da primariedade ou precedência de lei imposta pela Constituição veda qualquer operacionalidade à ideia avançada por alguma doutrina no sentido da admissibilidade e desejabilidade de normas regulamentares *per saltum* independentes fundadas directamente na Constituição.” CANOTILHO, JOSÉ JOAQUIM GOMES ; MOREIRA, VITAL, **Constituição da República Portuguesa Anotada**, Artigos 108º a 296º, Volume 2, 4ª edição, Coimbra Editora, 2010, p. 73 e 74.

122 MOREIRA, VITAL ; MAÇÃS, MARIA FERNANDA, **Autoridades Reguladoras Independentes, Estudo e Projecto de Lei Quadro**, Coimbra Editora, 2003, p. 37.

## 5. POR QUE É IMPORTANTE CONTROLAR A CONCORRÊNCIA?

---

O controle da concorrência por uma entidade que tenha independência faz garantir o equilíbrio do mercado tanto sob a ótica dos empresários e prestadores de serviços, colocando-os em um patamar de igualdade para competir, quanto sob a ótica dos cidadãos e consumidores, garantindo o direito de escolha.

O mercado encontra-se cada vez mais agressivo e proativo. Aquele modelo comercial em que o empresário aguardava de forma passiva a manifestação de interesse do consumidor já não existe mais. Hoje em dia o modelo de negócios é motivado por uma postura de “caça” ao cliente visando cercá-lo com incentivos e projetos ligados ao marketing e à economia comportamental destinados a manipulação emocional e psíquica<sup>123</sup> do consumidor<sup>124</sup>.

Nesse contexto, surge a necessidade de um massivo controle da concorrência que proteja o consumidor<sup>125</sup> dessa avalanche de informações e suposições, muitas vezes sedutoras e nada verdadeiras, aproveitadoras da sua vulnerabilidade e fragilidade técnico-informativa<sup>126</sup>. Em outros termos, é necessário proteger o consumidor das consequências advindas da “assimetria de informação”<sup>127</sup>.

O freio a essa motivação de mercado é realizado pela proibição de posturas não concorrenciais de forma a garantir os direitos da peça mais importante de tudo isto: a população. Com a existência do mencionado controle, os empresários passam a precisar investir continuamente nas suas ofertas, principalmente quanto à qualidade e ao acesso do produto ou serviço pelo público-alvo que, assim, exercerá o direito de escolha com base em um cenário verdadeiramente leal.

---

123 SERRANO, LUIS M. MIRANDA, **Los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles. Su caracterización en el Derecho español**, Madrid / Barcelona, Marvail Pons, 2001, p. 13 e seguintes.

124 Entendido em sentido amplo, diverso daquele entendido para o direito do consumo. MARQUES, NUNO CASTRO, **EU citizenship : challenges and opportunities = Cidadania europeia : desafios e oportunidades / coord. Sofia Oliveira Pais**, Porto, Universidade Católica, 2015, p. 407 e 408.

125 LIZ, JORGE PEGADO, RPDC n.º 44 (Dezembro 2005), p. 77: “(...) um consumidor - médio - é uma utopia, ninguém é “médio” e se tal noção pode servir, em casos concretos, nas decisões jurisprudenciais, para resolver conflitos de interesses, avaliar o grau de conhecimento presumido ou presumível, não se pode basear toda uma política de protecção dos consumidores numa ficção”.

126 SILVA, JOÃO CALVÃO DA, **Responsabilidade Civil do Produtor**, Coimbra, Almedina, 1990, p. 75.

127 Quando em uma negociação, uma parte está privilegiada em quantidade ou qualidade de informações.

Vale realçar que uma prática anticoncorrencial, a depender da extensão do desequilíbrio causado no mercado, é capaz de atingir a toda população. Nesse sentido, temos que o controle da concorrência retrata mais que um cumprimento de dever pelo Estado, mas sim o exercício de uma das garantias do interesse público, em proteção do sistema democrático de direito.

Existem, ainda, atos que apesar de não serem capazes de afetar a economia, são considerados como anti concorrenciais e, portanto, serão atacados pelo ordenamento jurídico civil e empresarial e não pela Lei da Concorrência, por estarem fora do seu rol de aplicação.

Determinados comportamentos podem ser abusivos mas não se inserirem nas hipóteses que a lei define como anti concorrenciais, tutelados pela lei da concorrência, tais como os chamados “atos de concorrência desleal”, que também devem ter a sua evolução acompanhada de perto pelas Autoridades competentes, não restando impunes.

Não se trata de uma “caça as bruxas” aqui representada pelos grandes empresários; trata-se de existir um procedimento específico conforme o grau de impacto prejudicial do mercado, a evitar um custo dispendioso ao erário e, ainda, maximizar a eficiência da fiscalização.

Tanto no Direito Europeu quanto no Direito Português, para que seja possível identificar se duas empresas concorrem entre si, o primeiro passo será definir o mercado em que as mesmas estão envolvidas. Vale ressaltar que o mercado é diagnosticado pela natureza do produto e pelo espaço geográfico em que o produto é fornecido.

Defende-se que o mercado geográfico finda no momento em que a homogeneidade das condições de concorrência se esgota e o mercado de produto no momento em que a venda ou distribuição de uma empresa começa a prejudicar a venda/circulação de outra.

A delimitação do mercado geográfico não é tão difícil quanto a do mercado de produto. Para definir o mercado de produto é comumente utilizado o critério denominado “SSNIP” (“*Small but significant non-transitory increase in price*”) capaz de gerar a seguinte conclusão: se o aumento do preço do produto A gerar variação da procura do produto B, então A e B competem no mesmo mercado, sendo determinado o grau de substituíbilidade dos produtos.

Para que seja identificado um resultado fiel e verdadeiramente conclusivo, é imprescindível avaliar se foi salvaguardada a igualdade de condições dos agentes de mercado em termos de comercialização, oferta e participação.

## 6. PROTEÇÃO LEGAL DA CONCORRÊNCIA

---

Os fundamentos económicos sustentam a defesa da concorrência como um estado dinâmico de mercado que estimula as empresas a investirem e a inovarem. De outro lado, os fundamentos políticos e sociais justificam a existência de um quadro legal de proibição e punição de cartéis.

No plano europeu, é comumente apresentado e defendido o impacto fundamental da criação do mercado comum na introdução e desenvolvimento do direito da concorrência nos ordenamentos jurídicos europeus. Porém, deve rememorar-se o trabalho que foi desenvolvido, principalmente entre 1930 e 1950, pelo chamado ordoliberalismo alemão da Escola de Freiburg<sup>128</sup>, que viu na concorrência (e na sua defesa) a forma de evitar o monopólio e o excesso de poder (transferido e permitido).

Com a assinatura do Tratado de Roma (1957) e com o estabelecimento da Comunidade Económica Europeia (CEE) o direito da concorrência ganhou relevância como instrumento de política económica e industrial e de defesa da realização do mercado interno e das liberdades de circulação<sup>129</sup>.

E, então, tornou-se proibido, nos termos do atual artigo 101º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, todo acordo empresarial e/ou decisão de associação de empresa e /ou prática concertada que seja suscetível de afetar o comércio entre os Estados-Membros e que tenha por objetivo ou<sup>130</sup> efeito impedir, restringir<sup>131</sup> ou falsear a concorrência

---

128 MARQUES, NUNO CASTRO, **EU citizenship : challenges and opportunities = Cidadania europeia : desafios e oportunidades / coord. Sofia Oliveira Pais**, Porto, Universidade Católica, 2015, p. 401.

129 MARQUES, NUNO CASTRO ; CABURGUEIRA, MANUEL, **Cartel: quando uma conversa é uma conspiração contra o público**, Infrações económicas e financeiras: estudos de criminologia e direito, Coimbra Editora, 2013, p. 664 e 665.

130 “Ter por objeto ou como efeito significa que não se tratam de requisitos cumulativos, mas sim alternativos. Clarificando melhor o conceito de restrição por objeto, refira-se então que o mesmo deverá resultar do acordo e sem que se afigure necessária a prova da intenção ou vontade das partes em atingir ou produzir uma tal restrição da concorrência. E se um tal objeto restritivo da concorrência for manifesto, o acordo será, pela sua própria natureza, restritivo da concorrência e sem necessidade – mas não afastando a possibilidade de tal ser efetivamente averiguado – de análise dos seus efeitos no mercado ou prejuízo junto dos consumidores. Consequentemente, o fato de, por exemplo, um acordo não produzir efeitos ou não estar a ser (total ou parcialmente) implementado ou seguido pelas partes não afasta o seu caráter lícito porque restritivo da concorrência por objeto, o qual poderá ou deverá ser auferido com consideração das circunstâncias ou do contexto em que se insere o acordo e/ou a sua celebração.” MARQUES, NUNO CASTRO ; CABURGUEIRA, MANUEL, **Cartel: quando uma conversa é uma conspiração contra o público**, Infrações económicas e financeiras: estudos de criminologia e direito, Coimbra Editora, 2013, p. 669 a 671.

131 “Haverá restrição da concorrência quando são eliminadas as incertezas quanto aos comportamentos futuros no mercado dos concorrentes.” MARQUES, NUNO CASTRO; CABURGUEIRA, Manuel, **Cartel: quando uma conversa é uma conspiração contra o público**, Infrações económicas e financeiras: estudos de criminologia e direito Coimbra Editora, 2013, p. 668.



no mercado interno bem como a exploração de uma ou mais empresas, de forma abusiva, também suscetível de afetar o comércio entre os Estados-Membros<sup>132</sup> e seu mercado comum, totalmente ou em parte substancial.

Tamanha é a preocupação da legislação em garantir uma posição igualitária das empresas junto ao mercado que foram inseridos na legislação os termos : “suscetíveis de afetar” e “objetivo ou efeito”, tornando ampla a hipótese de um fato concreto ser tipificado como prática anticoncorrencial, seja pelo seu objeto, seja pelo seu efeito<sup>133</sup>, não sendo responsabilidade do Estado provar a intenção das partes em restringir a concorrência ou a efetiva ocorrência de efeitos anti concorrenciais<sup>134</sup>. Pelo contrário, caberá aos envolvidos provarem que a prática não influenciou – de qualquer forma – o comportamento do mercado.

No Direito Português<sup>135</sup>, a defesa da concorrência tem por princípio o artigo 80º, alínea c), da Constituição da República Portuguesa<sup>136</sup>: “liberdade de iniciativa e de organização empresarial”, sendo *incumbência prioritária do Estado*, nos termos do artigo 81º, alínea f), do

---

132 (“...”) de acordo com a Comunicação da Comissão, o conceito de “comércio” abrange “toda a atividade económica transfronteiriça”, não se limitando a troca de bens e serviços.” MARQUES, NUNO CASTRO ; CABURGUEIRA, MANUEL, **Cartel: quando uma conversa é uma conspiração contra o público**, Infrações económicas e financeiras: estudos de criminologia e direito, Coimbra Editora, 2013 p. 672.

133 LOUREIRO, FLÁVIA NOVERSA, **Direito Penal da Concorrência: A tutela da liberdade e a criminalização do cartel**, Infrações económicas e financeiras: estudos de criminologia e direito Coimbra Editora, 2017, p. 294 e 295.

134 “A comissão não tem (...) que provar a intenção das partes de restringirem a concorrência ou os efeitos anti concorrenciais do acordo. (...) Por conseguinte, um acordo pode infringir o artigo 81º n. 1, CE ou o artigo 2º do Regulamento n. 1017/68, mesmo que os seus termos não tenham, na prática, sido respeitados (...)”, Cfr. Acórdão do TPI de 19 de Março de 2003, CMA e.o. c. Comissão, proc. 213/00, considerando 183.

135 MARQUES, NUNO CASTRO, **EU citizenship : challenges and opportunities = Cidadania europeia : desafios e oportunidades / coord. Sofia Oliveira Pais**, Porto, Universidade Católica, 2015, p. 404.

136 Em menção ao Direito Português “O estudo da origem histórica do princípio da unidade da Administração levou-se à temática da soberania no contexto da teoria do Estado, compreendendo-se que mesmo hoje o Estado – ainda basicamente herdeiro a nível interno do modelo conceptual de Jean Bodin – continue a encontrar no princípio da indivisibilidade da soberania e no carácter unitário da sua forma os primeiros fundamentos da unidade da Administração. Afirmando a natureza soberana da República (CRP, artigo 1º) e reconhecendo como características da soberania a unidade e a indivisibilidade (CRP, artigo 3º, n. 1º), a Constituição de 1976 relaciona a soberania na ordem jurídica interna com o princípio de constitucionalidade e o princípio da unidade do Estado. (...) O carácter unitário e indivisível da soberania está configurado pela Constituição em estreita conexão com o próprio princípio da constitucionalidade (CRP, artigo 3º, n. 1º), seja pela expressão da supremacia do Estado-colectividade na titulariedade exclusiva de poderes constituintes, seja pela subordinação normativa do direito infra-estadual ao direito do Estado e aos mecanismos estaduais de controlo jurisdicional da sua validade e eficácia. Em boa verdade, tal como não existe autonomia administrativa fora da legalidade, pode dizer-se que não há autonomia fora da Constituição, contra a Constituição ou sobre a Constituição. A constituição traduz, por conseguinte, o principal instrumento jurídico de expressão da unidade e indivisibilidade da soberania do Estado, incluindo a unidade da ideia de Direito subjacente ao respectivo sistema jurídico, servindo de padrão de conformidade e de uniformidade do direito regulador da actividade de toda a Administração, envolvendo um consequente reforço da unidade de acção administrativa por parte do Estado. (...) Neste sentido, a concentração de poderes de fiscalização por parte do Governo sobre a Administração directa, indirecta e autónoma do Estado (CRP, artigo 202º, alínea d), pressuposto ou consequência da sua responsabilidade política, constitui instrumento de reforço da unidade da Administração.” OTERO, PAULO, **O poder de substituição em Direito Administrativo, Enquadramento Dogmático-Constitucional**, Volume 2, Dissertação de Doutoramento, Lex, Lisboa, 1995, p. 754.

mesmo ordenamento, “assegurar o funcionamento eficiente dos mercados, de modo a garantir a equilibrada concorrência entre as empresas, a contrariar as formas de organização monopolistas e a reprimir os abusos de posição dominante e outras práticas lesivas do interesse geral”.<sup>137</sup>

Após a Constituição Portuguesa (1976) surgem diplomas que visam zelar pela concorrência em cumprimento do texto constitucional como, por exemplo, em 1983 (DL 422/83, de 3 de dezembro, com disposições relativas à defesa da concorrência no mercado nacional), meio ao momento preparatório do encontro de Portugal com a Comunidade Económica Europeia (CEE).

Desse primeiro termo passam-se a outros aprimoramentos até que então fosse alcançada a lei atual (Lei 19/2012, de 8 de maio), que visa combater os atos contrários a uma livre e justa concorrência, cuja redação acompanha o Tratado de Funcionamento da União Europeia, exceto quanto ao âmbito de aplicação, substituindo-se “mercado intracomunitário” por “mercado interno”.

Assim sendo, tanto no ordenamento comunitário quanto no ordenamento português “sempre que estejam preenchidos os requisitos para se subsumir determinados comportamentos de empresas à(s) norma(s) que proíbe(m) os acordos entre empresas, e esses comportamentos sejam praticados entre empresas concorrentes e respeitem à fixação de preços, à atribuição de quotas de produção ou de venda, à repartição de mercados, à restrição das importações ou exportações, a *bid rigging*<sup>138</sup> ou à ações anti concorrenciais contra outros concorrentes, estaremos perante um cartel a punir.”<sup>139</sup>

“Não somente pela sua não racionalidade ou justificação económica, pelos custos sociais desacompanhados da produção de qualquer benefício para a sociedade, mas sobretudo pelo fato

---

137 “Sublinha, pois, a Lei fundamental a centralidade da figura do mercado bem como a importância da concorrência para o seu funcionamento adequado e eficiente, considerando-a mesmo, mais adiante, como objetivo da política comercial. De facto, no art.º 99, a CRP insiste na necessidade de assegurar uma concorrência salutar entre os agentes mercantis (logo na al. a) do preceito), reforçando igualmente (na al. c) do mesmo artigo, a importância do combate as atividades especulativas e as práticas comerciais restritivas. Assim, parece claro que, apesar do sistema económico misto que a nossa Constituição consagra, onde convivem em paralelo a livre iniciativa privada, a intervenção/conformação do Estado e a proteção dos trabalhadores, a concorrência surge nitidamente como fator essencial para a existência e manutenção do mercado, que deve, por isso, a ser assegurado pelo Estado no sentido de garantir o interesse geral.” LOUREIRO, FLÁVIA NOVERSA, **Direito Penal da Concorrência: A tutela da liberdade e a criminalização do cartel**, Coimbra Editora, 2017, p. 259.

138 Acordos empresariais em âmbito de participação em concurso público, a frustrar toda a transparência e eficiência que se espera com o decorrer desse procedimento de contratação.

139 MARQUES, NUNO CASTRO; CABURGUEIRA, MANUEL, **Cartel: quando uma conversa é uma conspiração contra o público**, Infrações económicas e financeiras: estudos de criminologia e direito, Coimbra Editora, 2013, p. 666.

de a Liberdade dos seus membros não poder, em nenhum momento, impor-se à Liberdade de todos e de cada um dos membros da sociedade, justifica-se que os cartéis continuem, justamente, a ser qualificados como infrações *per se*.<sup>140</sup>

---

140 Castro Marques, Nuno; CABURGUEIRA, Manuel, **Cartel: quando uma conversa é uma conspiração contra o público**, Infrações económicas e financeiras: estudos de criminologia e direito, Coimbra Editora, 2013, p. 674.

## 7. CARTÉIS

---

Defendem Nuno Castro Marques e Manuel Caburgueira: “O direito da concorrência, por regra e no que respeita a comportamentos bilaterais ou multilaterais, preocupa-se e intervém naqueles consensos entre empresas que limitem ou sejam de natureza a limitar as suas liberdades comerciais pela determinação das suas linhas de acção ou abstenção e da sua acção mútua no mercado (...) Ao falarmos de cartel estamos, porém, a visar aquela específica área dos acordos ou práticas entre empresas concorrentes que visam coordenar o seu comportamento concorrencial no mercado e/ou influenciar os parâmetros relevantes da concorrência através de práticas como a fixação de preços de aquisição ou de venda ou outras condições de transação, a atribuição de quotas de produção de vendas, a repartição de mercados, incluindo a concertação em leilões e concursos públicos, a restrição das importações ou exportações e/ou acções anticoncorrenciais contra outros concorrentes, e que são consideradas como estando entre as infrações *antitrust* mais graves (*hard core cartels*).”<sup>141</sup>

Não está a ser dito que todo acordo entre empresas será necessariamente anticoncorrencial. No entanto, quando uma destas, seja no acordo horizontal (entre concorrentes), seja no vertical (entre uma cadeia de fornecedores e parceiros), for uma empresa dominante, poderá tornar-se em anticoncorrencial em virtude da representatividade perante o mercado.

Inclusive, por vezes o acordo é tecnicamente vertical mas, pela extensão de seus efeitos, torna-se mais prejudicial à sociedade que os chamados acordos horizontais, resultando em restrição do acesso da população à linha de produção e de fornecimento dos produtos<sup>142</sup> bem como o exercício do direito de escolha<sup>143</sup>.

No direito português, no momento em que o acordo atinge o patamar mínimo de punibilidade estabelecido pela lei (“*regra de minimis*”), será considerado como um ato punível

---

141 CASTRO MARQUES, NUNO ; CABURGUEIRA, MANUEL, Cartel: quando uma conversa é uma conspiração contra o público, *Infrações económicas e financeiras: estudos de criminologia e direito*, Coimbra Editora, p. 656.

142 Os mencionados acordos podem ter inúmeros objetivos, tais como: o deslocamento geográfico de consumidores, a alteração do seu padrão de consumo, entre outros muitos mais sensíveis.

143 Em comentário dos autores feito com base no Acórdão do TJUE, Tepea, 20 de junho de 1978, proc. 28/77, Col. 1978, p. 1381: “A irrelevância da forma que podem assumir os acordos era explicitamente mencionada no n. 1 do artigo 4º da Lei 18/2003, tendo porém deixado de constar do atual n. 1 do artigo 9º da Ldc a expressão “qualquer que seja a forma que revistam”. Tal alteração é, porém, totalmente irrelevante, quer pela conjugação dos conceitos acordo/prática concertada, quer pela jurisprudência (europeia e nacional) assente no que respeita à irrelevância da forma do acordo”, CASTRO MARQUES, NUNO CASTRO ; CABURGUEIRA, MANUEL, **Cartel: quando uma conversa é uma conspiração contra o público**, *Infrações económicas e financeiras: estudos de criminologia e direito*, Coimbra Editora, 2013, p. 667.

pela Lei da Concorrência. No direito europeu, por exemplo, o acordo entre empresas será punível pelas regras da concorrência quando represente impacto de dez ou quinze por cento no mercado financeiro, consoante se tratar de um acordo horizontal ou um acordo vertical<sup>144</sup>.

O acordo de menor importância acaba por beneficiar de uma isenção genérica, sendo acompanhado pela autoridade competente mas não punido e proibido por esta; em outras palavras, torna-se alvo de um trabalho de constante monitoramento.

Quando estamos a pensar em um ordenamento nacional, ficam solucionadas questões que podem vir a surgir quanto à viabilidade legal ou não dos acordos entre empresas. Mas como será no Direito Europeu, que acaba por envolver um mercado imensamente mais amplo e ordenamentos jurídicos distintos?

No Direito Europeu, o artigo 101º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia menciona que o acordo será ilícito “(...) na medida em que tal seja suscetível de afetar o comércio entre os Estados-Membros (...)”. O termo “comércio” no contexto europeu deve ser tratado de forma ampla, a englobar toda atividade econômica que cause impacto nas atividades transfronteiriças e que envolva, no mínimo, dois Estados Membros. Nesse caso, a aplicação do critério da afetação do comércio será independente da definição dos mercados geográficos relevantes.

Vale ressaltar que o conceito de “empresa” está atrelado a ser “detentor de uma modalidade de modelo econômico”, independente do modelo formal com o qual se apresente à sociedade. Em entendimento contrário, não será considerada como empresa, por exemplo, aquela que exerce atividade social/assistencial, sem traduzir em atividade econômica.

Não se exige, para os fins de conceituação de empresa, qualquer tipo específico de estatuto jurídico ou modo de financiamento. O essencial para fins desta conceituação é a existência, no coração e na saúde vital da sua atividade, de um modelo econômico empresarial.

---

144 LOUREIRO, FLÁVIA NOVERSA, **Direito Penal da Concorrência: A tutela da liberdade e a criminalização do cartel**, Coimbra Editora, 2017, p. 306 a 309.

## 7.1 IMPACTOS NO BEM-ESTAR SOCIAL

A certeza do domínio ou grande influência no mercado acaba por causar um certo descompromisso e falta de preocupação dos empresários, tendo em vista a pressão comercial parecer mais amena. E, assim, estes deixam de investir na melhoria contínua de seus produtos e serviços, causando impacto direto no que é colocado a disposição da sociedade. Tal postura traz reflexos ao importante investimento em inovação e tecnologias, focadas na melhoria e evolução, causando um dano social considerável.

Com a evolução da história tem-se que, cada vez mais, a concorrência é um princípio político fundamental assim como ocorre com o entendido por Cidadania<sup>145</sup>. Nesse contexto reside o comprometimento em manter o equilíbrio e a saúde de um mercado competitivo e realmente justo.”<sup>146</sup>

Nuno Castro Marques e Manuel Caburgueira defendem que “O cartel é, do ponto de vista económico, um comportamento em que, não somente se identifica um qualquer benefício – a não ser o egoístico dos membros do cartel – para a sociedade que o pudesse minimamente justificar, como o grau de conspiração contra o público que o mesmo envolve é, em regra elevado, sofisticado, e revelador de elevada insensibilidade face aos custos sociais por si produzidos.”<sup>147</sup>

---

145 MARQUES, NUNO CASTRO, **EU citizenship : challenges and opportunities = Cidadania europeia : desafios e oportunidades / coord. Sofia Oliveira Pais**, Porto, Universidade Católica, 2015, p. 397.

146 “(...) porque é da dialética com a cidadania que cuidamos, impõe-se assim tal clarificação, e é no campo estritamente jurídico-político que lançamos a discussão sobre se a cidadania não será com “C” até agora considerado para uma verdadeira trilogia: concorrência, consumidor e cidadania.” MARQUES, NUNO CASTRO, **EU citizenship : challenges and opportunities = Cidadania europeia : desafios e oportunidades / coord. Sofia Oliveira Pais**, Porto, Universidade Católica, 2015, p. 398.

147 MARQUES, NUNO CASTRO ; CABURGUEIRA, Manuel, **Cartel: quando uma conversa é uma conspiração contra o público**, 2013, Coimbra Editora, p. 674.

## 8. CARTÉIS TÁCITOS

---

Os cartéis tácitos preocupam as Autoridades da Concorrência na medida em que contam com o silêncio dos envolvidos e, muitas vezes, com uma estrutura detalhadamente arquitetada e projetada para que os acordos nunca sejam descobertos. Normalmente os acordos são formalizados pela troca – direta ou indireta – de informações comerciais, sensíveis e proibidas, com o objetivo de manipulação da concorrência.

Esse tipo de cartel está espalhado por diversas áreas industriais, sendo capaz de atingir áreas e grupos de consumidores diversificados<sup>148</sup>. A possibilidade da extensão de danos à sociedade é incalculável a medida em que coloca o cidadão em posição de vulnerabilidade, com deficiência de informação e envolvido em um mercado falsamente competitivo.

### 8.1 DIFICULDADE NA IDENTIFICAÇÃO E FISCALIZAÇÃO

Para a configuração de um cartel tácito não resta suficiente ser identificada qualquer troca de informações pelos empresários. É necessário que se tenha certeza ou grande desconfiança, apurada em procedimento próprio, de que o comportamento dos envolvidos não seja uma infeliz coincidência.

Segundo Flávia Novero Loureiro “(os) comportamentos anti concorrenciais não são, por isso, na maioria das vezes, conhecidos sequer do grande público, que confia no funcionamento e regulação do sistema e não consegue configurar nem as condutas violadoras que possam suceder nem os seus efeitos.”<sup>149</sup>

De um modo geral, se estivermos diante de (i) um concurso de vontades entre os envolvidos, que tenha por intenção ou resultado, impedir/restringir/falsear, de forma sensível, a concorrência; (ii) existência denexo causal entre o ato e o fato e, por fim (iii) da influência dessa vontade perante o todo ou parte do mercado nacional ou, se for o caso, do mercado intracomunitário, estaremos a olhar para uma prática anti concorrencial.

---

148 “The most frequently represented industry in Levenstein and Suslow (2004) was chemical, with thirteen cartels. But the sample also includes seven transportation cartels, four steel, three graphite and carbon, two each in plastics and papers, and several in services.” LEVENSTEIN, MARGARETH ; SUSLOW, VALERIE, **What Determines Cartel Success?**, Journal Of Economic Literature, Volume XLIV (march 2006), p. 57.

149 LOUREIRO, FLÁVIA NOVERSA, **Direito Penal da Concorrência: A tutela da liberdade e a criminalização do cartel**, Coimbra Editora, 2017, p. 211.

O acordo precisa corresponder a existência de uma estratégia de benefício mútuo dos envolvidos ou um mecanismo internamente estabelecido de forma a evitar, identificar e punir os possíveis desvios ao objetivo comum do grupo<sup>150</sup>. Uma forma de identificar se estamos diante de um ato anticoncorrencial é pensar como seria o comportamento do mercado se aquela prática não tivesse ocorrido<sup>151</sup>.

Como muito bem explicado por Nuno Castro Marques e Manuel Caburgueira: “(v)erifica-se um acordo entre empresas logo que as partes atinjam um consenso sobre um projeto que limite ou seja de natureza a limitar as suas liberdades comerciais pela determinação das suas linhas de ação ou de abstenção e da sua ação mútua no mercado, sendo a noção de acordo ampla, que abarca convenção pelas quais duas ou mais empresas organizam os seus comportamentos no mercado. Seja através de um contrato propriamente dito ou de uma maneira simplesmente verbal. Assim, as suas formas – as das convenções – são indiferentes. Dessa forma, a proibição aplicar-se-á também aos acordos verbais e independentemente da qualificação que as empresas partes tenham acordado. Daqui decorrendo implicações, designadamente, para os denominados *gentlemen’s agreement*.

Por outro lado, e em sentido amplo, um acordo poderá surgir sob a forma de uma prática concertada. Esta é uma figura presente nos casos em que não há uma convenção propriamente dita, aplicando-se a todas as formas de cooperação informal entre empresas. A definição de prática concertada, surge como uma forma de coordenação entre as empresas que, não tendo chegado ao ponto em que um acordo propriamente dito, tivesse sido concluído, conscientemente substituem os riscos da concorrência pela cooperação prática entre elas.

A prática concertada não supõe, portanto, uma manifestação de vontade claramente exprimida, mas simplesmente uma coordenação de facto das estratégias comerciais, podendo a mesma ser concluída, com base da existência de contactos, diretos ou indiretos e mesmo sem a elaboração de qualquer plano e quando, esses contatos tenham por objeto ou como efeito, impedir, restringir ou falsear, de forma sensível, a concorrência.”<sup>152</sup>

---

150 ODUDU, OKEOGHENE, “**Hub and Spoke collusion**” in Handbook on European Competition Law, 2013, chapter 6, p. 242.

151 LOUREIRO, FLÁVIA NOVERSA, **Direito Penal da Concorrência: A tutela da liberdade e a criminalização do cartel**, Coimbra Editora, 2017, p. 289.

152 Como também salientado por MARQUES, NUNO CASTRO; CABURGUEIRA, MANUEL, **Cartel: quando uma conversa é uma conspiração contra o público**, Infrações económicas e financeiras: estudos de criminologia e direito, Coimbra Editora, 2013, p. 667 e 668.



A prática existe com o cunho de diminuir as incertezas<sup>153</sup> de um mercado livremente competitivo, com redução dos riscos inerentes a uma livre e justa concorrência<sup>154</sup>.

As Autoridades Reguladoras precisam averiguar se esses elementos encontram-se presentes<sup>155</sup> sob pena de qualquer conversa protagonizada por dois empresários ser entendida como conluio e não como uma lícita “adequação inteligente de mercado”<sup>156</sup>. É claro que normalmente há algum fundo comercial nesse tipo de situação mas estamos a tratar de atos que são puníveis pela legislação concorrencial e, portanto, necessitam de uma maior inspeção e averiguação, por mais sensível e delicada que essa precaução possa, de facto, ser.

“Seguramente não se proíbem encontros entre dois agentes económicos, no exercício das suas liberdades individuais e económicas, nem tampouco um qualquer comportamento comercial de um agente económico com dada dimensão no mercado pelo simples facto de o haver decidido implementar. Proíbem-se, sim, aqueles comportamentos aptos a prejudicar a integridade do processo concorrencial ou, na letra do TFUE e da Lei da Concorrência, a impedir, falsear ou restringir de forma sensível a concorrência. Ou seja, defende-se o processo concorrencial.”<sup>157</sup>

---

153 ODUDU, OKEOGHENE, **Hub and Spoke collusion** in Handbook on European Competition Law, 2013, chapter 6, p. 251.

154 ODUDU, OKEOGHENE, **Hub and Spoke collusion** in Handbook on European Competition Law, 2013, chapter 6, p. 253.

155 “*This developed jurisprudence is applied in the Office of Fair Trading’s Dairy investigation, as reviewed by the Competition Appeal Tribunal. It thus seem settles that prohibited indirect information exchange is a two-phase phenomenon, with each phase having two elements. In the first phase, the A-B phase, there is (1) a direct exchange of commercially sensitive information between A and B and (2) the commercially sensitive information directly exchanged is intended to be disclosed to one or more of A’s competitors. In the second phase, the B-C phase, (3) B discloses of A’s commercially sensitive information in discussions with C and (4) C, confident that the information is credible, relies on the disclosed information. This test must be mapped onto Article 101(1) TFUE, as the legality of the conduct cannot be properly understood or analysed without an explanation of how that conduct satisfies the legal conditions for prohibition. The following analysis thus proceeds on the basis that elements 1 and 3 are used to establish agreement or concerted practise, whilst elements 2 and 4 are used to establish a restriction of competition using the object approach.*” ODUDU, OKEOGHENE, **Hub and Spoke collusion** in Handbook on European Competition Law, 2013, chapter 6, p. 246.

156 Como também salientado por MARQUES, NUNO CASTRO ; CABURGUEIRA , MANUEL, **Cartel: quando uma conversa é uma conspiração contra o público**, Infrações económicas e financeiras: estudos de criminologia e direito, Coimbra Editora, 2013, p. 663.

157 MARQUES, NUNO CASTRO, **EU citizenship : challenges and opportunities = Cidadania europeia : desafios e oportunidades / coord. Sofia Oliveira Pais**, Porto, Universidade Católica, 2015, p. 400.

Na passagem a seguir, resta muito bem esclarecida a diferença entre uma mera adequação legítima de mercado e um verdadeiro conluio anti concorrencial : “Se a liberdade e a Justiça obviamente impedem a proibição *per se* de reuniões entre representantes de empresas, não é menos verdade que da Liberdade e da Justiça igualmente se extrai, com superior vigor, um impedimento a que dessas reuniões resultem limitações a Liberdade e aos direitos de outras pessoas e agentes.”<sup>158 159</sup>

Como a identificação desse tipo de cartel é árdua e complexa, por vezes acaba por ocorrer quando a sua existência está em idade e efeitos avançados, muito danosos à sociedade e ao bem-estar social.

A cada momento surge uma versão aprimorada de tipos acordo e repasse de informação comercial que acaba por dificultar a identificação, o tratamento e o controle por parte das Autoridades Reguladoras. Com isso, o Estado acaba por precisar investir continuamente em técnicas de alta performance e máxima precisão o que, por consequência, está associado a um custo para a sociedade, ou seja, a manipulação do mercado só traz prejuízos aos consumidores e à defesa da Democracia. É uma verdadeira conspiração<sup>160</sup>.

## 8.2 PERFIL DOS INFRATORES

É de considerar que o ser humano possui, em seu íntimo, a necessidade de sentir-se economicamente satisfeito e assim ser reconhecido pela sociedade e que esse facto acaba por criar um cenário propício aos desvios da concorrência<sup>161</sup>.

---

158 MARQUES, NUNO CASTRO ; CABURGUEIRA , MANUEL, **Cartel: quando uma conversa é uma conspiração contra o público**, Infrações económicas e financeiras: estudos de criminologia e direito , Coimbra Editora, 2013, p. 674.

159 “*Since there are many legitimate reasons why A may disclose commercially sensitive information to its trading partner, B, the anticompetitive purpose is required to be established more explicitly than in direct information exchange. That is, in the first phase of indirect information exchange there is a strong presumption of legality and it is for the complainant to demonstrate the absence of a legitimate justification. It is difficult to infer anti-competitive intent if it not possible to describe an alternative means of A and B achieving legitimate transactions that does not involve disclosing the information. An intention that B disclose information is inferred when the information provided does not relate to goods or services supplied by the particular trading partner. Similarly, it is difficult to infer anti-competitive intent if A takes measures to ensure that B does not disclose information.*” ODUDU, OKEOGHENE, **Hub and Spoke collusion** in Handbook on European Competition Law, 2013, chapter 6, p. 249.

160 MARQUES, NUNO CASTRO; CABURGUEIRA, MANUEL, **Cartel: quando uma conversa é uma conspiração contra o público**, Infrações económicas e financeiras: estudos de criminologia e direito , Coimbra Editora, 2013, p.664.

161 LOUREIRO, FLÁVIA NOVERSA, **Direito Penal da Concorrência: A tutela da liberdade e a criminalização do cartel**, Coimbra Editora, 2017, p. 227 e 228.

Há aquele infrator que o faz meramente por poder, outros por dinheiro, outros por competição e outros por realização pessoal. Existem os que nitidamente aparentam estarem envolvidos e, ainda, os que nem mesmo o investigador mais brilhante e experiente seria capaz de identificar. Não há um perfil pré determinado.

Temos, ainda, que os crimes económicos são, de certa forma, encarados pela sociedade como menos graves<sup>162</sup> quando limitado o olhar para o ato em si e não pela possibilidade da extensão das suas consequências<sup>163</sup>. Nesse cenário, é preciso uma maior conscientização social, política e, inclusive, jurisdicional a respeito do tema.

No mais, temos o facto de que, no âmbito do Direito Administrativo, as penalidades flutuam entre punições financeiras e demais restrições administrativas (muitas vezes) limitadas à pessoa jurídica infratora e não direcionadas aos seus agentes, pessoas singulares, verdadeiros autores. Em relação ao Direito Português, é bem verdade que o Estatuto do Gestor Público expressamente, aproxima o gestor público à figura do administrador das empresas privadas, responsabilizando-o penal, civil e financeiramente pelos actos e omissões que venham a ser praticados no decurso de sua gestão. O referido estatuto determina, ainda, como fundamento da boa prática de um governo empresarial e transparente, o respeito pela concorrência e pelos agentes do mercado. Contudo, na realidade diária, a sua aplicabilidade ainda tem sido escassa.

A questão problemática é que, caso a penalidade atinja somente a pessoa jurídica, acaba por não usufruir da sua máxima efetividade. Flávia Novero Loureiro menciona em sua obra que a prisão/restricção a liberdade, de fato, é o mecanismo de punibilidade que mais torna eficaz a percepção do ilícito pelo infrator<sup>164</sup>, utilizando o mecanismo de individualização da responsabilidade como forma de estímulo à cooperação com as Autoridades<sup>165</sup>. E também cita a proibição do exercício de profissões ou funções como uma das sanções de mais poder de dissuasão, já que não atinge somente o patrimônio como ocorre na aplicação de coimas, mas sim, uma limitação ao poder de escolha do indivíduo.<sup>166</sup>

---

162 LOUREIRO, FLÁVIA NOVERSA, **Direito Penal da Concorrência: A tutela da liberdade e a criminalização do cartel**, Coimbra Editora, 2017, p. 212.

163 Essa forma de ver os crimes económicos, como menos lesivos, também ocorre entre os magistrados, o que dificulta a atuação da prevenção e repreensão contra as práticas anticoncorrenciais. LOUREIRO, FLÁVIA NOVERSA, **Direito Penal da Concorrência: A tutela da liberdade e a criminalização do cartel**, Coimbra Editora, 2017, p. 314 a 316.

164 LOUREIRO, FLÁVIA NOVERSA, **Direito Penal da Concorrência: A tutela da liberdade e a criminalização do cartel**, Coimbra Editora, 2017, p. 223 e 224.

165 LOUREIRO, FLÁVIA NOVERSA, **Direito Penal da Concorrência: A tutela da liberdade e a criminalização do cartel**, Coimbra Editora, 2017, p. 276 e 277.

166 LOUREIRO, FLÁVIA NOVERSA, **Direito Penal da Concorrência: A tutela da liberdade e a criminalização do cartel**, Coimbra Editora, 2017, p. 281 e 282.

Flavia Norverso Loureiro discorre a respeito das penalidades em ações de responsabilidade civil, com inspiração no modelo americano, nas quais os infratores são condenados a valores indenizatórios que correspondam a múltiplos dos danos causados visando não só repararem o prejuízo causado mas também atuarem como uma forma de dissuasão à não repetição do ilícito<sup>167</sup>. Em contrapartida, a referida autora defende que tal medida continuaria a resultar no mesmo problema – balança de vantagens e desvantagens – bem como continuaria a ser aplicada a sanção à empresa e não ao indivíduo; sem contar o risco de quebra da economia, considerando que a multa poderia causar a falência da atividade empresarial, com a conseqüente extinção de postos de trabalhos, arrecadação de impostos e outras implicações não desejadas pelo Estado.

É preciso ter em mente que o infrator (empresário ou até gestor público<sup>168</sup>) quer evitar o estigma penal seja tendo de desassociar-se das práticas (não quanto aos seus resultados financeiros mas sim quanto a sua punibilidade vexatória ou limitatória do poder de escolha), seja envolvendo seus funcionários ou colaboradores para que estejam na linha de frente de uma possível identificação pelas Autoridades competentes. E, então, é com base nesse cenário emocional e pessoal que deveriam surgir as novas formas de punição.

---

167 LOUREIRO, FLÁVIA NOVERSO, **Direito Penal da Concorrência: A tutela da liberdade e a criminalização do cartel**, Coimbra Editora, 2017, p. 282 e 283.

168 Estatuto do Gestor Público: DL. 71/2007, de 27 de março.

### 8.3 “HUB AND SPOKE”

Um dos tipos de cartéis tácitos que ultimamente tem registrado um maior crescimento é o chamado “Hub and Spoke”<sup>169</sup>, no qual encontram-se presentes entidades que funcionam como conectores com o objetivo de troca indireta de informações, através de um intermediador, para influenciar o mercado. Trata-se de um modelo tecnicamente aprimorado, de difícil identificação por parte das Autoridades Reguladoras pela possibilidade dos envolvidos dissiparem a atuação e manipularem a informação trocada.

A identificação desse tipo de ilícito requer uma atuação técnica impecável que consiga demonstrar a ocorrência real do partilhamento de informação sensível - não conhecida publicamente/de domínio público - e em circunstâncias que demonstrem a confiabilidade da transmissora da informação (“Spoke”) quanto ao fato de que a recebedora da informação (“Hub”) transmitiria o seu conteúdo para terceiros, influenciando, assim, o mercado.

É também necessário demonstrar que a recebedora da informação (“Hub”) efetivamente transmitiu o seu conhecimento a terceiros; que estes terceiros levaram a referida informação em conta para fins das suas tomadas decisões e que a notícia tenha sido devolvida para a empresa “Hub” em conclusão do ciclo.

---

169 (...)A principal característica do cartel Hub and Spoke consubstancia-se na circunstância de o acordo ou a troca de informação subjacente à prática concertada entre empresas concorrentes (Spoke) ser feito de forma indirecta ou seja, através de outra empresa que serve de “base” (Hub). A empresa que serve de “base” poderá actuar no mesmo mercado mas noutra nível da cadeia de produção/distribuição<sup>39</sup> ou poderá nem actuar no mesmo mercado de todo<sup>40</sup>, sendo, de todo o modo, a troca de informação entre concorrentes através de outrem desde já proibida Exemplifiquemos: Empresa A (Spoke) troca informação comercialmente sensível/transmite a estratégia comercial que tenciona adoptar no futuro à empresa B (Hub) “em circunstâncias que levaram [A] a crer que [B] usará essa informação para influenciar as condições de mercado, passando a [referida] informação a outros [concorrentes]”. B, por sua vez, transmite a referida informação à empresa C (Spoke) em circunstâncias análogas. Com efeito, as circunstâncias em que a informação é transmitida de B para C têm de ser equivalentes às condições de transmissão de informação entre A e B, porque senão C tomaria a informação transmitida como mero rumor, especulação ou opinião de B, quando na realidade é informação comercial sensível e credível. As referidas circunstâncias poderão incluir, por exemplo, a prova de que C tinha meios de averiguar a credibilidade e confiabilidade da informação transmitida. Em seguida C poderá, exactamente nas mesmas circunstâncias aplicáveis a A: transmitir a B a estratégia que tenciona adoptar em consonância com a estratégia de A; não dizer nada a B ou; mesmo recusar-se formalmente perante B a entrar no cartel, mas se adoptar um comportamento que esteja em consonância com a estratégia de A e não reportar a situação às autoridades competentes ou se distanciar publicamente do acordo, estará a fazer parte do cartel, ainda que fique provado que o comportamento adoptado por C corresponde ao comportamento adequado às condições normais de mercado. Consequentemente, podemos afirmar que cartel Hub and Spoke tem como vantagem para os seus participantes a dificuldade de detecção por parte das autoridades competentes, na medida em que, enquanto que empresas concorrentes trocaram informação sensível entre si não é visto, por regra, como prática usual no âmbito do negócio e, como tal, é classificado quase automaticamente como um cartel, já assim não é se a referida informação for trocada entre uma empresa e o seu fornecedor/distribuidor ou com outra empresa que não seja sua concorrente.” BARREIRA, MARIANA ESTEVES, **Cartéis Hub And Spoke: Horizontal Ou Vertical?**, Dissertação de Mestrado, Escola de Lisboa da Universidade Católica Portuguesa, 2017, p. 13 e 14.

Vale ressaltar que a informação recebida realmente precisa ter sido usada pela parte recebedora do conteúdo (“HUB”) que terá tido a oportunidade de, em tempo, diagnosticar a sua credibilidade e entender se retrata apenas um rumor do mercado, uma especulação sem fundamento ou até mesmo uma mentira<sup>170</sup>, deixando de usá-la como base para a sua tomada de decisões, não concluindo, assim, o ciclo de vida desse tipo de cartel.

Explica Okeoghene Odudu<sup>171</sup> que, no entendimento do Tribunal de Justiça da União Europeia existe uma prática concertada quando (1) a troca de informações é capaz de reduzir as incertezas naturais de um mercado saudavelmente competitivo – o que é diferente da troca de informações normalmente existentes entre uma relação comum de empresas ou empresários parceiros<sup>172</sup> e (2) que com a troca de informações ocorreu o posicionamento dos envolvidos em um patamar privilegiado para a tomada de decisões mais direcionadas, o que acaba por ter relação com a credibilidade da informação divulgada<sup>173</sup>.

Diz o autor que para o Tribunal de Justiça da União Europeia não haverá lugar a caracterização da referida prática concertada quando a informação envolvida nos fatos era, previamente, de conhecimento público, podendo, portanto, ter sido obtida de forma independente por qualquer um dos concorrentes<sup>174</sup>.

Também faz parte do objetivo<sup>175</sup> do processo investigatório entender qual foi a motivação existente por trás da divulgação da informação. E se a informação não tiver sido requerida por aquele a quem foi divulgada? Poderá ele ser caracterizado como um agente infrator da lei? A resposta será “sim” caso fique provado que a parte aproveitou da notícia, utilizando-a como influência na tomada de suas decisões comerciais, diminuindo as incertezas naturais de uma concorrência lealmente estabelecida, colocando-se, dessa forma, em uma posição de vantagem no mercado.

---

170 ODUDU, OKEOGHENE, **Hub and Spoke collusion** in Handbook on European Competition Law, 2013, chapter 6, p. 252.

171 “If (i) retailer A discloses to supplier B its future pricing intentions in circumstances where A may be taken to intend that B will make use of that information to influence market conditions by passing that information to other retailers (of whom C is or may be one), (ii) B does, in fact, pass that information to C in circumstances where C may be taken to know the circumstances in which the information as disclosed by A to B and (iii) C does, in fact, use the information in determining its own future pricing intentions.” ODUDU, OKEOGHENE, **Hub and Spoke collusion** in Handbook on European Competition Law, 2013, chapter 6, p. 246.

172 ODUDU, OKEOGHENE, **Hub and Spoke collusion** in Handbook on European Competition Law, 2013, chapter 6, p. 258.

173 ODUDU, OKEOGHENE, **Hub and Spoke collusion** in Handbook on European Competition Law, 2013, chapter 6, p. 252.

174 ODUDU, OKEOGHENE, **Hub and Spoke collusion** in Handbook on European Competition Law, 2013, chapter 6, p. 257.

175 ODUDU, OKEOGHENE, **Hub and Spoke collusion** in Handbook on European Competition Law, 2013, chapter 6, p. 254.

Será possível provar a idoneidade caso a parte realize, de imediato, uma denúncia as Autoridades competentes tendo em vista ser muito sensível a comprovação de que, ciente da informação, a parte recebedora não se deixou influenciar aquando da tomada das decisões comerciais posteriores, principalmente se os demais elementos (diminuição da incerteza comercial e da concorrência)<sup>176</sup> estiverem presentes.

Assim, temos que a prática concertada poderá envolver uma conduta ativa ou passiva. O que definirá se é ou não ilegal será o que está por trás do ato de informar: o “ponto de partida”.

#### 8.4 DESAFIOS ENFRENTADOS PELO CARTEL

Margareth Levenstein e Valerie Suslow defendem que, de uma forma geral, os cartéis encontram três tipos de desafios, quais sejam: (1) a seleção e a coordenação do comportamento dos envolvidos enquanto grupo, (2) o monitoramento desse comportamento e a identificação e prevenção de desvios dos objetivos comuns e (3) a prevenção da entrada ou envolvimento de terceiros que não façam parte do grupo<sup>177</sup>.

Para as referidas autoras, os cartéis preferem investir preventivamente em mecanismos de monitoramento e controle dos comportamentos dos envolvidos<sup>178</sup>, provendo incentivos que sustentem a operação, normalmente pela determinação de um modelo estrutural hierárquico.

---

176 ODUDU, OKEOGHENE, **Hub and Spoke collusion** in Handbook on European Competition Law, 2013, chapter 6, p. 255 e 256.

177 *“In a legal environment in which the activities of industry associations are restricted and monitored, cartels are much more likely to succeed in concentrated industries than in less concentrated ones.”* LEVENSTEIN, MARGARETH ; SUSLOW, VALERIE, **What Determines Cartel Success?**, Journal Of Economic Literature, Volume XLIV(march 2006), p. 44.

178 *“The cartel must develop an incentive compatible structure – a combination of monitoring, rewards, and punishments – to prevent cheating by members.”* LEVENSTEIN, MARGARETH ; SUSLOW, VALERIE, **What Determines Cartel Success?**, Journal Of Economic Literature, Volume XLIV (march 2006), p. 45.

Os cartéis confiam atenuarem os prejuízos que um “traidor” pode causar, bem como evitarem o desgaste e a quebra da confiança com a adoção de condutas repressivas, tais como, mas não exclusivamente, o estabelecimento de uma “guerra de preços”<sup>179</sup>.

A legislação da concorrência, seja em âmbito nacional português<sup>180</sup>, seja em âmbito europeu<sup>181</sup>, prevê a possibilidade de concessão de benefícios àquele que noticiar a existência do cartel (Programa de clemência / “Leniency Policy”), visando quebrar a confiança existente entre os envolvidos.

Contudo, de outro lado, os cartéis, sabendo da fragilidade existente, passaram a criar mecanismos e formas de pressão e persuasão para com o compromisso e lealdade dos envolvidos, inclusive a inauguração de um certo cenário de medo das possíveis punições e repreensões internas. Os cartéis investem em um pano de fundo que suporte a operação/conluio<sup>182</sup> e, por esse motivo, é preciso que o Estado e as Autoridades competentes tenham plenos mecanismos para atuarem na prevenção e repressão dos comportamentos colusivos<sup>183</sup>.

A organização interna dos cartéis prevê futuros e possíveis tempos de crise e recessão econômica nos quais podem surgir cenários atrativos aos delatores para colaborarem com o Estado na luta pela concorrência livre e justa, diante da possibilidade de sofrerem menores sanções e punições governamentais<sup>184</sup>.

---

179 “ *Accepting Stigler’s intuition that cheating is the major threat to cartel stability, Porter (1983) and Green and Porter (1984) argue that the threat of price wars is actually the solution that deters cheating: firms refrain from cheating in order to prevent a costly price war. Prices war arise when firms, unable to perfectly monitor one another’s output levels, cannot determine whether another firms has cheated (e.g. when price falls as the result of a decline in demand) and must respond with a price punishment.*” LEVENSTEIN, MARGARETH ; SUSLOW, VALERIE, **What Determines Cartel Success?**, Journal Of Economic Literature, Volume XLIV (march 2006), p. 47.

180 É o que se extrai da leitura do artigo 69º e seguintes da Lei 17/2012 de 08 de maio (em destaque artigos 75º a 82º); previsão de dispensa total de coima (cfr. artigo 77º) ou redução até 50% da coima aplicável (cfr. artigo 78º).

181 Maiores informações podem ser consultadas nos dois sítios eletrônicos mencionados, abaixo: <http://ec.europa.eu/competition/cartels/leniency/leniency.html>  
<http://ec.europa.eu/competition/cartels/legislation/settlements.html>

182 LEVENSTEIN, MARGARETH ; SUSLOW, VALERIE, **What Determines Cartel Success?**, Journal Of Economic Literature, Volume XLIV (march 2006), p. 71.

183 LOUREIRO, FLÁVIA NOVERSA, **Direito Penal da Concorrência: A tutela da liberdade e a criminalização do cartel**, Coimbra Editora, 2017, p. 312.

184 LEVENSTEIN, MARGARETH ; SUSLOW, VALERIE, **What Determines Cartel Success?**, Journal Of Economic Literature, Volume XLIV (march 2006), p. 66.



Com esse receio, os cartéis tem desenvolvido uma estrutura bastante sofisticada e flexível, passível de ser efetiva nos diversos cenários que podem vir a existir<sup>185</sup> e tem demonstrado preocupação com a quantidade de participantes: cartéis menores são mais fáceis de gerir e controlar<sup>186</sup>.

Os cartelistas também possuem o cuidado de manter um equilíbrio dos custos e esforços comerciais doados por cada um dos envolvidos de modo que todos sintam-se no mesmo patamar<sup>187</sup>.

Os cartéis incentivam a participação e a manutenção da lealdade entre os envolvidos com base no provimento de mecanismos limite de atuação dos concorrentes, ilegais de fixação de preços, acesso aos mais variados mercados em termos geográficos<sup>188</sup>, distribuição de quotas de produção e participação em licitações fraudulentas, com o fundamento em todos os benefícios e facilidades que daí podem surgir<sup>189</sup>.

Pode-se dizer que são uma espécie de união temporária, sem caráter duradouro e que, portanto, em algum momento, quando existir um problema entre os envolvidos como a discrepância de ambição, a verdade e o egoísmo surgirão. Como a maioria das relações, os cartéis falham pela não solução de conflitos internos<sup>190</sup>, em seguida por problemas de comportamento desleal e, por último, pela latência de tantas divergências e interesses próprios que são capazes até de fazer com que um cartel venha a concretizar-se e a sair do papel<sup>191</sup>.

Normalmente o cartel que perdura no tempo é aquele que está relacionado a um nicho de mercado bastante específico, que envolve um produto extremamente sensível e nada fácil de ser substituído. A dificuldade de produção e/ou de matéria prima faz surgir a necessidade de uma união na tentativa desesperada de sobrevivência ao mundo cruel da concorrência.

---

185 LEVENSTEIN, MARGARETH ; SUSLOW, VALERIE, **What Determines Cartel Success?**, Journal Of Economic Literature, Volume XLIV (march 2006), p. 67.

186 LEVENSTEIN, MARGARETH ; SUSLOW, VALERIE, **What Determines Cartel Success?**, Journal Of Economic Literature, Volume XLIV (march 2006), p. 72.

187 LEVENSTEIN, MARGARETH ; SUSLOW, VALERIE, **What Determines Cartel Success?**, Journal Of Economic Literature, Volume XLIV (march 2006), p. 80.

188 LEVENSTEIN, MARGARETH ; SUSLOW, VALERIE, **What Determines Cartel Success?**, Journal Of Economic Literature, Volume XLIV (march 2006), p. 74.

189 LOUREIRO, FLÁVIA NOVERSA, **Direito Penal da Concorrência: A tutela da liberdade e a criminalização do cartel**, Coimbra Editora, 2017, p. 286.

190 LEVENSTEIN, MARGARETH ; SUSLOW, VALERIE, **What Determines Cartel Success?**, Journal Of Economic Literature, Volume XLIV (march 2006), p. 75.

191 LEVENSTEIN, MARGARETH ; SUSLOW, VALERIE, **What Determines Cartel Success?**, Journal Of Economic Literature, Volume XLIV (march 2006), p. 76.

De modo inverso, quanto maior for o número de concorrentes, uma mínima decisão mal calculada por parte do empresário poderá gerar imenso prejuízo a medida em que estará presente a competição pelo mercado.

Com outro olhar, há quem entenda que a existência do cartel não representaria verdadeiramente o “mal da sociedade” pois permite a entrada e a participação de pequenas empresas, muitas vezes inexpressivas economicamente, no mercado<sup>192</sup>. E assim, muitas empresas defendem que preferem tolerar as imposições do grupo por ganharem alguma força e atitude comercial perante o mercado por estarem “apoiadas” pelos demais membros<sup>193</sup> e por não precisarem enfrentar os desafios naturais de uma concorrência justa.

Mas, e como um cartel se sustenta nessa linha contínua de “altos e baixos”? Segundo Margareth Levenstein e Valerie Suslow existem duas respostas que talvez ajudem a explicar o que ocorre: a primeira engloba estarem localizados em uma indústria cujos fatores externos sejam capazes de tornar o conluio mais fácil de ser atingido; a segunda é disporem de uma estrutura interna que enfrente e supere os problemas de coordenação, tendência a denúncia e ingresso de possíveis delatores ou não colaboradores<sup>194</sup>.

Conforme defende Flávia Novero Loureiro, há uma “mentalidade de grupo”<sup>195</sup> que por um lado serve de manto para a atividade e prática anticoncorrencial e, de outro, de obstáculo para os procedimentos investigatórios.

---

192 “(...) Webb (1980) argues that German steel cartels stabilized the industry and contributed to increases in investment and productivity. In contrast, Audretsch (1989) argues that German cartels were associated with reduced output rather than lower costs.” LEVENSTEIN, MARGARETH ; SUSLOW, VALERIE, **What Determines Cartel Success?**, Journal Of Economic Literature, Volume XLIV (march 2006), p. 85.

193 “Large firms may be willing to tolerate higher input prices in order to gain additional advantage over smaller competitors. That is, they would rather face an upstream cartel than downstream competition.” LEVENSTEIN, MARGARETH; SUSLOW, VALERIE, **What Determines Cartel Success?**, Journal Of Economic Literature, Volume XLIV(march 2006), p. 64.

194 LEVENSTEIN, MARGARETH ; SUSLOW, VALERIE, **What Determines Cartel Success?**, Journal Of Economic Literature, Volume XLIV (march 2006), p. 57.

195 LOUREIRO, FLÁVIA NOVERSA, **Direito Penal da Concorrência: A tutela da liberdade e a criminalização do cartel**, Coimbra Editora, 2017, p. 211.

## 8.5 O QUE DETERMINA O SUCESSO DE UM CARTEL?

Economistas e estudiosos tem tentado identificar o que poderia determinar o sucesso da estrutura de um cartel: (1) se os cartéis conseguem impedir a ocorrência de traição interna, (2) se com todo esse cenário de fragilidade da confiança os cartéis sobrevivem e por quanto tempo e, caso negativo, por qual motivo e (3) o impacto trazido para o mercado e para os preços durante a vigência e após a dissolução do conluio.<sup>196</sup>

As respostas para essas questões necessitam da análise de uma série de variáveis desde a o tempo de duração do cartel – que varia, em média, de um a seis anos – até as premissas que estes efetivamente impõem aos envolvidos.

A duração do cartel acaba por ser a forma mais comum de medida da extensão do seu sucesso, por ser um critério objetivo. Contudo, medir o sucesso exclusivamente pela duração acaba por ser frágil para fins da exata identificação da dimensão do impacto econômico causado no mercado.

Em uma economia tão dinâmica, a única forma de um cartel sobreviver de forma preventiva, evitando ao máximo a ocorrência de desvios, é investir continuamente em sua estrutura interna, com foco na prevenção e dissolução dos percalços encontrados pelo caminho.

Nesse contexto, em uma era de aumento do incentivo governamental para fins de apresentação de denúncias e colaboração com processos investigatórios, para que um cartel sobreviva, é extremamente importante que este tenha um bom relacionamento interno, na tentativa de evitar a prática da denúncia por qualquer um dos envolvidos. Sem dúvida esse é o maior desafio do cartel e, por conseguinte, a maior arma do governo para fins da instauração de instabilidade e desconfiança entre os cartelistas.

A experiência vivida pela sociedade diz que o cartel somente se sustenta se o benefício do conluio for maior que o provido pelo governo para fins da apresentação de denúncia ou colaboração por qualquer um dos envolvidos.

---

196 LEVENSTEIN, MARGARETH ; SUSLOW, VALERIE, **What Determines Cartel Success?**, Journal Of Economic Literature, Volume XLIV (march 2006), p. 44.

## 8.6 BANALIZAÇÃO DAS PRÁTICAS ANTICONCORRENCIAIS

Somada a participação dos cartelistas e os impactos causados no mercado, há também a preocupação social com a culturalização e banalização das práticas individuais. É preocupante o facto de muitas empresas já possuírem em sua estrutura interna a previsão de benefícios e apoios a futuros problemas que os funcionários possam enfrentar por estarem envolvidos na atividade comercial da pessoa jurídica. E, é assim, com essa sensação de “ter com quem contar”, de “estar garantido”, de “ter os riscos, de certa forma, já previstos”, que o funcionário acaba por ser inserido na cultura da empresa e, por vezes, ainda que trabalhem em outro local, levam consigo os velhos hábitos<sup>197</sup>, perpetuando-se o errado.

Em outras palavras, um funcionário inserido em uma empresa que atua de forma anticoncorrencial corre o risco de perder a real concepção do certo e do errado<sup>198</sup>. Estamos falar de funcionários que amanhã podem ser empresários, que depois podem exercer cargos públicos, entre tantas outras variáveis e fatos possíveis de ocorrer em uma vida cotidiana.

Nesse cenário, é mesmo necessário punir os infratores<sup>199</sup> de forma individual e identificada, na tentativa de expressar para a sociedade que o comportamento colusivo não compensa<sup>200</sup>.

## 8.7 COMO PUNIR DE FORMA ACERTADA?

Nuno Castro Marques e o Manuel Caburgueira muito bem esclarecem que “(a) penalização tem que existir de forma a dissuadir os desvios. Para tal é necessário, antes de mais, que as empresas tenham a oportunidade para penalizar e tal implica uma relação que envolva mais que uma interação. (...) A penalização precisa ser fortemente valorizada pelas empresas. Este fator está dependente da forma como as empresas valorizam os ganhos presentes face a ganhos futuros, *i. e.*, depende do valor que é atribuído ao tempo. Quanto mais míopes forem os

---

197 LOUREIRO, FLÁVIA NOVERSA, **Direito Penal da Concorrência: A tutela da liberdade e a criminalização do cartel**, Coimbra Editora, 2017, p. 269 e 270.

198 LOUREIRO, FLÁVIA NOVERSA, **Direito Penal da Concorrência: A tutela da liberdade e a criminalização do cartel**, Coimbra Editora, 2017, p. 220.

199 No direito português, artigo 73º da Lei 19/2012 de 08 de maio, há o reconhecimento de sanções individuais por violação concorrencial, apesar de com bem menor amplitude que as penalidades previstas para as pessoas coletivas.

200 LOUREIRO, FLÁVIA NOVERSA, **Direito Penal da Concorrência: A tutela da liberdade e a criminalização do cartel**, Coimbra Editora, 2017, p. 272.

empresários (*i. e.*, quanto maior o valor que atribuem ao presente), menor a taxa de desconto e, logo, menor o valor atribuído aos ganhos futuros e maior a tendência para quebrar um acordo e aceder, imediatamente, aos lucros do monopólio.”<sup>201</sup>

A sanção precisa ser equivalente a ilicitude praticada e ao dano causado, sob pena de ser em vão<sup>202</sup>. Ademais, a demora entre a identificação do ato anticoncorrencial e a sua punição gerará o mesmo resultado.

Segundo Flávia Novero Loureiro<sup>203</sup> a penalização acaba por sobrevoar pelo Direito Administrativo e o Direito Penal, encontrando como lar um direito administrativo “quase penal”<sup>204</sup>. O problema é que a aplicação de uma punição penal, em âmbito administrativo, sem a necessária observância dos procedimentos e garantias vinculadas a um procedimento penalmente constituído, acaba por tornar possível a ocorrência de restrição de acesso aos direitos fundamentais. Assim sendo, a autora defende que a aplicação do ordenamento penal, nesses casos, deverá ocorrer de forma subsidiária e, ainda, somente perante os atos que, de forma mais grave e perigosa, afetem a igualdade e liberdade concorrencial.<sup>205</sup>

“Na tentativa de apurar se faria ou não sentido investir em um caminho de criminalização de ofensas à liberdade de concorrência, tivemos naturalmente de começar por apurar o que podia afinal entender-se por concorrência, verificando, desde logo, se o conceito se esgotaria na sua dimensão económica ou se, pelo contrário, a sua densificação traria à colação outras perspetivas. (...) antes de ser um princípio da ciência económica, ligado inexoravelmente ao sistema capitalista e a economia de mercado, a concorrência é também um princípio democrático, na medida em que exige a competição (em igualdade) de modo a possibilitar a melhor escolha – conceção que está, portanto, na base da própria ideia de eleição.”<sup>206</sup>

---

201 MARQUES, NUNO CASTRO ; CABURGUEIRA , MANUEL, *Cartel: quando uma conversa é uma conspiração contra o público*, Infrações económicas e financeiras: estudos de criminologia e direito Coimbra Editora, 2013, p. 662 e 663.

202 LOUREIRO, FLÁVIA NOVERSA, **Direito Penal da Concorrência: A tutela da liberdade e a criminalização do cartel**, Coimbra Editora, 2017, p. 280.

203 LOUREIRO, FLÁVIA NOVERSA, **Direito Penal da Concorrência: A tutela da liberdade e a criminalização do cartel**, Coimbra Editora, 2017, p. 264 a 278.

204 “Como vimos já, a importância crescente de determinados bens, aliada à particular sofisticação das práticas relacionadas com a atividade económica, colocaram desafios inauditos ao direito administrativo e levaram aquelas entidades a clamar por um mão mais longa e mais pesada no combate aos ilícitos em causa” LOUREIRO, FLÁVIA NOVERSA, **Direito Penal da Concorrência: A tutela da liberdade e a criminalização do cartel**, Coimbra Editora, 2017, p. 234.

205 LOUREIRO, FLÁVIA NOVERSA, **Direito Penal da Concorrência: A tutela da liberdade e a criminalização do cartel**, Coimbra Editora, 2017, p. 285.

206 LOUREIRO, FLÁVIA NOVERSA, **Direito Penal da Concorrência: A tutela da liberdade e a criminalização do cartel**, Coimbra Editora, 2017, p. 323.

A censurabilidade das práticas anti concorrenciais, pouco a pouco, começou a ficar mais latente e a exigir que o controle preventivo e repressivo fosse mais eficaz e efetivo<sup>207</sup>. Nesse cenário, surgem os programas de clemência, prevendo a possibilidade de amenização<sup>208</sup> das penalidades a serem impostas, na tentativa de impor um freio<sup>209</sup> aos atos capazes de desequilibrar o mercado e às práticas atentatórias ao direito de competir<sup>210</sup>.

De certo que haverá um caminho punitivo mais ameno para (1) aquele que, apesar de ter participado do conluio, optar por denunciar ou colaborar com o processo investigatório, (2) para aquele que, ao receber a informação, torna o seu conteúdo público, de acesso geral e indiferenciado ou (3) para aquele que, apresenta recusa em participar ou fazer parte do ilícito proposto, como mecanismo estatal de tornar desinteressante o balanço do benefício de cartelizar e aumentar a desconfiança interna dos envolvidos.

Não podemos deixar de mencionar a problemática causada pela queda das barreiras transnacionais que acaba por ampliar o mundo da concorrência, trazendo vantagens e desvantagens, na medida em que a globalização da economia afastou o limite territorial da empresa para além do Estado em que está instalada, expandindo os efeitos para outros mercados, o que inclui os consumidores e seus direitos, criando a necessidade de uma maior proteção e resguardo<sup>211</sup>.

---

207 LOUREIRO, FLÁVIA NOVERSA, **Direito Penal da Concorrência: A tutela da liberdade e a criminalização do cartel**, Coimbra Editora, 2017, p. 236, 237 e 325.

208 Detalhes a respeito do regime sancionatório atual e, ainda, as suas possibilidades de redução tanto em âmbito do Direito Português quanto do Direito Espanhol e Polaco, foram objeto do estudo realizado por EVA NICOLE AZEVEDO PINHEIRO, na dissertação de mestrado intitulada como “**As sanções por infração às normas de defesa do concorrência**”, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade do Porto, em 2017, p. 16 a 49.

209 “Sublinhamos a importância de ADC, enquanto entidade administrativa independente responsável pela defesa da concorrência e analisamos a atual LDC, concluindo que também o nosso legislador faz uma opção nominalmente clara pelo modelo sancionatório contraordenacional, mas logo veio a atribuir à ADC poderes até aqui apenas reconhecidos os órgãos de polícia criminal e respetivas autoridades judiciais (de que será porventura expoente máximo a possibilidade realizar buscas domiciliárias), tornado pouco claras as fronteiras entre o direito de mera ordenação social e o direito penal no que respeita à repressão das práticas restritivas da concorrência. Estas constatações adensaram, portanto, as nossas dúvidas a respeito quer da efetiva natureza dos atos anti concorrenciais, quer da necessidade de lançar mão do direito penal para responder às ofensas à liberdade de concorrência, em particular ao cartel, dada não só a sua lesividade intrínseca, como a sua multiplicação exponencial e a dificuldade na sua deteção, investigação e punição. Tanto mais que, como constatamos, os meios que estão atualmente a ser utilizados nesta tarefa tem já uma proximidade (coincidência mesmo) muito grande com o instrumentarium penal, permitindo-se às autoridades concorrenciais e a sua utilização sem as corresponsivas garantias processuais de defesa.” LOUREIRO, FLÁVIA NOVERSA, **Direito Penal da Concorrência: A tutela da liberdade e a criminalização do cartel**, Coimbra Editora, 2017, p. 327.

210 “Perguntamo-nos, por isso, face a este quadro, se a americanização pela qual o direito europeu da concorrência está a passar não implicará, a médio prazo, uma verdadeira viragem de paradigma, com a correspondente adesão ao modelo criminal.” LOUREIRO, FLÁVIA NOVERSA, **Direito Penal da Concorrência: A tutela da liberdade e a criminalização do cartel**, Coimbra Editora, 2017, p. 327.

211 LOUREIRO, FLÁVIA NOVERSA, **Direito Penal da Concorrência: A tutela da liberdade e a criminalização do cartel**, Coimbra Editora, 2017, p. 318-321.

## 8.8 A GRANDE APOSTA DAS AUTORIDADES REGULADORAS

As Autoridades Reguladoras têm investido cada vez mais em iniciativas capazes de minar a estabilidade e a confiança existente dentro da estrutura de um cartel, criando uma zona neutra para aqueles que com elas optam por cooperar.

Mesmo nos cartéis mais organizados e sedimentados há uma ponta de desconfiança entre os seus integrantes. Isso porque, munidos de tamanha informação, podem estar a atuar com uma visão a curto prazo, em traição da confiança, com a intenção de assumirem, de imediato, a posição de monopólio. Por mais que estejam “aparentemente do mesmo lado” todos permanecem com os seus próprios interesses.

Na tentativa de lidar com essa ameaça, os cartéis criaram mecanismos de suporte e apoio no anseio de fazer tender a balança do equilíbrio<sup>212</sup> para lado do conluio<sup>213</sup>, em constante “ponderação de vantagens e desvantagens”<sup>214</sup>. Mas é nesse cenário de uma confiança fragilizada e superficial que há a margem de atuação do Estado.

Uma outra forma de atuação do Estado ocorre de forma preventiva, ao identificar os setores de mercado que acabam por propiciar a existência de cartéis e, então, neles atuar de forma antecipada, através de estudos e investimentos contínuos de investigação e controle<sup>215</sup>.

---

212 “ *The powerful lesson learned from this is that cartels cannot be categorized as simply “unstable”. There are cartels that are relatively short-lived and cannot solve the classic problems of cheating, coordination and entry. There are also, however, cartels with relatively long lives that do solve these problems. Theoretical models have focused on explaining cartel instability, but there are fewer guides to explaining cartel stability.*” LEVENSTEIN, MARGARETH ; SUSLOW, VALERIE, **What Determines Cartel Success?**, Journal Of Economic Literature, Volume XLIV (march 2006), p. 57

213 LEVENSTEIN, MARGARETH ; SUSLOW, VALERIE, **What Determines Cartel Success?**, Journal Of Economic Literature, Volume. XLIV (march 2006), p. 49.

214 LOUREIRO, FLÁVIA NOVERSA, **Direito Penal da Concorrência: A tutela da liberdade e a criminalização do cartel**, Coimbra Editora, 2017, p. 273.

215 “Considerando este conjunto de factores que influenciam a estabilidade de um cartel, podem-se desenvolver análises empíricas de base sectorial, no sentido de identificar a existência de teoricamente propícias a cartelização. Note-se que tais análises não provam a existência de cartéis, mas antes identificam condições em que esse comportamento pode ser adoptado de forma mais estável pelas empresas.” MARQUES, NUNO CASTRO; CABURGUEIRA, MANUEL, **Cartel: quando uma conversa é uma conspiração contra o público**, Infrações económicas e financeiras: estudos de criminologia e direito Coimbra Editora, 2013, p. 663.

Ao lado das Autoridades Reguladoras encontram-se, ainda, os consumidores<sup>216</sup> que protagonizam denúncias diárias<sup>217</sup>, à exceção daqueles que entendem serem beneficiados pelo conluio e, então, optam pela inércia, em manutenção do seu próprio egoísmo<sup>218</sup>.

---

216 “Thus, as Stigler (1964) argued, large customers can and do undermine cartel stability. But there are other cases in which customers were intimately involved in stabilizing a cartel, providing information and punishment mechanisms not otherwise available, and sharing indirectly, in cartel rents (Granitz and Klein 1996, Levenstein 1993).” LEVENSTEIN, MARGARETH; SUSLOW, VALERIE, **What Determines Cartel Success?**, Journal Of Economic Literature, Volume XLIV (march 2006), p. 62.

217 “In some cases (e.g., bromine and potash), customers attempted to enter the industry, vertically integrating to get around the cartel. In other cases, customers attempted to encourage defections by telling suppliers that others already had defected (as in the rayon industry) or by contracting with defectors, as predicted by Stigler (Eswaran 1997, Levenstein 2000). Recent research on the potash cartel suggests that fertilizer manufacturers organized a national merger in order to undermine the potash cartel that supplied them with an essential raw material (Levenstein 2000). Some customers also looked to legal remedies, even before the Sherman Act offered triple damages, as when crude oil producers had the corporate charter of an early railroad cartel revoked (Elizabeth Granitz and Benjamin Klein 1996).” LEVENSTEIN, MARGARETH; SUSLOW, VALERIE, **What Determines Cartel Success?**, Journal Of Economic Literature, Volume XLIV (march 2006), p. 62.

218 “Large customers sometimes from the existence of a cartel receive preferential to their smaller competitors.” LEVENSTEIN, MARGARETH; SUSLOW, VALERIE, **What Determines Cartel Success?**, Journal Of Economic Literature, Volume XLIV (march 2006), p. 64.



## 9. CONSIDERAÇÕES FINAIS

---

Do estudo realizado na presente dissertação quanto a evolução do Estado Liberal para o Estado Empresário e, por seguinte, para o Estado Regulador, defende-se que esse último parece ser o modelo mais compatível com o interesse e bem-estar comum, tanto no que concerne a garantia de direitos quanto ao não endividamento estatal para com os necessários investimentos tecnológicos que conseguiriam coloca-lo em condição de igualdade de competição com a iniciativa privada.

Também com base no estudo ora realizado, entende-se que o controle da igualdade e da lealdade concorrencial faz-se necessário e precisa ser exercido por uma autoridade com vínculo estatal, tendo em vista ser competência e dever do Estado a garantia do exercício do direito do direito de participação no mercado. Em seguimento o estudo manifesta a concordância com o fato de que é preciso conceder autonomia e independência às Autoridades Fiscalizadoras, em salvaguarda da legitimidade e da credibilidade que a função impõe.

De outro lado, temos por claro que os infratores investem continuamente em mecanismos e formas de maquiarem as ilicitudes que praticam e que os cartéis tácitos, extremamente difíceis de serem identificados, representam um verdadeiro perigo ao bem estar social e à liberdade dos indivíduos<sup>219</sup> enquanto sociedade economicamente organizada.

Uma outra constatação do estudo é que, dada a sensibilidade do objeto da investigação, a morosidade faz com que todo o processo possa estar fadado ao insucesso na medida em que não se consegue atuar em tempo.

É compreensível que as autoridades competentes para fiscalizarem o mercado necessitem da autonomia necessária à conclusão da identificação dos infratores e que possam apresentar, de imediato, uma punição. Porém, também é perceptível a necessidade de respeitar a legalidade quando do exercício de suas competências, sob pena da ocorrência de arbitrariedades.

Em outro foco, no estudo realizado nessa dissertação foi debatido que, de um modo geral, apenas a punição do direito de escolha - nesse caso com o sentido de limitação da possibilidade de tomar livremente decisões em seus projetos pessoais ou profissionais - é realmente eficaz: seja pela proibição de exercício de cargos e funções ou pela efetiva prisão. E que, portanto, sanções civis, como as indenizações pecuniárias, acabam por não corresponder ao que se espera: a sensação de que o crime não compensa.

---

219 MARQUES, NUNO CASTRO, **EU citizenship : challenges and opportunities = Cidadania europeia : desafios e oportunidades / coord. Sofia Oliveira Pais**, Porto, Universidade Católica, 2015, p. 406.

Também foi debatido que, por vezes, quando a indenização é exarcebada, pode causar a falência da atividade empresarial, afetando outros ramos da economia, causando reflexos no aumento da taxa de desemprego, no recolhimento de impostos, entre outros prejuízos vinculados a vida econômica.

Tudo isso ponderado, a proposta feita por essa dissertação tem por base que as autoridades continuem com a autonomia necessária ao desenvolvimento dos seus objetivos e que estas sejam constitucionalmente limitadas. Contudo, que ao final dos procedimentos investigatórios, verificando-se que o nível de danosidade do fato investigado atingiu a um patamar macro económico, em índices a serem prévia e legitimamente determinados, envolva-se a parte infratora, o Ministério Público e o Poder Judiciário em um procedimento mais célere que um processo de conhecimento e mais garantista que um processo de execução, no qual seja dado seguimento a sanções que impliquem na limitação da liberdade de tomada de decisão por parte do infrator em sua vidas pessoal e profissional.

De acordo com o estudado, a aplicação do Direito Penal poderia acabar por tornar mais eficaz a persuasão estatal para que não sejam cometidas infrações causando fragilidade na sensação de que “o crime compensa”.

A obstrução da concorrência livre e justa é capaz de causar impacto profundo no bem-estar geral da sociedade e fomentar a desigualdade e a aniquilação do exercício de direitos. Assim sendo, precisa ser eficazmente combatida pelo Estado através de investimento em novas políticas que incentivem a realização de denúncias, de aprimoramento de instrumentos técnicos de investigação e do contínuo estudo das medidas necessárias a não tornar todo o esforço feito até aqui em vão.

Por fim, na qualidade de cidadã, advogada e eternamente dedicada à arte de aprender, deixo a minha singela contribuição e firmo o compromisso de continuar a lutar por um mundo melhor.

## 10. BIBLIOGRAFIA

---

1. ALMEIDA, Mário Aroso de, **Teoria Geral do Direito Administrativo, O novo regime do Código de Processo Administrativo**, Coimbra, Almedina, 3ª edição, 2015.
2. AMARAL, Diogo Freitas do, **Curso de Direito Administrativo**, Coimbra, Almedina, Volume 1, 3ª edição, 2006.
3. AMARAL, Diogo Freitas do, **Curso de Direito Administrativo**, Coimbra, Almedina, Volume 1, 2003.
4. AMARAL, Maria Lúcia, **A forma da República, uma introdução ao estudo do Direito Constitucional**, Coimbra Editora, Reimpressão, 2005.
5. AMORIM, João Pacheco de, **Direito Administrativo da Economia**, Coimbra, Almedina, Volume 1, 2014.
6. AZEVEDO, Maria Eduarda, **Temas de Direito da Economia**, Coimbra, Almedina, 2014.
7. BARREIRA, Mariana Esteves, **Cartéis Hub And Spoke: Horizontal Ou Vertical?**, Dissertação de Mestrado, Escola de Lisboa da Universidade Católica Portuguesa, 2017.
8. CANOTILHO, José Joaquim Gomes, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, Coimbra, Almedina, 5ª edição, 2002.
9. CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *in* Revista de Direito Público e Regulação, n. 1, **O princípio democrático sobre a pressão dos novos esquemas regulatórios**, 2009.
10. CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital, **Constituição da República Portuguesa Anotada, Artigos 1º a 107º**, Volume 1, 4ª edição, Coimbra Editora, 2007.
11. CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital, **Constituição da República Portuguesa Anotada, Artigos 108º a 296º**, Volume 2, 4ª edição, Coimbra Editora, 2010.
12. COUTINHO, Juliana Ferraz, **O público e o Privado na Organização Administrativa – Da relevância do sujeito à especialidade da função**, Almedina, 2017.
13. D'ALTE, Sofia Tomé, **A nova configuração do sector empresarial do Estado e a empresarialização dos serviços públicos**, Almedina, 2007.
14. FERREIRA, Eduardo Paz, **(Org.), Os estudos sobre o novo regime do sector empresarial do Estado**, Coimbra, Almedina, 2000.
15. GONÇALVES, Pedro Costa, *in* Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Volume 7 (especial: Comunicações do I Triénio dos Encontros de Professores de Direito Público), **Estado de garantia de garantia e mercado**, 2010.
16. GONÇALVES, Pedro Costa; MARTINS, Licínio Lopes, **Textos de Regulação da Saúde, Nótulas sobre o novo regime das entidades independentes de regulação da atividade económica**, 2014.
17. GOUVEIA, Jorge Bacelar, **Manual de Direito Constitucional**, Coimbra, Almedina, Volume 1, 5ª edição, 2013.
18. HABERMAS, Jurgen, *in* Sociologia, n. 2º, **Tendências de judicialização**, 1987.
19. JACQUEMIN, Alex; SCHRANS, Guy, **Direito Económico**, Lisboa, Editorial Vega, 1979.
20. Kelsen, Hans, **Teoria Pura do Direito** (trad. João Baptista Machado), Coimbra, Almedina, 7ª edição, 2006.

21. LEVENSTEIN, Margareth; SUSLOW, Valerie, **What Determines Cartel Success?**, Journal Of Economic Literature, Volume XLIV (march 2006).
22. LOUREIRO, Flávia Noversa, **Direito Penal da Concorrência: A tutela da liberdade e a criminalização do cartel**, Coimbra Editora, 2017.
23. MARQUES, Nuno Castro; CABURGUEIRA, Manuel, **Cartel: quando uma conversa é uma conspiração contra o público, Infrações económicas e financeiras: estudos de criminologia e direito**, Infrações económicas e financeiras: estudos de criminologia e direito, Coimbra Editora, 2013.
24. MARTINS, Maria D`Oliveira, **A despesa pública justa, uma análise jurídico constitucional do tema da justiça na despesa pública**, Coimbra, Almedina, 2016.
25. MOREIRA, Vital; MAÇÃS, Maria Fernanda, **Autoridades Reguladoras Independentes, Estudo e Projecto de Lei Quadro**, Coimbra Editora, 2003.
26. ODUDU, Okeoghene, *in* Handbook on European Competition Law, “**Hub and Spoke collusion**”, 2013, chapter 6.
27. OTERO, Paulo, **Legalidade e Administração Pública, O sentido da Vinculação Administrativa à juridicidade**, Almedina, 2003.
28. OTERO, Paulo, **O poder de substituição em Direito Administrativo, Enquadramento Dogmático-Constitucional**, Volume 2, Dissertação de Doutoramento, Lex, Lisboa, 1995.
29. OTERO, Paulo, **Privatizações, Reprivatizações e Transferências de participações sociais no interior do Sector Público**, Coimbra Editora, 1999.
30. OTERO, Paulo, **Vinculação e liberdade de conformação jurídica do setor empresarial do Estado**, Coimbra, 1998.
31. PAIS, Sofia Oliveira, **EU citizenship : challenges and opportunities = Cidadania europeia : desafios e oportunidades / coord. Sofia Oliveira Pais**, Porto, Universidade Católica, 2015.
32. PASTOR, Juan Alfonso Santamaria, **Fundamentos de Derecho Administrativo**, Volume 1, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, 1991.
33. PINHEIRO, Eva Nicole Azevedo; Dissertação de mestrado, “**As sanções por infração às normas de defesa do concorrência**”, Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2017.
34. RAIMUNDO, Miguel Assis, **As empresas públicas nos tribunais administrativos**, Coimbra, Almedina, 2007.
35. SANTOS, António Carlos dos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manoel Leitão, **Direito Económico**, Coimbra, Almedina, 6ª edição, 2011.
36. SERRANO, Luis M. Miranda, **Los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles. Su caracterización en el Derecho español**, Madrid / Barcelona, Marcaíl Pons, 2001.
37. SOUSA, António Francisco de, **Direito Administrativo Europeu**, Vida Económica, Porto, 2016.
38. SOUSA, Marcelo Rebelo de, **Lições de Direito Administrativo**, Volume 1, Lisboa, 1999.
39. VICENTE, Marta de Sousa Nunes, **A quebra da Legalidade Material na Atividade de Regulação Económica**, 1ª edição, Coimbra Editora, 2012.