

## O SISTEMA DE COMPETÊNCIAS PARALELAS E O PRINCÍPIO “NON BIS IN IDEM”

*Cristina Camacho\**

*ABSTRACT: Since May 2004, a new system of enforcement of now Articles 101 and 102 TFEU entered into force, allowing national competition authorities and the European Commission to act in parallel, within the European Competition Network (ECN). After examining the mechanisms of co-operation and case allocation within the ECN, this paper discusses the compatibility of the new enforcement system with the ‘ne bis in idem’ principle, which has been recognized by the Court of Justice of the European Union as a general principle of EU law.*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O sistema de repartição de competências instituído pelo Regulamento (CE) n.º 1/2003. 2. 1. A articulação entre a Comissão Europeia e as Autoridades nacionais de concorrência. 2. 2. A articulação entre as Autoridades nacionais de concorrência. 2. 3. A cooperação com os Tribunais nacionais. 2. 4. A retribuição de casos no interior da Rede Europeia de Concorrência (ECN). 3. O princípio “*non bis in idem*”. 3. 1. Breves considerações gerais. 3. 2 O princípio “*non bis in idem*” no direito da União Europeia. 3. 2. 1. O princípio “*non bis in idem*” no Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça. 3. 2. 2. O princípio “*non bis in idem*” no direito europeu da concorrência. 3. 2. 2. 1. A aplicação paralela da legislação de concorrência nacional de um Estado-Membro e da UE. 3. 2. 2. 2. A aplicação paralela da legislação de concorrência da EU e extra-EU. 4. Da compatibilidade do Regulamento (CE) n.º 1/2003 com o princípio “*non bis in idem*”. 5. Considerações finais.

---

\* Jurista no Gabinete de Relações Internacionais da Autoridade da Concorrência. As posições expressas neste artigo são da inteira responsabilidade da autora e não vinculam a Autoridade da Concorrência. O presente artigo corresponde a uma versão actualizada do essencial do Relatório apresentado no Seminário de Direito Comunitário Económico do Curso de Mestrado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, sob orientação do Professor Doutor Luís Morais, a quem agradecemos os comentários críticos então transmitidos. Agradecemos também os comentários do Professor Doutor Paulo de Sousa Mendes e da Mestre Catarina Anastácio ao presente artigo.

## 1. INTRODUÇÃO

O Tratado que institui a Comunidade Europeia (TCE) prevê, desde a sua redacção original, um conjunto de normas que visa garantir a existência de uma concorrência não falseada no mercado interno, enquanto instrumento para alcançar os objectivos da Comunidade Europeia. Com a entrada em vigor do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), e apesar de este não acolher um preceito equivalente ao n.º 1 do artigo 3.º do TCE, a ligação instrumental entre as regras que tutelam a concorrência e a construção do mercado interno não foi afectada, como o demonstra o *Protocolo relativo ao Mercado Interno e à Concorrência* anexo ao Tratado da União Europeia (TUE) e ao TFUE.

As normas fundamentais do regime jurídico da concorrência da União Europeia (UE) aplicável às empresas e associações de empresas encontram-se fixadas nos actuais artigos 101.º a 106.º do TFUE, merecendo aqui especial destaque os artigos 101.º e 102.º do TFUE, que proíbem os acordos entre empresas, as decisões de associações de empresas, as práticas concertadas e os abusos de posição dominante susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-Membros e restringir a concorrência.

Em Abril de 1999, a Comissão Europeia lançou um processo de reforma do sistema de aplicação dos, então, artigos 85.º e 86.º do TCE, que se encontrava previsto no Regulamento (CEE) n.º 17 (doravante Regulamento n.º 17<sup>1</sup>), ao apresentar o *Livro Branco sobre a Modernização das Regras de Aplicação dos Artigos 85.º e 86.º do Tratado CE*<sup>2</sup>. Este processo de modernização culminou na aprovação do Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho de 16 de Dezembro de 2002 (doravante Regulamento (CE) n.º 1/2003)<sup>3</sup>, que entrou em vigor em 1 de Maio de 2004. Esta proposta de “modernização” do sistema de aplicação das regras de concorrência relativas a práticas restritivas inseriu-se numa reforma mais ampla, que se iniciou com o processo tendente à aprovação do Regulamento de Isenção por Categoria aplicável às restrições

---

1 Regulamento n.º 17: Primeiro Regulamento de execução dos artigos 85.º e 86.º do Tratado, Jornal Oficial n.º 013, de 21.02, p. 0204 – 0211. O Regulamento foi alterado pelos seguintes actos: Regulamento (CEE) n.º 59 do Conselho de 03.07.1962 (Jornal Oficial n.º 013, de 21.02.1962), Regulamento n.º 118/63/CEE do Conselho de 5 de Novembro de 1963 (Jornal Oficial n.º 162, de 7.11.1963), Regulamento (CE) n.º 2822/71 do Conselho de 20 de Dezembro de 1971 (Jornal Oficial L 285, de 29.12.1971) e Regulamento n.º 1216/1999 do Conselho, de 10 de Junho de 1999 (Jornal Oficial L 148, de 15.06.1999).

2 Documento COM (1999) 101, de 28.04.1999, Programa da Comissão n.º 99/027.

3 J.O. L 1, de 4.01.2003, pp. 1-25.

verticais e que incluiu também o controlo das operações de concentração e dos auxílios de Estado.

Uma das características mais marcantes do Regulamento (CE) n.º 1/2003 consiste na integral descentralização da aplicação do actual artigo 101.º do TFUE, à semelhança do que já sucedia com o artigo 102.º do TFUE. Essa descentralização implicou o fim da aplicação exclusiva do n.º 3 do artigo 101.º do TFUE pela Comissão Europeia, passando as Autoridades nacionais responsáveis pela concorrência (doravante ANC), bem como os Tribunais nacionais a poder também aplicá-lo. Esta descentralização foi também possível graças à abolição da obrigação de notificação prévia de acordos e de outras práticas<sup>4</sup>, prevista no artigo 4.º do Regulamento n.º 17. Instituiu-se, assim, o denominado sistema de excepção legal. Os acordos, práticas concertadas e decisões de associações de empresa abrangidos pelo n.º 1 do artigo 101.º do TFUE passam a poder beneficiar de uma isenção concedida ao abrigo do n.º 3 do mesmo preceito, sem necessidade de uma decisão de isenção prévia proferida pela Comissão Europeia.

O Regulamento (CE) n.º 1/2003 marca, pois, a passagem de um sistema de notificação e autorização *ex ante* para um sistema de excepção directamente aplicável *ex post*<sup>5</sup>.

Em complemento à aprovação do Regulamento (CE) n.º 1/2003, a Comissão aprovou o denominado “*pacote de modernização*”, que consiste num novo Regulamento da Comissão aplicável à instrução de processos relativos a práticas restritivas da concorrência<sup>6</sup>, bem como num conjunto de seis Comunicações sobre diferentes aspectos da aplicação do direito da concorrência da UE.

De facto, ao mesmo tempo que se operou a total descentralização da aplicação do direito da concorrência da UE, através do Regulamento (CE) n.º 1/2003, aumentaram as preocupações relativas à uniformidade e coerência dessa aplicação pelas ANC e pelos Tribunais nacionais dos Estados-Membros. Por outro lado, o fim das notificações prévias implicou, para as empresas, uma maior auto-responsabilização pelos seus comportamentos na aferição da

---

4 A referência a acordos deve ser entendida como abrangendo também práticas concertadas e decisões de associação de empresa, salvo quando o contrário resulte do texto.

5 Na expressiva síntese de Lenaerts & Gerard, 2004: 313.

6 Regulamento (CE) n.º 773/2004 da Comissão de 7 de Abril de 2004 relativo à instrução de processos pela Comissão, para efeitos dos artigos 81.º e 82.º do Tratado CE, JO L 123, de 27.04.2004, p. 18-24.

sua compatibilidade com o regime jurídico da concorrência<sup>7</sup>. Nesse sentido, a Comissão publicou Comunicações sobre conceitos especialmente complexos relativos à aplicação dos artigos 101.º e 102.º do TFUE, tais como o conceito de afectação do comércio ou os critérios de apreciação do n.º 3 do artigo 101.º do TFUE. As outras Comunicações incidem sobre aspectos importantes do novo sistema de aplicação dos artigos 101.º e 102.º, tais como o funcionamento da rede europeia da concorrência, a cooperação entre a Comissão e os Tribunais nacionais, a orientação informal às empresas (cartas de orientação) e o tratamento de denúncias pela Comissão<sup>8</sup>.

Com esta reforma, pretendeu-se reforçar o controlo *a posteriori* das regras de concorrência, graças à retirada da enorme carga burocrática que as inúmeras notificações prévias de acordos representavam para a Comissão Europeia, que impossibilitavam a utilização dos seus recursos para a investigação das práticas mais graves, que não eram, naturalmente, objecto de notificação. Por outro lado, a actuação dos Tribunais nacionais foi também robustecida, nomeadamente através do fim da obrigação das notificações prévias que implicou a abolição da possibilidade de bloqueio das acções judiciais<sup>9</sup>. No que respeita às ANC, o Regulamento (CE) n.º 1/2003 implicou algumas alterações que serão analisadas *infra*.

Um dos aspectos mais importantes do novo sistema de aplicação das regras de concorrência é, assim, a obrigatoriedade de as ANC dos vinte e sete Estados-Membros e a Comissão Europeia aplicarem a integralidade das regras do

---

7 Subsiste, porém, a possibilidade de a Comissão Europeia aconselhar as empresas, quando se colocam novas questões de direito e as empresas têm dificuldade em apreciar os seus acordos ou o seu comportamento à luz das regras de concorrência da UE – v. Comunicação da Comissão sobre as Orientações Informais.

8 Comunicação da Comissão sobre a cooperação no âmbito da rede de autoridades de concorrência, J.O. C 101, de 27.04.2004, pp. 43-53; Comunicação da Comissão sobre a cooperação entre a Comissão e os tribunais dos Estados-Membros da UE na aplicação dos artigos 81.º e 82.º do Tratado CE, JO C 101, de 27.04.2004, pp. 54-64; Comunicação da Comissão relativa ao tratamento de denúncias pela Comissão nos termos dos artigos 81.º e 82.º do Tratado CE, JO C 101, de 27.04.2004, pp. 65-77; Comunicação da Comissão sobre a orientação informal relacionada com questões novas relativas aos artigos 81.º e 82.º do Tratado CE que surjam em casos individuais (cartas de orientação), JO C 101, de 27.04.2004, pp. 78-80; Comunicação da Comissão Orientações sobre o conceito de afectação do comércio entre Estados-Membros previsto nos artigos 81.º e 82.º do Tratado, JO C 101, de 27.04.2004, pp. 81-96; Comunicação da Comissão “Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado”, JO C 101, de 27.04.2004, pp. 97-118.

9 Durante a vigência do Regulamento n.º 17, os Tribunais nacionais não dispunham da competência para aplicar o n.º 3 do artigo 101.º TFUE. Assim, as empresas podiam suspender uma acção judicial até que a Comissão se pronunciasse sobre um pedido de isenção apresentado. Sobre este aspecto, v. Lenaerts & Gerar, 2004.

Tratado a práticas restritivas da concorrência. Tal implica um enorme esforço de coordenação entre estas Instituições.

Uma das preocupações suscitadas pela descentralização da aplicação das regras dos Tratados é a adopção, por diferentes Autoridades de concorrência, de várias decisões que incidam sobre as mesmas práticas, quando estas afectem mais do que um Estado-Membro. Como se verá *infra*, não foram criadas regras de resolução de conflitos de competência entre as diferentes Autoridades. Assim, as regras de coordenação estabelecidas entre as Autoridades de concorrência europeias constituem meros compromissos, sem valor juridicamente vinculativo. A aplicação dos artigos 101.º e 102.º do TFUE, à luz do Regulamento (CE) n.º 1/2003, assenta num sistema de competências paralelas, admitindo a intervenção de mais do que uma ANC, num determinado caso, e não proibindo a existência de mais do que uma decisão condenatória sobre as mesmas práticas.

Surge, assim, a questão de saber se este sistema de aplicação do direito da concorrência da União Europeia é compatível com o princípio “*non bis in idem*”, cuja relevância a nível da UE tem sido reconhecida inúmeras vezes pelo Tribunal de Justiça da UE.

De facto, a incerteza gerada quanto à aplicação deste princípio poderá suscitar especiais dificuldades às Autoridades responsáveis pela concorrência sobre as decisões a tomar quando investigam um caso que afecte o território de mais do que um Estado-Membro. Com a crescente integração europeia do mercado e internacionalização das empresas, as práticas restritivas da concorrência tenderão a apresentar, com maior frequência, uma “*dimensão europeia*”, pelo que o problema poderá originar delicadas dificuldades de articulação entre as ANC e entre estas e a própria Comissão Europeia.

## 2. O SISTEMA DE REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS INSTITUÍDO PELO REGULAMENTO (CE) N.º 1/2003

O Regulamento (CE) n.º 1/2003 prevê expressamente que a Comissão, as ANC e os Tribunais nacionais têm competência para aplicar os artigos 101.º e 102.º do TFUE<sup>10</sup>, devendo, contudo, actuar em estreita cooperação (artigo 11.º).

A Comissão Europeia e as ANC formam, deste modo, um corpo de Autoridades responsáveis pela aplicação e fiscalização do respeito do regime jurí-

<sup>10</sup> V. artigos 4.º, 5.º e 6.º do Regulamento n.º 1/2003.

dico da concorrência da UE. Atenta a complementaridade das suas acções, têm vindo a actuar em estreita colaboração, num esforço de cooperação que ultrapassa, muitas vezes, o mero cumprimento das obrigações legais previstas no Regulamento (CE) n.º 1/2003. De facto, a Rede Europeia de Concorrência (Rede ECN) transformou-se num *forum* de debate e difusão de conhecimento sobre questões processuais e substantivas de interesse para todas as Autoridades participantes, podendo ser referido como um exemplo de sucesso de cooperação a nível regional.

A cooperação entre as diversas entidades responsáveis pela concorrência é, no actual enquadramento legal, imprescindível para assegurar uma aplicação coerente e uniforme do direito da concorrência da UE, bem como para uma utilização racional de recursos.

## 2.1. A articulação entre a Comissão Europeia e as Autoridades nacionais de concorrência

No que respeita à articulação entre a Comissão Europeia e as ANC, o Regulamento (CE) n.º 1/2003 prevê um conjunto de mecanismos de cooperação, que inclui obrigações de informação e de comunicação mútuas.

Quando iniciam um procedimento tendente à aplicação dos artigos 101.º e 102.º do TFUE ou imediatamente após a primeira medida de investigação formal<sup>11</sup>, as ANC devem comunicá-lo à Comissão e, facultativamente, às outras ANC (artigo 11.º, n.º 3 do Regulamento (CE) n.º 1/2003).

Na realidade, à luz da Comunicação da Comissão sobre a cooperação no âmbito da rede de Autoridades de concorrência a que se fez referência *supra*<sup>12</sup>, todas as Autoridades são informadas mutuamente acerca do início de procedimentos, através do preenchimento de um formulário electrónico<sup>13</sup>. Pretende-se, através desta obrigação de informação, permitir às restantes Autoridades aferir sobre a necessidade de realocação de um determinado processo numa fase ainda inicial, nos termos descritos *infra*, de modo a ate-

11 Sobre este conceito, a Comunicação da Comissão sobre a cooperação no âmbito da rede de Autoridades de concorrência estabelece um paralelo com os poderes de inquérito reconhecidos à Comissão pelos artigos 18.º a 21.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003, que incluem pedidos de informações, poderes para registar declarações e a realização de inspecções.

12 Esta Comunicação da Comissão apresenta a particularidade de ter implicado a emissão de uma Declaração expressa das Autoridades de concorrência nacionais, na qual estas reconhecem e declaram que respeitarão os princípios consignados na Comunicação (v. anexo à Comunicação).

13 V. os considerandos 16 a 19 da Comunicação.

nuar os inconvenientes causados por essa reatribuição, tanto para as empresas e outras entidades envolvidas, como para a própria investigação.

Numa fase mais adiantada do processo, as ANC têm o dever de informar a Comissão Europeia da intenção de adoptar certos tipos de decisões o mais tardar trinta dias antes da sua aprovação (artigo 11.º, n.º 4 do Regulamento (CE) n.º 1/2003)<sup>14</sup>. A mesma informação pode ser transmitida facultativamente às restantes ANC. Recebida a comunicação, a Comissão poderá decidir avocar o caso ou transmitir observações sobre o processo, devendo, em conjunto com a Autoridade nacional em causa, procurar uma interpretação e aplicação coerentes do direito da UE<sup>15</sup>. Estas observações não são, contudo, vinculativas para a ANC.

Transparece, assim, das disposições do Regulamento (CE) n.º 1/2003 que se pretende que a Comissão seja regularmente informada sobre os processos em curso nas ANC que impliquem a aplicação do regime jurídico da concorrência da UE, de modo a serem detectados os casos em que possa ser desejável uma realocação do processo.

Deste modo, após ser informada sobre a abertura de um procedimento a nível nacional, a Comissão pode decidir iniciar, ela própria, uma investigação sobre as mesmas práticas, após ter consultado a ANC em causa. O início por parte da Comissão de um processo conducente à aprovação de uma decisão final sobre um determinado caso priva as ANC de aplicarem os artigos 101.º e 102.º do TFUE, à luz do n.º 6 do artigo 11.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003<sup>16</sup>.

Sempre que a Comissão tencione accionar o mecanismo previsto no n.º 6 do artigo 11.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003, deve comunicá-lo à Rede

---

14 Aplicáveis às decisões em que exija que seja posto termo a uma infracção, aceite compromissos ou retire o benefício da aplicação de um regulamento de isenção por categoria. Independentemente das obrigações descritas, as ANC podem, em qualquer momento, consultar a Comissão relativamente a outros casos de aplicação do direito comunitário, tais como de rejeição de denúncia, arquivamento ou medidas provisórias (artigo 11.º, n.º 5 do Regulamento (CE) n.º 1/2003).

15 V. o considerando 46 da Comunicação.

16 Outra forma ao alcance da Comissão para clarificar a legislação e assegurar a sua aplicação coerente (v. considerando 14 do Regulamento (CE) n.º 1/2003), precludindo ou orientando a acção das Autoridades nacionais de concorrência encontra-se prevista no artigo 10.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003, referente às “declarações de não aplicabilidade”. À luz daquela disposição, a Comissão dispõe da possibilidade de adoptar decisões de carácter declaratório, em casos excepcionais, que contêm orientações para as Autoridades e Tribunais nacionais.

ECN, de modo a que as ANC tenham a possibilidade de solicitar uma reunião do Comité Consultivo, antes de a Comissão iniciar formalmente o processo<sup>17</sup>.

A Comissão compromete-se, ainda, a utilizar esta faculdade em casos excepcionais, sobretudo quando tenha decorrido o período inicial de atribuição do caso, após ter sido registado, pela primeira vez, na Rede ECN. Nessas situações, a Comissão só iniciará um caso quando os membros da rede tenham adoptado decisões contraditórias no mesmo processo, quando as ANC prevejam uma decisão em conflito com a jurisprudência da UE, quando os membros da Rede estejam a atrasar indevidamente um processo, quando o caso se revista de interesse para a UE ou quando as Autoridades em causa não se oponham<sup>18</sup>.

Ainda no quadro da repartição de competências entre a Comissão e as ANC, o artigo 13.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 prevê que a Comissão possa rejeitar uma denúncia com o fundamento que uma ANC está já a instruir o processo. No caso de a Comissão optar por uma decisão desta natureza, é duvidoso se tal implica uma renúncia à faculdade de iniciar um processo num momento posterior. Entendemos que, na ausência de novos elementos de prova que venham a alterar de forma substancial a configuração das práticas em causa, a Comissão não deverá, numa fase ulterior do processo, avocar o caso, impedindo a Autoridade nacional de prosseguir a sua investigação. Na verdade, o acto da Comissão em causa é o de rejeição de uma denúncia e não a mera suspensão do procedimento sobre os factos em causa.

De acordo com a Declaração conjunta do Conselho e da Comissão sobre o funcionamento da rede de Autoridades responsáveis em matéria de concorrência<sup>19</sup>, “a cooperação entre as ANC e com a Comissão baseia-se na igualdade, no respeito e na solidariedade”. Todavia, a mesma Declaração conjunta não deixa de salientar o papel preponderante reservado à Comissão Europeia no quadro do regime descrito. De facto, apesar de a Comissão e as ANC integrarem a Rede ECN, sendo todas responsáveis pela aplicação dos artigos 101.º e 102.º do TFUE, o Regulamento (CE) n.º 1/2003 não estabelece, como se viu, uma inteira equiparação entre a Comissão e as ANC, cabendo àquela um lugar de “*primus inter pares*”. Apenas a Comissão tem o poder de preempção dos casos,

---

17 V. os considerandos 50 a 57 da Comunicação da Comissão sobre a cooperação no âmbito da rede de autoridades de concorrência.

18 V. os considerando 54 da Comunicação da Comissão.

19 Documento n.º 15435/02 ADD 1.



de modo a poder harmonizar eventuais práticas conflitantes de diferentes Autoridades nacionais ou a poder fixar precedentes em casos inovadores<sup>20</sup>.

No âmbito dos mecanismos de coordenação das actividades da Comissão Europeia e das ANC, cumpre fazer uma referência ao Comité Consultivo, que poderá ser convocado para a discussão de processos individuais ou de outras questões, nos termos do artigo 14.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003.

O Comité Consultivo pode ainda ser convocado para debater processos que estejam a ser instruídos por uma ANC, por iniciativa da Comissão ou de uma Autoridade nacional. Esta possibilidade encontra-se prevista, em particular, para os processos relativamente aos quais a Comissão tenciona dar início à instrução, ao abrigo do n.º 6 do artigo 11.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003. Nestes casos, porém, o Comité Consultivo não emite pareceres *proprio sensu*.

O Comité Consultivo desempenha, assim, um papel fundamental para o alcance da desejável coerência na aplicação do direito da concorrência a nível da UE, estando previsto que funcione, para os casos mais importantes, como a instância para a discussão da atribuição de um determinado processo<sup>21</sup>.

## 2.2. A articulação entre as Autoridades nacionais de concorrência

O Regulamento (CE) n.º 1/2003 prevê algumas disposições que visam estabelecer o enquadramento jurídico das relações entre as Autoridades responsáveis em cada Estado-Membro pela aplicação do direito da concorrência da UE, numa perspectiva horizontal.

O n.º 1 do artigo 13.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 dispõe que, caso as ANC de dois ou mais Estados-Membros tenham recebido uma denúncia ou tenham oficiosamente dado início a um processo que vise a aplicação dos artigos 81.º ou 82.º do TCE à mesma prática anti-concorrencial (actuais artigos 101.º e 102.º TFUE), a instrução do processo por parte de uma Autoridade constitui, para as restantes, motivo suficiente para suspenderem a respectiva tramitação ou rejeitarem a denúncia. Através desta faculdade, as ANC podem obstar à multiplicação de processos relativos às mesmas infracções.

Por outro lado, se for apresentada a uma ANC ou à Comissão uma denúncia contra um acordo ou outra prática cuja investigação já está a ser prosse-

---

<sup>20</sup> Neste sentido, Korah, 2004: 213.

<sup>21</sup> V. o capítulo 4 da Comunicação da Comissão sobre a cooperação no âmbito da rede de autoridades de concorrência.

guida por outra ANC, tal denúncia pode ser rejeitada (artigo 13.º, n.º 2, do Regulamento (CE) n.º 1/2003).

### 2.3. A cooperação com os Tribunais nacionais

Com a descentralização da aplicação do n.º 3 do artigo 101.º do TFUE é previsível que mais casos sejam sujeitos à apreciação dos Tribunais nacionais<sup>22</sup>. O acréscimo de litígios que envolvam a aplicação das regras da concorrência da UE junto dos Tribunais nacionais suscita, de igual modo, preocupações relativas à aplicação eficaz e coerente do direito da concorrência da UE, sem prejuízo da possibilidade de recorrerem ao mecanismo do reenvio de questões prejudiciais previsto no artigo 267.º do TFUE<sup>23</sup>. Tal como refere o considerando 21 do Regulamento (CE) n.º 1/2003, a aplicação coerente das regras de concorrência exige também a adopção de mecanismos de cooperação entre os Tribunais dos Estados-Membros e a Comissão.

Ao contrário do que sucede com as ANC, o início de um procedimento pela Comissão não preclui a competência de um Tribunal nacional para prosseguir o seu processo referente às mesmas práticas. Assim, tendo em vista a aplicação uniforme do direito da concorrência da UE, o artigo 16.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 prevê dois tipos de situações, que reflectem a jurisprudência do Tribunal de Justiça<sup>24</sup>.

Se a Comissão já adoptou uma decisão final sobre o comportamento restritivo da concorrência em causa, os Tribunais nacionais não podem proferir decisões que conflituem com a apreciação da Comissão, salvo se esta decisão vier a ser anulada pelo Tribunal de Justiça<sup>25</sup>.

22 Nesta secção, não estão incluídos os Tribunais nacionais que foram designados pelos Estados-Membros como autoridades nacionais responsáveis pela concorrência.

23 Recorde-se que as ANC não podem recorrer a este mecanismo, tal como foi decidido pelo Tribunal de Justiça num caso que envolveu um pedido de decisão prejudicial apresentado pela Comissão de Concorrência Helénica, *Epitropi Antagonismou – v. Acórdão do Tribunal (Grande Secção) de 31 de Maio de 2005, Synetairismos Farmakopoiou Aitolias & Akarnanias (Syfait) e outros contra GlaxoSmithKline plc e GlaxoSmithKline AEEV*, processo C-53/03.

24 V. o Acórdão do Tribunal de 14 de Dezembro de 2000, *Masterfoods Ltd contra HB Ice Cream Ltd.*, processo C-344/98, Colectânea da Jurisprudência 2000, p. I-11369, bem como o Acórdão do Tribunal de 28 de Fevereiro de 1991, *Stergios Delimitis contra Henninger Braeu AG*, processo C-234/89, Colectânea da Jurisprudência 1991, p. I-00935. V. ainda os considerandos 11 a 14 da Comunicação da Comissão sobre a cooperação entre a Comissão e os tribunais dos Estados-Membros da UE na aplicação dos artigos 81.º e 82.º do Tratado CE.

25 V. o considerando 13 da Comunicação da Comissão.

No caso de o processo da Comissão ainda estar a decorrer, o Tribunal nacional deve evitar tomar uma decisão contrária àquela que a Comissão tencione adoptar. Em regra, e atendendo ao facto de não participar na Rede ECN, o Tribunal nacional tomará conhecimento da existência de um processo administrativo em curso através de uma das partes. O Tribunal nacional poderá, assim, dirigir um pedido de informação à Comissão, nomeadamente sobre se esta deu início a um processo relativo às mesmas práticas, o estágio do processo e a probabilidade de ser tomada uma decisão. Independentemente de ter formulado um pedido de informação à Comissão, o Tribunal nacional pode, atendendo a considerações de certeza jurídica, suspender a instância até que a decisão da Comissão seja tomada, em particular nos casos para os quais não exista prática decisória anterior relevante. Na eventualidade de suspender a instância, o Tribunal nacional deve, simultaneamente, adoptar as medidas cautelares adequadas aos interesses das partes em confronto. Por sua vez, a Comissão Europeia compromete-se a atribuir prioridade aos processos que tenham implicado a suspensão de um procedimento judicial nacional<sup>26</sup>.

Além destas disposições, o artigo 15.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 prevê um conjunto de regras sobre a cooperação da Comissão e das ANC com os Tribunais nacionais, que incluem mecanismos de troca de informação e de intervenção em juízo como “*amicus curiae*”.

#### **2.4. A retribuição de casos no âmbito da Rede Europeia de Autoridades de Concorrência (ECN)**

O Regulamento (CE) n.º 1/2003 não pretendeu instituir um sistema rígido de atribuição de competências a uma única entidade – a Comissão ou uma ANC –, procurando, no entanto, que o mesmo processo seja preferencialmente prosseguido por apenas uma Autoridade<sup>27</sup>. De facto, o Regulamento (CE) n.º 1/2003 não impede que a mesma prática restritiva da concorrência seja investigada e sancionada por mais do que uma ANC, aspecto sobre o qual nos debruçaremos *infra*.

Deste modo, a repartição de competências entre as diferentes Autoridades intervenientes constitui um dos maiores desafios colocados pelo Regulamento (CE) n.º 1/2003.

---

26 V. os considerandos 12 e 14 da Comunicação da Comissão.

27 V. o considerando 18 do Regulamento (CE) n.º 1/2003.

Em complemento do Regulamento (CE) n.º 1/2003 e integrando o “*pacote de modernização*”, a Comunicação da Comissão sobre a cooperação no âmbito da rede de autoridades de concorrência<sup>28</sup> contém orientações sobre o modo de funcionamento da Rede ECN, que integra as ANC dos 27 Estados-Membros e a Comissão Europeia.

No que concerne à repartição de competências entre as Autoridades de concorrência, a Comunicação da Comissão preconiza que a ECN deverá assegurar uma repartição eficiente do trabalho e uma aplicação eficaz e coerente das regras de concorrência da UE. Assim, apesar do sistema de competências paralelas, em que o mesmo caso pode ser tratado por uma ou mais ANC ou pela Comissão, prevêem-se mecanismos de cooperação tendentes a proporcionar uma partilha eficiente de processos.

A Comunicação da Comissão refere a possibilidade de reatribuição de um caso após o início de um processo por parte de uma Autoridade de concorrência, sendo que, em regra, a Autoridade que inicia o processo continuará a ser responsável por ele<sup>29</sup>. A possibilidade de reatribuição do processo só deve ser equacionada numa fase inicial do processo, ou seja, num prazo indicativo de dois meses após o envio da primeira informação sobre o início do caso à Rede. A reatribuição de um caso após o decurso destes dois meses só deverá ocorrer no caso de se verificar uma alteração substantiva dos factos integrantes do processo.

A reatribuição de um caso pode ocorrer por iniciativa da Autoridade que iniciou o processo ou ser suscitada por uma outra Autoridade que se considere bem posicionada para agir.

O critério de reatribuição de um caso é, assim, constituído pelo conceito de “*autoridade bem posicionada*”<sup>30</sup>. Na Comunicação da Comissão, são estabelecidas três condições cumulativas para que uma Autoridade seja consi-

---

28 JO C 101, de 27.04.2004, p. 43-53.

29 De facto, resulta do conteúdo da Comunicação da Comissão sobre o funcionamento da Rede que a principal preocupação no que respeita à repartição de competências entre as Autoridades de concorrência não é tanto constituída pela atribuição de um processo, mas antes pela sua reatribuição. Decorre, assim, deste sistema que a regra será a que caberá à primeira Autoridade a iniciar um processo a responsabilidade de prosseguir-lo. Neste sentido, Bramer, 2005: 1387.

30 Um critério alternativo seria o do “*centro de gravidade*” ou de “*enfoque nacional*”, defendido pelas autoridades de concorrência alemãs (v. o Relatório de 2001 da *Monopolkommission*). A Comissão defende, contudo, desde a apresentação da proposta do novo Regulamento, que “[a] rede garantirá igualmente uma distribuição eficaz dos casos, baseada no princípio de que os processos devem ser tratados pela autoridade em melhores condições de o fazer” (p. 8). V. Neste sentido, Bramer, 2005: 1388.

derada bem posicionada: (i) conexão ao território – o acordo ou prática tem grande impacto directo, real ou previsível, na concorrência no seu território, é aplicado no seu território ou tem nele origem; (ii) eficácia da acção – a Autoridade pode pôr eficazmente termo à infracção na sua totalidade, isto é, pode adoptar uma decisão de cessação com efeito suficiente para pôr termo à infracção e, se for caso disso, sancioná-la adequadamente; e (iii) melhor capacidade de produzir prova – pode reunir, eventualmente com a assistência de outras Autoridades, os elementos necessários para provar a infracção. Com estes critérios indicativos, pretende-se que a Autoridade que lida com um caso mantenha uma conexão material (territorial) com a infracção. Tal implicará, na maioria dos casos, que essa Autoridade disporá dos meios adequados para recolher os meios de prova necessários e para pôr termo à infracção. As três condições cumulativas correspondem, assim, a dois critérios fundamentais: proximidade e eficácia<sup>31</sup>.

A Comunicação da Comissão não exclui, no entanto, que, em certos casos, possa existir mais do que uma Autoridade de concorrência bem posicionada. Será o caso de um acordo que tem efeitos substanciais na concorrência no território de mais do que uma Autoridade e em que a acção de apenas uma delas não será suficiente para pôr totalmente termo à infracção e/ou para a sancionar adequadamente. Nestas situações, a Comissão entende que as Autoridades deverão coordenar a sua acção, de modo a designar uma Autoridade principal, que poderá ocupar-se da coordenação das acções de investigação, sem que nenhuma delas deva, no entanto, abdicar de instruir o seu próprio processo e, em última instância, proferir uma decisão sobre o caso.

A Comissão considera-se bem posicionada sempre que uma determinada prática restritiva da concorrência afectar a concorrência em mais de três Estados-Membros ou se o interesse da UE assim o exigir, nomeadamente por estarem em causa novas questões de concorrência.

A questão da retribuição de um caso origina um intenso diálogo, que poderá revestir uma natureza horizontal – entre ANC – ou vertical – entre ANC e a Comissão Europeia.

Como já foi referido, para os casos mais importantes – e previsivelmente mais polémicos –, o Comité Consultivo poderá funcionar como instância de

---

31 Smits (2005: 179), que realça ainda a importância de três “E”: “*effect, end and evidence*”.

discussão e alcance de um consenso sobre a atribuição de um determinado processo<sup>32</sup>.

O sistema instituído pode ser criticado pela ausência de critérios suficientemente claros que permitam assegurar um mínimo de previsibilidade quanto à Autoridade que virá a prosseguir e, em última análise, decidir um determinado processo. A atribuição de competência a uma determinada Autoridade tem implicações profundas para as empresas e pessoas envolvidas, que se estendem desde o direito processual aplicável até à natureza e montante das sanções a aplicar, atendendo ao princípio da autonomia processual dos Estados-Membros. Nessa medida, o actual sistema pode ser criticado à luz dos direitos processuais reconhecidos às pessoas singulares e colectivas, em particular quando possa estar em causa a aplicação de sanções de natureza penal. Além daqueles aspectos, Brammer (2009) refere ainda as dificuldades para as partes de impugnarem judicialmente uma decisão de reatribuição de um caso, apontando ainda como aspecto negativo o carácter interno à rede ECN das discussões entre Autoridades sobre a Autoridade bem posicionada para prosseguir um caso, sem a participação dos visados pela investigação.

Bruno Lassere, Presidente da *Autorité de la concurrence* francesa, considera que as exigências de eficácia na alocação de recursos e de solução dos problemas de concorrência explicam, em parte, o número diminuto de reatribuições, desde Maio de 2004<sup>33</sup>.

A ocorrência de reatribuições de processos pode, no entanto, ser exponenciada através da generalização de regimes de isenção ou redução de sanções, geralmente denominado de “*programas de clemência*” ao nível dos Estados-Membros<sup>34</sup>. De facto, não existe para o regime de clemência um “*balcão único*” a nível da UE, sendo que as empresas estão actualmente obrigadas a apresentar pedidos de clemência em todas as ANC (ainda que sob forma sumária) que se preveja que possam vir a investigar um determinado caso, à luz dos critérios pouco concretos que presidem à eleição da Autoridade

---

32 V. o considerando 62 da Comunicação da Comissão sobre a cooperação no âmbito da rede de autoridades de concorrência.

33 Lassere, 2005: 44. O mesmo Autor descreve as “negociações” subjacentes à repartição de competências entre a Comissão Europeia e o *Conseil de la concurrence*, com especial destaque para o caso “*Wanadoo*” (Lassere, 2005: 45).

34 Actualmente, dos vinte e sete Estados-Membros apenas Malta não dispõe de mecanismos que possibilitem a atribuição de imunidade ou redução de sanções por violação das regras da concorrência. Em Portugal, este regime encontra-se previsto na Lei n.º 39/2006, de 25 de Agosto, publicada no Diário da República, 1.ª Série – n.º 164, de 25 de Agosto de 2006.

“bem posicionada”. Deste modo, é previsível que o mesmo caso seja levado ao conhecimento de várias Autoridades, o que pode induzir o aumento de situações de processos múltiplos ou de reatribuição de casos<sup>35</sup>.

### 3. O PRINCÍPIO “NON BIS IN IDEM”

#### 3.1. Breves considerações gerais

O princípio “*non bis in idem*” visa evitar que a mesma pessoa seja condenada ou sujeita a julgamento mais do que uma vez, em virtude da prática dos mesmos factos, constituindo uma protecção do indivíduo contra eventuais abusos do Estado no exercício do seu *ius puniendi*, como já foi salientado pelo Tribunal de Justiça. O princípio “*non bis in idem*” integra, assim, as garantias e direitos do arguido, afigurando-se intrinsecamente ligado aos princípios de um processo justo e equitativo. Na síntese de Costa Ramos (2009: 82), podem ser reconhecidas duas funções centrais ao princípio – garantia da segurança jurídica individual e garantia da segurança jurídica colectiva – e uma função acessória de promoção da eficiência do sistema judiciário.

O princípio “*non bis in idem*” integra, assim, um princípio de “*exaustão do procedimento*”, que proíbe um segundo procedimento sancionatório sobre os mesmos factos<sup>36</sup>. Tal como é salientado pelo Advogado-Geral Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer<sup>37</sup>, o princípio “*non bis in idem*” visa acautelar dois pilares fundamentais do ordenamento jurídico: a segurança jurídica e a equidade. As exigências de segurança jurídica implicam que o infractor, uma vez punido, deve confiar que “*expiou a sua culpa, sem receio de um novo correctivo*” ou, no caso de ser absolvido, que não será confrontado com novo processo. Por seu turno, o respeito pela equidade e a proporcionalidade impedem uma acumu-

35 Por outro lado, de modo a evitar a multiplicação de requerimentos, as empresas poderão tender a procurar obter clemência junto da Comissão, uma vez que a sua decisão tem eficácia a nível comunitário. Este procedimento pode, porém, comprometer os objectivos de descentralização visados pelo Regulamento (CE) n.º 1/2003. Neste sentido, Moreira, 2005.

36 Em conexão com o princípio “*non bis in idem*”, a jurisprudência do Tribunal de Justiça da UE refere-se ao “*Anrechnungsprinzip*” ou princípio do cômputo, de acordo com o qual, tendo havido uma condenação anterior num outro Estado, a sanção já aplicada deve ser tomada em consideração na segunda condenação, de modo a reduzir a nova sanção a aplicar. Todavia, este aspecto não será aqui desenvolvido, atenta a economia do presente trabalho.

37 V. as Conclusões apresentadas em 19 de Setembro de 2002 nos Processos C-187/01, *Processo penal contra Hüseyin Gözütok*, e C-385/01, *Processo penal contra Klaus Brügge*.

lação de sanções, na medida em que cada sanção aplicada já leva em conta todas as necessidades de prevenção geral e especial reveladas no caso concreto.

Devido ao seu carácter fundamental, o princípio está presente nas Constituições (ou tradições constitucionais) de inúmeros países<sup>38</sup>, bem como em diversos instrumentos internacionais, nomeadamente no âmbito das Nações Unidas e Conselho da Europa<sup>39</sup>.

### 3. 2. O princípio “*non bis in idem*” no direito da União Europeia

Também ao nível da UE, a relevância do princípio “*non bis in idem*” é reconhecida, o que decorre da configuração da UE como uma União de Direito, assentando na dignidade e liberdades humanas (Costa Ramos, 2009: 101)<sup>40</sup>.

O Tribunal de Justiça, no âmbito do seu activo papel promotor do reconhecimento dos direitos fundamentais a nível da UE, declarou a aplicação deste princípio, nas primeiras décadas das Comunidades. No processo *Max Gutmann contra a Comissão da Comunidade Europeia da Energia Atómica*<sup>41</sup>, o Tribunal de Justiça pronunciou-se sobre a aplicação do princípio “*non bis in idem*”, declarando que o princípio proíbe, não só a imposição de duas sanções disciplinares relativas à mesma ofensa, como também a mera existência de dois processos disciplinares relativamente aos mesmos factos<sup>42</sup>. O Tribunal reconheceu assim a dimensão intra-comunitária do princípio, em termos

---

38 V. artigo 29.º, n.º 5, da Constituição da República Portuguesa: “Ninguém pode ser julgado mais do que uma vez pela prática do mesmo crime”.

39 No quadro das Nações Unidas, destacamos o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, de 16 de Dezembro de 1966. Neste instrumento internacional, o princípio “*non bis in idem*” é definido em função do conceito de “*infracção*”. De acordo com o n.º 7 do artigo 14.º do Pacto, “ninguém pode ser julgado ou punido novamente por motivo de uma infracção da qual já foi absolvido ou pela qual já foi condenado por sentença definitiva, em conformidade com a lei e o processo penal de cada país”. No âmbito do Conselho da Europa, existem, de igual modo, convenções que prevêm disposições específicas sobre o princípio “*non bis in idem*”, tais como o Protocolo n.º 7 de 22 de Novembro de 1984 à Convenção Europeia dos Direitos do Homem e das Liberdades e a Convenção Europeia sobre a Validade Internacional de Julgamentos em matéria penal, de 28 de Maio de 1970.

40 Sobre o princípio “*non bis in idem*” no Direito da União Europeia, realizando uma análise da jurisprudência mais relevante, v. também Medina de Seíça, 2009.

41 Acórdão do Tribunal de Justiça (Primeira Secção) de 5 de Maio de 1966 e de 15 de Março de 1967, *Max Gutmann contra Comissão da Comunidade Europeia da Energia Atómica*, processos apensos 18 e 35-65, Colectânea da Jurisprudência edição especial portuguesa 1965-1968, páginas 00325 e 00551.

42 No caso concreto, o Tribunal concluiu que os dois procedimentos disciplinares realizados pela Comissão CECA visavam o mesmo comportamento do funcionário, anulando a decisão de abertura de processo disciplinar adoptada pela Comissão após a imposição de uma sanção disciplinar.



equivalentes à sua consagração nas ordens jurídicas dos Estados<sup>43</sup>. Mais tarde, o Tribunal viria a estabelecer o princípio “*non bis in idem*” como princípio geral num acórdão respeitante ao direito da concorrência no caso conhecido por “*PVC II*”, a que nos referiremos *infra*.

Décadas volvidas, a construção pretoriana viria a ganhar consagração nos Tratados. O artigo 6.º, n.º 3, do Tratado UE prevê expressamente que do direito da União fazem parte, enquanto princípios gerais, os direitos fundamentais tal como os garante a Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e tal como resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros. O respeito pelo princípio “*non bis in idem*” não pode deixar de estar incluído neste acervo de direitos e garantias fundamentais. Neste contexto, importa ainda salientar que a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, proclamada em Nice, em 2000, e com valor jurídico equivalente ao dos Tratados nos termos do actual artigo 6.º, n.º 1 do TUE, explicita a relevância do princípio “*non bis in idem*” no seu artigo 50.º, afirmando expressamente o seu carácter transnacional<sup>44</sup>.

**3.2.1. O princípio “*non bis in idem*” no Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça**  
Atendendo à ligação genética do princípio “*non bis in idem*” com o direito penal – ramo paradigmático do direito sancionatório –, não surpreende que seja no âmbito da acção desenvolvida no quadro do Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça que se tenham registado maiores desenvolvimentos neste domínio, nomeadamente através da sua consagração em Convenções celebradas entre os Estados-Membros<sup>45</sup>, onde se destaca a Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen (CAAS)<sup>46</sup>. Neste mesmo âmbito, têm ainda sido apresentadas algumas iniciativas que visam a consagração em termos mais genéricos do princípio “*non bis in idem*”, como foi o caso da iniciativa da Grécia de 2003 relativa à aplicação do princípio “*non bis in idem*” a nível da União

43 V. Costa Ramos, 2009: 71.

44 V. Costa Ramos, 2009: 78.

45 Refira-se a Convenção sobre a aplicação do princípio “*non bis in idem*”, de 25 de Maio de 1987, a Convenção relativa à Protecção dos Interesses Financeiros da Comunidade e a Convenção relativa à Luta contra a Corrupção.

46 V. os artigos 54.º a 58.º da Convenção de aplicação do Acordo de Schengen, J.O. L 239, de 22.09.2000, pp. 19-62.

Europeia, que não obteve, todavia, consenso entre os Estados-Membros<sup>47</sup>. Na sequência do fracasso da iniciativa helénica, a Comissão publicou, no final de 2005, o Livro Verde sobre os conflitos de competência e o princípio “*ne bis in idem*” no âmbito dos procedimentos penais, acompanhado por um desenvolvido Anexo Técnico<sup>48</sup>, lançando, deste modo, uma consulta alargada das partes interessadas sobre a problemática dos conflitos de competência e do princípio “*non bis in idem*” em matéria penal.

Além disso, o Tribunal de Justiça tem vindo a desenvolver um importante trabalho de densificação dos conceitos integradores do princípio “*non bis in idem*”, considerando a sua aplicação a nível do Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça da UE, sobretudo em sede de apreciação, a título prejudicial, de questões colocadas por órgãos jurisdicionais nacionais sobre a interpretação da Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen, em particular o seu artigo 54.º. Assim, o Tribunal de Justiça tem fornecido critérios interpretativos dos diferentes elementos que compõem o princípio, nomeadamente os conceitos de “*definitivamente julgado*”<sup>49</sup> e de “*mesmos factos*” (“*idem res*”).

Com maior relevância para a matéria aqui tratada, importa referir brevemente a Jurisprudência do Tribunal de Justiça da UE no que respeita ao conceito de “*idem res*” ou de “*mesmos factos*”. No caso *Van Esbroeck*, discutia-se a

47 Iniciativa da República Helénica tendo em vista a adopção de uma Decisão-Quadro do Conselho relativa à aplicação do princípio *ne bis in idem*, J.O. C 100, de 26.4.2003, pp. 24-27.

48 Livro Verde sobre os conflitos de competência e o princípio *ne bis in idem* no âmbito dos procedimentos penais (documento n.º COM(2005) 696 final, de 23.12.2005), e *Commission Staff Working Document Annex to the Green Paper On Conflicts of Jurisdiction and the Principle of ne bis in idem in Criminal Proceedings* (documento n.º SEC(2005) 1767, de 23.12.2005).

49 Sobre o conceito de “*definitivamente julgado*”, o Tribunal de Justiça pronunciou-se, em 11 de Fevereiro de 2003, no caso *Processos penais contra Hüseyin Gözütok (C-187/01)* e *Klaus Brügge (C-385/01)*, processos apensos C-187/01 e C-385/01, Colectânea da Jurisprudência 2003, página I-01345. O Tribunal de Justiça acolheu, em grande parte, as Conclusões do Advogado-Geral Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, apresentadas em 19 de Setembro de 2002. Este foi o primeiro Acórdão do Tribunal de Justiça proferido no exercício das competências conferidas pelo artigo 35.º do TUE (v. Fletcher, 2003).

Posteriormente, o Tribunal de Justiça voltou a pronunciar-se sobre a mesma questão nos Acórdãos de 10 de Março de 2005, *Processo-crime contra Filomeno Mario Miraglia* (processo C-469/03, Colectânea da Jurisprudência 2005), de 10 de Março de 2005, *Processo-crime contra Filomeno Mario Miraglia* (processo C-469/03, Colectânea da Jurisprudência 2005), de 28 de Setembro de 2006, *Jean Leon Van Straaten contra Estado Neerlandês e República Italiana* (processo C-150/05), de 28 de Setembro de 2006, no processo C 467/04, processo-crime contra *Giuseppe Francesco Gasparini, José M.a L. A. Gasparini, Giuseppe Costa Bozzo, Juan de Lucchi Calcagno, Francesco Mario Gasparini, José A. Hormiga Marrero e Sindicatura Quiebra* e de 22 de Dezembro de 2008, *Vladimir Turanský*, processo C-491/07.

V. ainda o Acórdão do Tribunal de Justiça de 11 de Dezembro de 2008, *Klaus Bourquain*, processo C-297/07, no qual o Tribunal decidiu que o princípio se aplica mesmo quando a pena a que a pessoa tenha sido condenada (em primeiro lugar) nunca tenha sido executada devido a especificidades processuais.

questão de saber se o transporte ilícito de estupefacientes entre dois Estados-Membros constitui “*os mesmos factos*” ou se dois Estados poderiam puni-lo como uma infracção diferente (num Estado como *importação* e noutro como *exportação* de estupefacientes).

Nas suas Conclusões sobre o caso<sup>50</sup>, o Advogado-Geral Dámaso Ruiz Jarabo Colomer distinguiu três possibilidades de interpretar o conceito de “*mesmos factos*”, através de uma concepção material – enquanto conjunto de acontecimentos que constituem um fenómeno histórico –, da sua qualificação jurídica ou de acordo com os bens protegidos pelo tipo penal. O Advogado-Geral considera a primeira possibilidade como a mais adequada às infracções com incidência transfronteiriça<sup>51</sup>.

No seu Acórdão<sup>52</sup>, o Tribunal de Justiça entendeu que o conceito de “*idem res*”, para efeitos de aplicação do princípio “*non bis in idem*” no quadro da CAAS, é o de “*identidade dos factos materiais, entendido como a existência de um conjunto de factos indissociavelmente ligados entre si, independentemente da qualificação jurídica desses factos ou do bem jurídico protegido*”. Nessa medida, o Tribunal de Justiça considerou que os factos sob apreciação relativos à importação e à exportação dos mesmos estupefacientes deveriam ser considerados os mesmos factos, ou seja, “*um conjunto de circunstâncias concretas indissociavelmente ligadas entre si [...] no tempo, no espaço e pelo seu objecto*” (considerandos 36 a 38). O Tribunal de Justiça adoptou, deste modo, um conceito material de mesmos factos.

As dúvidas interpretativas acerca do conceito de “*mesmos factos*” constituem também um dos elementos subjacentes ao reenvio prejudicial nos casos *Van Straaten*, *Gasparini* e *Kretzinger*<sup>53</sup>. O Tribunal de Justiça reitera a jurisprudência no caso *Van Esbroek*, considerando que, face à inexistente harmonização das legislações penais nacionais, “*o único critério relevante [...] é o da identidade dos factos materiais, entendido como a existência de um conjunto de circunstâncias concretas indissociavelmente ligadas entre si*”, independentemente da sua qua-

50 Conclusões do Advogado-Geral Dámaso Ruiz Jarabo Colomer apresentadas em 20 de Outubro de 2005 no Processo C-436/04, *Léopold Henri van Esbroeck contra Openbaar Ministerie*.

51 O Advogado-Geral afirma, de forma taxativa, que “*se, em lugar dos simples factos, se ponderassem as violações da lei ou os valores que se protegem com a sua proibição, o princípio ne bis in idem nunca operaria no âmbito internacional*”.

52 Acórdão do Tribunal de Justiça de 9 de Março de 2006, *Processo-crime contra Leopold Henri Van Esbroeck*, processo C-436/04, Colectânea da Jurisprudência 2006.

53 Acórdão de 18 de Julho de 2007, *Jürgen Kretzinger*, processo C-288/05.

lificação jurídica ou do bem jurídico protegido em ambas as decisões (considerando 48 do Acórdão *Van Straaten*). Posteriormente, no processo *Kraaijenbrink*<sup>54</sup>, o Tribunal de Justiça acrescentou que uma “*ligação subjectiva entre factos*” ou a existência de uma “*mesma intenção delituosa*” que origina os dois processos não implica necessariamente a existência de uma ligação objectiva entre os factos, que podem ser distintos do ponto de vista temporal e espacial e pela sua natureza (considerando 30).

Pode, assim, concluir-se que o Tribunal de Justiça tem vindo, paulatinamente, a construir um quadro interpretativo para a definição, a nível do Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça da UE, dos conceitos integrantes do princípio “*non bis in idem*”, tais como o conceito de *decisão final* e o conceito de “*idem res*”. No que se refere ao conceito de “*idem res*”, importa salientar que o Tribunal fundamenta a sua interpretação na circunstância de, “*devido à inexistência de harmonização das legislações penais nacionais, um critério baseado na qualificação jurídica dos factos ou no interesse jurídico protegido [ser] susceptível de criar tantos obstáculos à liberdade de circulação no espaço Schengen quantos sejam os sistemas penais dos Estados contratantes*”<sup>55</sup>.

### 3.2.2. O princípio “*non bis in idem*” no direito europeu da concorrência

Os processos de aplicação das regras de concorrência e as decisões adoptadas pela Comissão ao abrigo do Regulamento (CE) n.º 1/2003 têm natureza administrativa, não se revestindo essas sanções, à luz do disposto no n.º 5 do artigo 23.º do Regulamento, de carácter penal.

Por outro lado, no quadro dos ordenamentos jurídicos nacionais, as decisões das ANC revestem-se de natureza administrativa (onde se incluem as contra-ordenações) ou penal, de acordo com as opções do legislador nacional, uma vez que o Regulamento (CE) n.º 1/2003 não impôs uma harmonização da natureza das sanções.

Esta caracterização não isenta, porém, nem a Comissão Europeia nem as ANC da submissão aos princípios consagrados na Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH) na sua actuação, atendendo ao carácter amplo

<sup>54</sup> Acórdão de 18 de Julho de 2007, *Norma Kraaijenbrink*, processo C-367/05.

<sup>55</sup> V. considerando 35 da decisão do Tribunal no caso *Van Esbroek*.

do conceito de matéria penal constante do respectivo artigo 6.º, que consagra o direito a um processo equitativo<sup>56</sup>.

Apesar da natureza eminentemente administrativa dos procedimentos desenvolvidos pela Comissão Europeia, foi no domínio do direito concorrência que o Tribunal de Justiça declarou expressamente, pela primeira vez, que o “*non bis in idem*” é um princípio fundamental de Direito da UE, no caso que viria a ser conhecido por *PVC II*<sup>57</sup>.

No referido processo, discutia-se se a Comissão poderia proferir uma nova decisão sobre os mesmos factos após o Tribunal ter anulado a sua decisão de 1988, sob pena de violação do princípio “*non bis in idem*”. Na sua apreciação, o então Tribunal de Primeira Instância<sup>58</sup> considerou que “*uma empresa não pode ser acusada pela Comissão [...] por violação das normas comunitárias da concorrência ou penalizada por esta através da aplicação de uma coima, devido a um comportamento anticoncorrencial relativamente ao qual o Tribunal de Primeira Instância, ou o Tribunal de Justiça, já concluiu que a Comissão tinha, ou não, feito a respectiva prova*”. O Tribunal entendeu, porém, que, no acórdão do Tribunal de Justiça de 15 de Junho de 1994, não haviam sido analisados os fundamentos de mérito invocados pelas recorrentes quando anulou a decisão da Comissão de 1988. Assim, o Tribunal de Primeira Instância considerou que, ao adoptar a sua nova decisão, a Comissão se limitara a reparar o vício formal censurado pelo Tribunal de Justiça, não tendo aplicado duas sanções às empresas, pelo que rejeitou os argumentos de violação do princípio “*non bis in idem*”.

Em sede de recurso do Acórdão de 1994, o Tribunal de Justiça viria a confirmar o entendimento do Tribunal de Primeira Instância no Acórdão de

<sup>56</sup> Como observa Smits, 2005: 183. Para uma síntese da interpretação deste preceito, v. Barreto, 2005: 111-178.

<sup>57</sup> Acórdão do Tribunal de Justiça de 15 de Outubro de 2002, *Limburgse Vinyl Maatschappij NV (LVM) (C-238/99 P)*, *DSM NV e DSM Kunststoffen BV (C-244/99 P)*, *Montedison SpA (C-245/99 P)*, *Elf Atochem SA (C-247/99 P)*, *Degussa AG (C-250/99 P)*, *Enichem SpA (C-251/99 P)*, *Wacker-Chemie GmbH e Hoechst AG (C-252/99 P)* e *Imperial Chemical Industries plc (ICI) (C-254/99 P) contra Comissão das Comunidades Europeias*, processos apensos C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P a C-252/99 P e C-254/99 P, Colectânea da Jurisprudência 2002, p. I-08375.

<sup>58</sup> Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 20 de Abril de 1999, *Limburgse Vinyl Maatschappij NV, Elf Atochem SA, BASF AG, Shell International Chemical Company Ltd, DSM NV e DSM Kunststoffen BV, Wacker-Chemie GmbH, Hoechst AG, Société artisanienne de vinyle, Montedison SpA, Imperial Chemical Industries plc, Hüls AG e Enichem SpA contra Comissão das Comunidades Europeias*, Processos apensos T-305/94, T-306/94, T-307/94, T-313/94 a T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 e T-335/94, Colectânea da Jurisprudência 1999, p. II-00931.

2002 já mencionado<sup>59</sup>. O Tribunal considerou que o princípio “*non bis in idem*” “*proíbe, em matéria de concorrência, que uma empresa seja condenada ou alvo de um processo uma segunda vez devido a um comportamento anticoncorrencial pelo qual já foi punida ou declarada isenta de responsabilidade por uma decisão anterior que já não seja susceptível de recurso*” (considerando 59). O Tribunal acrescentou que “*em contrapartida, este princípio não obsta, em si mesmo, à retoma de um processo que tenha como objecto o mesmo comportamento anticoncorrencial quando uma primeira decisão foi anulada por motivos de forma sem que tenha havido uma decisão de fundo quanto aos factos imputados, a decisão de anulação não sendo, neste caso, equivalente a ‘absolvição’ na acepção dada a este termo em matéria penal. Neste caso, as sanções impostas pela nova decisão não se juntam às aplicadas pela decisão anulada, mas substituem estas*” (considerando 62). Com estes fundamentos, o Tribunal declarou que a Comissão, ao adoptar a segunda decisão sobre os mesmos factos, não violara o princípio “*non bis in idem*”.

Decorre desta Jurisprudência que o princípio envolve uma decisão de mérito sobre os factos. Esta Jurisprudência foi recentemente retomada pelo Tribunal de Primeira Instância no Acórdão *ThyssenKrupp* de 2009<sup>60</sup>.

Perspectivando a aplicação do princípio de uma outra forma, o *Grupo Danone* recorreu de uma decisão condenatória da Comissão Europeia perante o Tribunal de Primeira Instância, invocando, como fundamento do seu recurso, a violação do princípio “*non bis in idem*”<sup>61</sup>. A impugnante sustentava que a Comissão, ao tomar em consideração anteriores infracções da *Danone* para aferir a gravidade da infracção e consequentemente determinar o montante da coima, havia violado o princípio “*non bis in idem*”<sup>62</sup>. O Tribunal de Primeira Instância reiterou a Jurisprudência do caso *Cimentos* – a que

59 Acórdão do Tribunal de Justiça de 15 de Outubro de 2002, *Limburgse Vinyl Maatschappij NV (LVM) (C-238/99 P)*, *DSM NV e DSM Kunststoffen BV (C-244/99 P)*, *Montedison SpA (C-245/99 P)*, *Elf Atochem SA (C-247/99 P)*, *Degussa AG (C-250/99 P)*, *Enichem SpA (C-251/99 P)*, *Wacker-Chemie GmbH e Hoechst AG (C-252/99 P)* e *Imperial Chemical Industries plc (ICI) (C-254/99 P) contra Comissão* apensos C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P a C-252/99 P e C-254/99 P, Colectânea da Jurisprudência 2002, p. I-08375.

60 Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 1 de Julho de 2009, *ThyssenKrupp Stainless AG contra Comissão das Comunidades Europeias*, processo T-24/07 – v. considerandos 178 a 192.

61 Acórdão do Tribunal de Justiça de 25 de Outubro de 2005, *Groupe Danone contra Comissão das Comunidades Europeias*, processo T-38/02.

62 Sobre a relevância da reincidência na determinação da medida concreta da sanção, v. as Orientações da Comissão para o cálculo das coimas aplicadas por força do n.º 2, alínea a), do artigo 23.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003, que prevêem um agravamento até 100% do montante base da coima por esse motivo (J.O. C 210, de 1.9.2006, p. 2-5).

se fará referência *infra* –, de acordo com a qual, no domínio do direito da concorrência da UE, o princípio “*non bis in idem*” proíbe que uma empresa seja condenada ou submetida a novo procedimento por uma conduta relativamente à qual já foi condenada ou absolvida por decisão definitiva. Além disso, a aplicação do princípio “*non bis in idem*” está sujeita a uma triplíce condição de identidade dos factos, do arguido e do interesse legalmente protegido (considerando 185). Nessa medida, o Tribunal considerou que, no caso *sub judice*, a Comissão não violara o princípio, tendo antes apenas tomado em consideração, como circunstância factual, duas infracções anteriores da mesma empresa ao disposto no então artigo 81.º do Tratado CE.

Igualmente no contexto da apreciação de uma alegação de violação do princípio “*non bis in idem*” a propósito da consideração da reincidência para a determinação do montante da coima, o Tribunal de Primeira Instância realçou a importância da delimitação do mercado relevante de produto em causa para a distinção entre factos (“*idem res*”), nomeadamente no Acórdão *Hoechst*<sup>63</sup>. Neste aresto, o Tribunal de Primeira Instância decidiu pela inexistência de uma identidade de factos uma vez que as decisões da Comissão “*respeita[m] a um cartel com um objecto diferente, a saber, uma infracção num mercado de produtos distintos*” (considerandos 149 e 150).

Mais recentemente, o Tribunal Geral reiterou a relevância da definição do mercado relevante de produto para a distinção entre factos objecto de diferentes decisões da Comissão Europeia, no caso *Wieland-Werke*<sup>64</sup>. O Tribunal referiu que a existência de mercados de produto distintos é um critério pertinente para determinar o alcance e, nessa medida, a identidade de infracções ao artigo 81.º TCE (considerando 83). O Tribunal acrescenta, porém, que, se os acordos estivessem conexos através de laços de condicionalidade ou de coordenação, poderiam ser considerados como fazendo parte de um mesmo plano global, podendo assim ser considerados como uma única infracção ainda que abrangendo dois mercados de produto diferentes. Nessa medida, poderiam constituir “*mesmos factos*” para efeitos de aplicação do princípio “*non bis in idem*”.

---

63 V. Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 30 de Setembro de 2009, *Hoechst GmbH contra Comissão das Comunidades Europeias*, processo T-161/05, em particular os considerandos 135 a 152.

64 Acórdão do Tribunal Geral de 19 de Maio de 2010, *Wieland-Werke AG, Buntmetall Amstetten GmbH e Austria Buntmetall AG*, contra Comissão Europeia, processo T-11/05, em particular os considerandos 74 a 95.

Os casos acima descritos referem-se a uma dimensão de aplicação do princípio “*non bis in idem*” interna à UE, na medida em que se referem a decisões proferidas apenas pela Comissão Europeia. Todavia, no âmbito do direito da concorrência da UE, o Tribunal de Justiça tem sido, ainda, chamado a pronunciar-se sobre a aplicação do princípio “*non bis in idem*” entre ordens jurídicas distintas em dois grupos de situações: nos casos de aplicação paralela do regime jurídico de concorrência de um Estado-Membro e da UE e nos casos de aplicação paralela das regras de concorrência da UE e extra-UE, em particular dos EUA.

### 3.2.2.1. *A aplicação paralela da legislação de concorrência nacional de um Estado-Membro e da UE*

No que respeita à aplicação ao mesmo caso da legislação da UE e nacional de concorrência, o Tribunal de Justiça admitiu expressamente, no caso *Walt Wilhelm*<sup>65</sup>, que o direito da UE e as legislações nacionais de concorrência abordam as infracções de concorrência numa perspectiva diversa. Enquanto o então Tratado CE punia um cartel à luz dos obstáculos que dele podem resultar para o comércio intra-comunitário, as legislações nacionais incorporam interesses próprios distintos dos da União. Neste contexto, o mesmo acordo entre empresas poderá ser objecto de dois processos paralelos, um perante a Comissão Europeia, à luz dos pertinentes artigos do TFUE, e outro perante uma ANC, conforme a legislação nacional. O Tribunal entendeu que, na ausência de uma proibição expressa prevista nos Tratados ou no direito da UE derivado, não existia um princípio geral de direito da UE que impedisse a existência de procedimentos paralelos<sup>66</sup>. O Tribunal acrescentou, no entanto, que a aplicação paralela das legislações da UE e nacional não deve prejudicar a aplicação uniforme do direito da UE no mercado interno e o efeito das medidas adoptadas à luz das normas da UE<sup>67</sup>.

65 Acórdão do Tribunal de Justiça de 13 de Fevereiro de 1969, *Walt Wilhelm e outros contra Bundeskartellamt*, processo 14/68, Colectânea da Jurisprudência 1969, p. 1.

66 O entendimento do Tribunal de Justiça neste caso terá divergido, em certa medida, das Conclusões do Advogado-Geral Roemer. De acordo com a citação de Vesterdof (2003), o Advogado-Geral considerou que o princípio “*non bis in idem*” não teria aplicação na relação entre as legislações nacionais e comunitária desde que as Comunidades não constituam uma ordem jurídica federal.

67 Além disso, o Tribunal considerou que, à luz da “justiça natural”, na determinação de uma sanção, seja tomada em consideração a sanção aplicada anteriormente. O Tribunal de Justiça reconheceu, deste modo, a relevância, a nível comunitário, do *Anrechnungsprinzip*, a que se fez menção *supra* e que aqui não se desenvolverá.



Também no acórdão *Masterfoods*<sup>68</sup>, o Tribunal de Justiça foi chamado a pronunciar-se sobre uma questão relacionada com procedimentos paralelos nos órgãos jurisdicionais nacionais e da UE relativos à aplicação do direito da concorrência da UE. No caso concreto, estavam em confronto os entendimentos contraditórios sobre a mesma questão do *High Court* irlandês e da Comissão Europeia, cuja decisão se encontrava em recurso pendente perante o então Tribunal de Primeira Instância.

Neste aresto, o Tribunal de Justiça, à luz da sua jurisprudência constante<sup>69</sup>, declarou que, mesmo depois de a Comissão ter desencadeado um procedimento relativo à aplicação das regras de concorrência, os órgãos jurisdicionais nacionais conservam a sua competência para aplicar as disposições dos então artigos 85.º, n.º 1 e 86.º TCE.

O Tribunal considerou, porém, que a Comissão não ficava vinculada por uma decisão proferida por um órgão jurisdicional nacional em aplicação do Tratado, pelo que podia, a todo o tempo, tomar decisões individuais, mesmo quando um acordo ou uma prática já tivessem sido objecto de uma decisão de um órgão jurisdicional nacional e a decisão que a Comissão tencionasse adoptar estivesse em contradição com a referida decisão judicial (considerando 48). Esta Jurisprudência encontra-se, hoje, consagrado no artigo 16.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003.

A questão dos procedimentos paralelos nacionais e europeus foi também abordada no denominado caso *Cimentos*<sup>70</sup>, relativo a práticas de cartelização, igualmente proferido antes da entrada em vigor do Regulamento (CE)

68 Acórdão do Tribunal de Justiça, de 14 de Dezembro de 2000, *Masterfoods Ltd/HB Ice Cream Ltd*, processo C-344/98.

69 V. Acórdão do Tribunal de Justiça, de 30 de Janeiro de 1974, *Belgische Radio en Televisie e Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs contra SV SABAM e NV Fonior (BRT I)*, processo 127/73.

70 Acórdão do Tribunal de Justiça de 7 de Janeiro de 2004, *Aalborg Portland A/S (C-204/00 P)*, *Irish Cement Ltd (C-205/00 P)*, *Ciments français SA (C-211/00 P)*, *Italcementi - Fabbriche Riunite Cemento SpA (C-213/00 P)*, *Buzzi Unicem SpA (C-217/00 P)* e *Cementir - Cementerie del Tirreno SpA (C-219/00 P) contra Comissão das Comunidades Europeias*, Processos apensos C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P e C-219/00 P, Colectânea da Jurisprudência 2004, p. I-00123.

O Acórdão do Tribunal de Justiça foi proferido na sequência do recurso interposto por algumas das empresas visadas pelo Acórdão do Tribunal de Primeira Instância, que conheceu a impugnação da decisão da Comissão Europeia, de 15 de Março de 2000, *Cimenteries CBR e o. contra Comissão das Comunidades Europeias*, Processos apensos T-25/95, T-26/95, T-30/95, T-31/95, T-32/95, T-34/95, T-35/95, T-36/95, T-37/95, T-38/95, T-39/95, T-42/95, T-43/95, T-44/95, T-45/95, T-46/95, T-48/95, T-50/95, T-51/95, T-52/95, T-53/95, T-54/95, T-55/95, T-56/95, T-57/95, T-58/95, T-59/95, T-60/95, T-61/95, T-62/95, T-63/95, T-64/95, T-65/95, T-68/95, T-69/95, T-70/95, T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 e T-104/95, Colectânea da Jurisprudência 2000, p. II-00491.

n.º 1/2003. Em sede de recurso da decisão da Comissão Europeia, duas das empresas italianas, já anteriormente punidas pela Autoridade de Concorrência Italiana<sup>71</sup>, invocaram que a decisão da Comissão implicava uma dupla imputação de responsabilidade, a nível da UE e a nível nacional, pelo mesmo comportamento, o que consubstanciava uma violação do princípio “*non bis in idem*”. No seu Acórdão, o Tribunal de Justiça decidiu que a aplicação do princípio “*non bis in idem*” está sujeita a uma tripla condição de identidade dos factos, de unidade de infractor e de unidade do interesse jurídico protegido (considerando 338). Este princípio proibiria, portanto, a punição de uma mesma pessoa mais do que uma vez pelo mesmo comportamento ilícito, a fim de proteger o mesmo bem jurídico. No caso concreto, uma vez que não existia uma identidade dos factos entre as decisões da Comissão e da Autoridade Nacional de Concorrência Italiana, não existiu violação do princípio “*non bis in idem*”.

Nas Conclusões do Advogado-Geral Dâmaso Ruiz-Jarabo Colomer<sup>72</sup> sobre este caso, são tecidas considerações muito interessantes acerca do papel desempenhado pelas ANC e pela Comissão. O Advogado-Geral sustenta que, na acção destas entidades, a unidade do bem jurídico protegido também está “*fora de dúvida*”, na medida em que, a nível da UE, a acção das Autoridades nacionais e da Comissão Europeia, longe de serem estanques, visam, na sua essência, a tutela de uma concorrência livre e aberta no mercado comum, ainda que sob prismas diferentes: “*um, contemplando-o na sua integridade, o outro, a partir dos seus diferentes componentes*”. Nestes termos, as Autoridades da UE e nacionais procuram proteger o mesmo bem jurídico.

### 3.2.2.2. *A aplicação paralela da legislação de concorrência da UE e extra-UE*

Dada a crescente internacionalização da actividade das empresas, o número de casos sobre os quais incidem diferentes ordenamentos jurídicos, da UE e extra-UE, tem vindo a aumentar.

No caso *Boehringer II*<sup>73</sup>, o Tribunal de Justiça debruçou-se sobre as implicações decorrentes da aplicação de uma sanção pela Comissão Europeia por

<sup>71</sup> Decisão da Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, de 6 de Março de 1996, processo I.123, Bolletino 10/1996, de 25 de Março de 200, p. 7.

<sup>72</sup> Conclusões apresentadas em 11 de Fevereiro de 2003 no Processo C-213/00 *P Italcementi SpA contra Comissão das Comunidades Europeias*.

<sup>73</sup> Acórdão de 14 de Dezembro de 1972, *Boehringer Mannheim GmbH contra Comissão das Comunidades Europeias*, processo 7/72.

infracção às regras de direito da concorrência da UE, subsequente à punição pelos mesmos factos por Autoridades norte-americanas. O Tribunal, sem se pronunciar directamente sobre a dimensão internacional do princípio “*non bis in idem*”, considerou que as condenações decididas pela Comissão Europeia e pelos EUA tinham por base o mesmo conjunto de acordos, mas eram distintas entre si no que respeita ao seu objecto e à sua localização territorial. O Tribunal entendeu que, apesar de poder ter existido alguma sobreposição, a decisão da Comissão apenas havia tomado em consideração as aplicações do cartel que afectaram o comércio entre os Estados-Membros, enquanto a condenação nos EUA teria sido dirigida apenas contra os efeitos verificados naquele País. Consequentemente, a Comissão não era obrigada a tomar em consideração a coima aplicada nos EUA na determinação da sua própria sanção pecuniária.

Este Acórdão reveste-se de especial relevância, na medida em que delimita o alcance das decisões das Autoridades de concorrência de acordo com os efeitos da infracção por elas visados.

Posteriormente a esta decisão do Tribunal de Justiça, o então Tribunal de Primeira Instância pronunciou-se também sobre a questão de procedimentos paralelos a nível da UE e extra-UE no âmbito dos cartéis da lisina, gluconato de sódio e ácido cítrico<sup>74</sup>. Nestes processos, as empresas recorrentes foram condenadas no Canadá e nos EUA e, posteriormente, também condenadas pela Comissão Europeia. Entre os fundamentos subjacentes à impugnação das decisões proferidas pela Comissão Europeia, as empresas invocaram a violação do princípio “*non bis in idem*”.

Reconhecendo a aplicação do princípio “*non bis in idem*” no domínio do direito da concorrência, o Tribunal de Primeira Instância, no âmbito do caso da lisina e em sede de recurso apresentado pela *Archer Daniels Midland*, recorreu que, à luz da Jurisprudência anterior, é admissível a cumulação de sanções, “*uma comunitária e uma nacional, na sequência de dois processos paralelos, com fins distintos, cuja admissibilidade resulta do sistema especial de repartição das competências entre a Comunidade e os Estados-Membros em matéria de acordos*”.

---

74 Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 9 de Julho de 2003, *Archer Daniels Midland Company e Archer Daniels Midland Ingredients Ltd contra Comissão das Comunidades Europeias*, Processo T-224/00, Colectânea da Jurisprudência 2003, p. II-02597 (lisina) e Acórdãos do Tribunal de Primeira Instância de 27 de Setembro de 2006, *Archer Daniels Midland Co. contra Comissão das Comunidades Europeias*, processos T-329/01 (gluconato de sódio) e T-59/02 (ácido cítrico) e *Roquette Frères SA contra Comissão das Comunidades Europeias*, processo T-322/01 (gluconato de sódio).

Nessa medida, e sem prejuízo de afirmar a inexistência de um princípio de direito internacional público que consagre a proibição de múltiplas condenações<sup>75</sup>, o Tribunal considera ainda que é admissível a dupla condenação a nível da UE e extra-UE, “*uma vez que é manifesto que os processos accionados e as sanções aplicadas pela Comissão, por um lado, e pelas autoridades americanas e canadianas, por outro, não prosseguem os mesmos objectivos. Se, no primeiro caso, se trata de preservar uma concorrência não falseada no território da União Europeia ou no EEE, a protecção pretendida diz respeito, no segundo caso, ao mercado americano ou canadiano*”.

No que respeita à questão de saber se as decisões proferidas nos EUA e pela Comissão Europeia incidiam sobre os *mesmos factos*<sup>76</sup>, o Tribunal de Primeira Instância delimitou-os atendendo à aplicação da infracção ou aos efeitos visados por cada decisão. O Tribunal afirma expressamente que, “*embora a sentença proferida nos Estados Unidos refira o facto de o acordo sobre a lisina ter por objecto restringir a produção e aumentar os preços da lisina ‘nos Estados Unidos e fora dele’*», *em nada se demonstrou que a condenação proferida nos Estados Unidos tivesse em vista aplicações ou efeitos do acordo para além dos verificados nesse país (v., neste sentido, acórdão de 14 de Dezembro de 1972, Boehringer/Comissão, já referido, n.º 6)*, e, em particular no EEE, o que, aliás, usurparia manifestamente a competência territorial da Comissão<sup>77</sup>.

A decisão do Tribunal de Primeira Instância foi objecto de recurso para o Tribunal de Justiça, com base, entre outros aspectos, na violação do corolário do princípio “*non bis in idem*”, de acordo com o qual devem ser tidas em conta sanções anteriores relativas aos mesmos factos.

Nas suas conclusões sobre o mesmo caso<sup>78</sup>, o Advogado-Geral Antonio Tizzano defendeu posições coincidentes com o entendimento do Tribunal

75 O Tribunal refere que “...*não existe actualmente um princípio de direito internacional público que proíba as autoridades ou os tribunais de Estados diferentes de julgarem e condenarem alguém pelos mesmos factos. Nos dias de hoje, tal proibição apenas pode resultar, portanto, de uma cooperação internacional muito estreita resultante da adopção de regras comuns tais como as que constam da Convenção de aplicação do Acordo de Schengen...*” (considerando 92).

76 Esta questão foi apreciada pelo Tribunal de Primeira Instância com o intuito de determinar se a Comissão teria o dever de tomar em consideração os montantes em que as empresas haviam sido já condenadas, na determinação da sua sanção (v. em especial, os considerandos 95 e seguintes).

77 Considerando 103 do Acórdão *Archer Daniels Midland* (Processo T-224/00).

78 Conclusões do Advogado Geral Antonio Tizzano apresentadas em 7 de Junho de 2005, Processo C-397/03 P, *Archer Daniels Midland Company e Archer Daniels Midlands Ingredients Ltd contra Comissão das Comunidades Europeias*.

de Primeira Instância relativamente à inaplicabilidade do princípio “*non bis in idem*” ao caso concreto, devido à ausência de um instrumento internacional específico sobre a matéria. O Advogado-Geral sustenta, ainda, que não se encontra verificada uma das três condições a que a eventual aplicação do princípio “*non bis in idem*” está sujeita: a unidade do interesse jurídico protegido.

Por sua vez, o Tribunal de Justiça pronunciou-se directamente sobre a questão da identidade dos factos<sup>79</sup>. O Tribunal declarou, taxativamente, que “*quando a sanção aplicada no Estado terceiro apenas tem em vista as aplicações ou os efeitos do cartel no mercado desse Estado e a sanção comunitária as suas aplicações ou efeitos no mercado comunitário, não há identidade dos factos*”. Considerando que as empresas recorrentes não lograram provar que a decisão adoptada nos EUA e no Canadá, além da aplicação ou dos efeitos dos acordos verificados nesses países, pretendessem punir a sua aplicação ou efeitos no EEE, o Tribunal de Justiça considerou improcedente o argumento relativo à violação do princípio “*non bis in idem*”.

Estes Acórdãos do Tribunal de Justiça revestem-se de especial importância por confirmarem a jurisprudência do Acórdão *Boehringer* sobre as relações entre as decisões proferidas a nível da UE e por países terceiros, volvidos mais de trinta anos<sup>80</sup>.

No caso *grafites especiais*, o Tribunal de Primeira Instância<sup>81</sup> apreciou o interessante argumento das empresas, que alegavam ter havido uma violação do princípio “*non bis in idem*” por terem sido punidas duas vezes pelo mesmo acordo global, que envolvia os eléctrodos de grafite (objecto de uma outra decisão da Comissão) e as grafites especiais. O Tribunal de Primeira Instância considerou, no entanto, que os produtos em causa pertenciam a mercados diferentes, consubstanciando, desta forma, factos e práticas diferentes. Acresce que os membros dos cartéis nos diferentes mercados não eram intei-

79 Acórdão do Tribunal de Justiça de 18 de Maio de 2006, *Archer Daniels Midland Co. e Archer Daniels Midland Ingredients Ltd*, processo C-397/03 P. V., em especial, os considerandos 69 e seguintes.

80 Neste sentido, *Idot*, 2006b.

81 Acórdão de 15 de Junho de 2005, *Tokai Carbon Co. Ltd, Intech EDM BV, Intech EDM AG e SGL Carbon AG contra Comissão das Comunidades Europeias*, processos apensos T-71/03, T-74/03, T-87/03 e T-91/03.

ramente coincidentes<sup>82</sup>. O Tribunal de Justiça viria a confirmar a decisão do Tribunal de Primeira Instância<sup>83</sup>.

#### 4. DA COMPATIBILIDADE DO REGULAMENTO (CE) N.º 1/2003 COM O PRINCÍPIO “*NON BIS IN IDEM*”

Da análise realizada, verifica-se que o princípio “*non bis in idem*” encontra plena aplicação no domínio do direito da concorrência da UE, enquanto princípio geral do direito da UE, ainda que apresente especificidades neste domínio face à sua aplicação na área do Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça. Com efeito, o Tribunal de Justiça reconheceu expressamente a sua aplicação no âmbito dos procedimentos de aplicação do direito da concorrência tramitados pela Comissão Europeia, bem como nos casos de processos paralelos a nível da Comissão Europeia e dos Estados-Membros.

Neste contexto, podem ser elencados diversos fundamentos para sustentar a incompatibilidade do sistema de repartição de competências previsto no Regulamento (CE) n.º 1/2003 com o princípio “*non bis in idem*”.

Desde logo, pode ser reconhecido que as sanções pecuniárias aplicadas em consequência da violação dos artigos 101.º e/ou 102.º TFUE, independentemente da sua natureza formal, revestem-se de carácter *quase penal*<sup>84</sup>. Assim, o Regulamento (CE) n.º 1/2003, por ter natureza de direito da UE derivado, deve ser compatível com os princípios fundamentais da UE, entre os quais se conta o princípio “*non bis in idem*”<sup>85</sup>. O Regulamento (CE) n.º 1/2003 prevê, aliás, uma referência expressa à Carta, no considerando 37 do seu preâmbulo, que, como foi referido, reconhece expressamente o princípio “*non bis in idem*” como princípio fundamental.

A questão da compatibilidade do Regulamento com o princípio “*non bis in idem*” pode, ainda, ser examinada do ponto de vista da sua *ratio* económica. Nessa medida, Wils (2003) considera que a preclusão de um duplo procedimento ou sanção em virtude da aplicação do princípio “*non bis in idem*” gera um incentivo para uma aplicação eficiente da lei e para uma verdadeira coordenação entre ANC, no quadro da Rede ECN. Por essa via, permite uma

82 V. considerandos 117 e seguintes.

83 Acórdão do Tribunal de Justiça de 10 de Maio de 2007, *SGL Carbon contra Comissão das Comunidades Europeias*, processo C-328/05P.

84 Neste sentido, Vesterdof, 2003, e Smits, 2005.

85 Adoptando esta posição, Vesterdof, 2003.

utilização óptima dos recursos, ao evitar uma duplicação de investigações. O mesmo Autor reconhece, no entanto, que existem alguns riscos na aplicação do princípio, como é o caso de uma ANC iniciar um procedimento tendo como objectivo precluir a competências das demais ou da existência de “*forum shopping*”. Estes riscos não afastam, porém, a aplicabilidade do princípio no domínio da concorrência, proibindo a existência de decisões múltiplas por parte de ANC sobre o mesmo caso.

Em sentido coincidente, Vesterdof (2003) considera que as considerações económicas não podem impedir a aplicação de um princípio fundamental como é o “*non bis in idem*”. Este Autor considera, assim, que uma ANC não pode, pelo menos com base no direito da concorrência da UE, investigar e punir o mesmo cartel já punido por uma outra ANC, com base nos efeitos verificados no respectivo território. Por outro lado, sustenta que a Comissão não poderá exercer os seus poderes sancionatórios depois de uma ANC ter adoptado uma decisão com apreciação do mérito sobre um determinado caso, à luz do princípio “*non bis in idem*”, tal como consagrado no Acórdão *PVC II*. O antigo Presidente do Tribunal de Primeira Instância endereça, assim, algumas críticas à Comunicação da Comissão sobre o funcionamento da Rede ECN, na medida em que considera incompatível com o princípio “*non bis in idem*” a possibilidade de procedimentos paralelos expressamente prevista e admitida naquela Comunicação.

Em sentido coincidente, outros autores sustentam que a utilização da doutrina dos “*efeitos*”, reconhecida pelo Tribunal de Justiça para os casos de aplicação de legislação da UE e extra-UE, parece “peculiar” quando aplicada a entidades que actuam em tão estreita cooperação<sup>86</sup>.

Os autores que defendem que o princípio “*non bis in idem*” proíbe que mais do que uma ANC se pronuncie sobre um determinado caso, sugerem, no entanto, um mecanismo de conciliação do sistema de competências paralelas com o princípio. Wils sustenta que o princípio não impede que, numa fase preliminar das investigações, diversas ANC prossigam os seus processos, de modo a determinar a ANC mais bem colocada para decidir o caso. O princípio implicaria, porém, que, uma vez tomada uma decisão condenatória ou absolutória por uma das ANC envolvidas, as restantes ANC teriam de pôr termo aos seus procedimentos<sup>87</sup>. O mesmo Autor considera ainda que a mera

---

86 Neste sentido, Smits, 2005: 187.

87 Wils, 2004: 449.

tomada em consideração das sanções anteriores nas punições subsequentes não é suficiente para respeitar as exigências do princípio “*non bis in idem*”.

Existem, no entanto, diversos argumentos que concorrem no sentido contrário ao entendimento atrás exposto.

Como foi referido, o Regulamento (CE) n.º 1/2003 não estabelece um sistema rígido de repartição de competências entre as Autoridades de concorrência. Apenas no que respeita à Comissão, o artigo 11.º, n.º 6, dispõe que o início de um procedimento por parte da Comissão preclui a competências das restantes ANC<sup>88</sup>. No que respeita ao nível horizontal, regista-se uma total ausência de critérios vinculativos que possam levar a uma exclusão de procedimentos paralelos.

Neste contexto, a repartição de competências entre ANC e, em certa medida, a Comissão Europeia é realizada com base em normas facultativas e em critérios definidos de forma ampla, num sistema sobretudo baseado na capacidade de coordenação e de atingir consensos das Instituições em causa.

No que concerne à delimitação dos poderes de jurisdição entre as diversas Autoridades, o Regulamento (CE) n.º 1/2003 não confere competência às ANC ou aos Tribunais nacionais para apreciarem práticas ou efeitos que tenham ocorrido totalmente no exterior do território do respectivo Estado-Membro, apesar de as medidas nacionais poderem afectar, ainda que indirectamente, práticas com carácter transnacional<sup>89</sup>.

Existem, porém, autores<sup>90</sup> que consideram que, à luz do Regulamento (CE) n.º 1/2003, em teoria, todas as ANC poderiam investigar um acordo ou outra infracção que afectasse o comércio entre os Estados-Membros independentemente do lugar da prática do facto, da localização das partes ou do lugar onde os efeitos se verificaram. Quanto a este aspecto, apenas as legislações nacionais fornecem algum critério limitador das competências das ANC.

Com a crescente integração dos mercados e internacionalização da actividade das empresas, o número de casos com incidência em mais de um

---

88 Note-se, todavia, que subsistem dúvidas interpretativas em relação ao n.º 6 do artigo 11.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 – v. Pedido de decisão prejudicial apresentado pelo *Krajský soud v Brně* (República Checa) em 11 de Janeiro de 2010 no caso *Toshiba* (processo C-17/10).

89 Neste sentido, *Lenaerts & Gerard*, 2004: 322.

90 Neste sentido, *Brammer*, 2005: 1385. No caso da legislação portuguesa de concorrência, a Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, prevê, no n.º 2 do seu artigo 1.º que “*sob reserva das obrigações internacionais do Estado Português, a presente lei é aplicável às práticas restritivas da concorrência e às operações de concentração de empresas que ocorram em território nacional ou que neste tenham ou possam ter efeitos*”.



Estado-Membro irá, previsivelmente, aumentar. Consequentemente, é possível que mais do que uma ANC cumpra os requisitos cumulativos que permitem caracterizá-la como entidade bem posicionada para prosseguir o caso.

Nestas circunstâncias, a Comunicação da Comissão sobre a cooperação no âmbito da Rede distingue três situações possíveis já descritas. Num certo número de casos, a acção de uma só ANC será suficiente para pôr totalmente termo à infracção<sup>91</sup>. Num segundo grupo de situações, a acção de uma única ANC não poderá colocar termo à infracção, devendo ser o caso prosseguido em paralelo por mais do que uma Autoridade, sendo uma delas desejavelmente designada como “*autoridade principal*”, para efeitos de coordenação da investigação. Finalmente, quando a infracção atinge mais do que três Estados-Membros, a Comissão considera-se bem posicionada para prosseguir o caso.

Resulta, assim, da Comunicação da Comissão que a eventual incompatibilidade do sistema de competências paralelas actual com o princípio “*non bis in idem*” se coloca, sobretudo, nos casos em que as infracções produzem os seus efeitos em dois ou três Estados-Membros.

No âmbito da discussão acerca do *Livro Branco* da Comissão, a questão do “*âmbito territorial*” das decisões proferidas pelas ANC foi alvo de alguma controvérsia, tendo sido defendido por alguns Estados-Membros que as decisões nacionais deveriam ter um efeito a nível da UE<sup>92</sup>. A realidade, porém, é que, quando uma ANC inicia um procedimento que visa uma prática que afecta mais do que um Estado-Membro, os seus poderes sancionatórios estarão limitados à execução da infracção ou aos efeitos que se produziram no interior do seu território<sup>93</sup>. De facto, tal como é salientado pela Comissão Europeia no *Livro Branco*<sup>94</sup>, “*as decisões das autoridades nacionais apenas são*

91 Exemplo desta situação será o caso em que as empresas envolvidas têm a sua sede num Estado-Membro, apesar de exercerem a sua actividade também noutros Estados-Membros. Neste caso, o Estado do domicílio poderá adoptar uma decisão e executá-la com sucesso, pondo termo à infracção.

92 V. o documento da Direcção-Geral de Concorrência “*Sumário das Observações ao Livro Branco relativo à Reforma do Regulamento 17*”, de 29 de Fevereiro de 2000.

93 Neste sentido, Smits, 2005: 184.

94 A Comissão referia-se a uma eventual atribuição de competência às autoridades nacionais de concorrência para apreciação de pedidos de isenção de empresas para determinadas práticas, ao abrigo do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado CE.

*executórias no seu próprio território, não permitindo consequentemente resolver os casos que implicam diversos territórios nacionais*<sup>95</sup>.

Para que uma ANC pudesse sancionar os efeitos ocorridos fora do seu território seria ainda necessário que os outros Estados-Membros reconhecessem as suas decisões e as executassem, o que não se encontra previsto no regime jurídico actual<sup>96</sup>.

As especificidades da aplicação descentralizada do direito da concorrência da UE implicam que Autoridades com jurisdição limitada pelos princípios da soberania nacional sejam chamadas a aplicar uma legislação de carácter supranacional a infracções com natureza transfronteiriça<sup>97/98</sup>.

Assim, apenas a acção coordenada de várias ANC poderá sancionar de forma adequada e cabal o comportamento em causa, punindo a afectação do respectivo mercado<sup>99</sup>.

Resulta da análise da jurisprudência do Tribunal de Justiça *supra* que a interpretação realizada sobre o âmbito da aplicação do princípio “*non bis in idem*” no domínio penal e no quadro do direito da concorrência é divergente<sup>100</sup>. De facto, o Tribunal de Justiça, no domínio do Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça adoptou uma concepção material de “*idem res*”. Em contraste com este entendimento, nos casos relativos a infracções jusconcorrenciais, o critério adoptado pelo Tribunal tem sido o de considerar necessário a verificação de três condições cumulativas: a unidade dos factos, a unidade do

95 V. Livro Branco sobre Modernização das regras de aplicação dos artigos 85.º e 86.º do Tratado CE, p. 25.

96 Paulis & Gauer (2005: 40) referem, neste caso, a possibilidade de modificar o Regulamento (CE) n.º 1/2003 de modo a que fosse conferida uma validade a nível da UE das decisões de cada ANC e a obrigação de sancionar todos os efeitos das infracções no mercado interno.

97 O Regulamento (CE) n.º 1/2003 reconhece estas limitações ao poder decisório das Autoridades nacionais de concorrência, por exemplo, no n.º 2 do artigo 29.º, relativo à retirada individual de isenções.

98 É evidente que poderá ser legitimamente suscitada a questão de saber por que motivo uma autoridade nacional deverá suspender um seu processo ou rejeitar uma queixa a favor de um procedimento de uma outra autoridade nacional se a decisão que essa autoridade adopte não produzirá efeitos no seu País. Suscitando esta questão, v. Basedow, 2001-2002: 100.

99 Mavroidis & Neven (2000) consideram, no entanto, que, mesmo que tal fosse possível, as Autoridades nacionais de concorrência teriam poucos incentivos para tomar em consideração efeitos ocorridos no exterior do seu território. Paulis & Gauer (2005) apontam, porém, para a possibilidade de um Estado-Membro consentir que uma ANC de outro Estado-Membro investigue e puna os efeitos verificados em ambos os territórios.

100 Como refere Costa Ramos (2009: 155), “*o ne bis in idem é princípio geral de direito da UE, comum ao primeiro e terceiro pilar, embora a sua configuração particular como regra num e noutro domínio possa ser diferente*”.

infractor e a unidade do interesse legalmente protegido<sup>101</sup>. Esta interpretação divergente pode ser explicada pelo facto de se verificar, ao nível das legislações penais nacionais, uma ausência de harmonização. Já no âmbito do sistema de competências paralelas instituído pelo Regulamento (CE) n.º 1/2003, longe de existir uma insuficiente harmonização das legislações, todas as jurisdições aplicam a mesma lei substantiva – os artigos 101.º e 102.º TFUE.

Assim, apesar da aplicação do princípio em toda a ordem jurídica da UE, as especificidades de cada área do direito conduzem a aplicações distintas que não comprometem a unidade do princípio, porquanto traduzem a prossecução dos fins da UE. Como explicita Costa Ramos (2009: 270), no domínio do Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça, “*só a adopção de um critério autónomo de idem factum garante uma aplicação uniforme e efectiva do conceito e uma protecção equivalente dos indivíduos em todo o território da UE*”.

Por seu turno, o traço distintivo essencial do direito da concorrência da UE é o da sua supranacionalidade e uniformidade no espaço da UE. Nessa medida, existe, por natureza, uma unidade dos bens e valores juridicamente tutelados. Compreende-se, assim, os motivos pelos quais, neste domínio, o Tribunal de Justiça considera relevante atender, no domínio da concorrência, aos três elementos já referidos para a determinação do conceito de “*idem res*”<sup>102</sup>.

No que respeita aos três critérios definidos pelo Tribunal de Justiça, dada a unidade da qualificação jurídica e do bem jurídico tutelado pelas decisões adoptadas pelas ANC na aplicação paralela dos artigos 101.º e 102.º TFUE, cumpre analisar a verificação do terceiro elemento restante relativo aos “*mesmos factos*”.

No que respeita ao conceito de “*mesmos factos*” referente a infracções ao regime jurídico da concorrência, tem sido no âmbito dos casos em que está em confronto a aplicação da legislação da UE e extra-UE que o Tribunal de Justiça forneceu maiores orientações. Através de uma jurisprudência constante, o Tribunal de Justiça tem considerado que o elemento demarcador dos factos abrangidos por diferentes decisões se prende com a delimitação terri-

---

101 Neste sentido, v. as Conclusões da Advogada-Geral E. Sharpston apresentadas no processo *Gasparini* já citadas. A Advogada-Geral considera mesmo existir alguma incoerência na jurisprudência do Tribunal de Justiça (considerando 63).

102 Sustentando esta posição, v. as Conclusões da Advogada-Geral E. Sharpston apresentadas no processo *Gasparini* já citadas.

torial da aplicação da infracção ou dos seus efeitos apreciados nas diferentes decisões.

Outro interessante elemento já apreciado pelo Tribunal de Justiça prende-se com a importância do mercado relevante para a definição dos factos apreciados em cada decisão. Assim, o Tribunal realçou que, se as decisões se referem a um mesmo tipo de infracção, mas que é praticada em mercados relevantes distintos, deverá considerar-se existirem factos distintos, para efeitos de aplicação do princípio “*non bis in idem*”. O Tribunal referiu-se a este aspecto ao nível do mercado relevante do produto, mas o mesmo entendimento poderá ser aplicado no que respeita à dimensão geográfica do mercado relevante. Nessa medida, quando os membros da ECN delimitarem os mercados relevantes de forma distinta, poderá considerar-se que apreciaram factos diferentes.

A este respeito, cumpre salientar, como o fazem Paulis & Gauer (2005), que, no domínio do direito da concorrência, têm especial acuidade na determinação dos factos puníveis os efeitos reais ou potenciais das infracções, o que constitui uma das suas particularidades face aos restantes regimes jurídicos punitivos.

Apesar de o Tribunal de Justiça deixar, propositadamente segundo alguns autores<sup>103</sup>, em aberto a aplicação da metodologia seguida para os casos de interacção com decisões de países terceiros aos casos de aplicação concorrente do direito da UE, parece-nos que não existem razões para uma interpretação divergente<sup>104</sup>. De facto, as Autoridades nacionais de concorrência, ao aplicarem a legislação da concorrência da UE, devido às limitações da sua jurisdição, estão vinculadas a considerar e sancionar exclusivamente os efeitos verificados das infracções jusconcorrenciais no território do respectivo Estado-Membro. Esta consideração não é sequer invalidada pelo facto de as Autoridades deverem aferir do seu impacto no comércio entre Estados-Membros, que funciona como elemento de determinação da lei aplicável. Consideramos, mesmo, que, se uma ANC pretender conhecer e punir os efeitos de uma determinada infracção verificados no território de um outro Estado-Membro estará, na expressão já utilizada pelo Tribunal de Primeira Instância<sup>105</sup>, a usurpar os poderes das outras ANC e, em última análise, da

---

103 V. Idot (2006), a propósito dos Acórdãos dos Tribunais de Justiça *Archer Daniels e SGL Carbon e outros*.

104 V. Paulis & Gauer, 2005: 37.

105 V. o Acórdão do Tribunal de Primeira Instância no caso *Archer Daniels*, já citado.

própria Comissão. As considerações sobre o âmbito territorial das decisões adoptadas têm assim plena aplicação nos casos de aplicação paralela do direito da concorrência no seio da rede ECN.

Defendemos, assim, que, face à delimitação territorial da aplicação das infracções ou dos efeitos considerados e punidos por cada ANC, é admissível, à luz do princípio “*non bis in idem*” a existência de procedimentos e decisões paralelas sobre a mesma prática proibida, uma vez que não se verifica uma dupla punição pelos mesmos factos<sup>106</sup>.

Nestes termos, apesar de ter como objectivo a prossecução de um caso por uma única Autoridade de concorrência, consideramos que o Regulamento (CE) n.º 1/2003, ao não impedir a existência de processos paralelos de várias ANC, não viola o princípio “*non bis in idem*”, atenta a não identidade dos factos punidos.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O problema aqui discutido não se colocaria se o Regulamento (CE) n.º 1/2003 tivesse consagrado um dos seguintes sistemas: uma centralização de todas as decisões relativas à aplicação do TFUE na Comissão Europeia ou um sistema de repartição rígida de competências, acompanhado de regras relativas ao mútuo reconhecimento de decisões das ANC e de execução dessas decisões em toda a UE<sup>107</sup>.

Não foi esta, porém, a opção tomada pelo legislador da UE, que instituiu o que poderemos denominar de “*descentralização flexível*”. Longe de pretender centralizar a aplicação do regime da concorrência da UE na Comissão Europeia, as regras relativas à determinação da Autoridade bem posicionada evidenciam, mesmo, que a Comissão tendencialmente não intervirá, recorrendo ao mecanismo previsto no n.º 6 do artigo 11 do Regulamento (CE) n.º 1/2003, se um determinado caso envolver até três Estados-Membros.

Por outro lado, o sistema de repartição de competências não prevê qualquer mecanismo vinculativo de atribuição de competências ou mesmo de resolução de conflitos (positivos ou negativos) de jurisdição. O Comité Con-

106 Em sentido coincidente, v. Paulis & Gauer, 2005. Neste artigo é ainda discutida a natureza das decisões que se enquadram no conceito de “bis”. Sobre as decisões de compromissos adoptadas ao abrigo do artigo 9.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003, v. ainda Wils, 2006.

107 Defendendo um sistema de reconhecimento mútuo de decisões, Waelbroeck (2004: 483) e Smits (2005: 190).

sultivo, apesar de poder ser chamado a intervir, não poderá emitir um parecer em sentido formal.

Assim, e como já foi realçado<sup>108</sup>, o sucesso do sistema de repartição de competências entre as Autoridades de concorrência instituído pelo Regulamento (CE) n.º 1/2003 depende, em grande medida, de um equilíbrio entre as Instituições envolvidas e da sua determinação em estabelecer uma cooperação caracterizada por um elevado nível de confiança mútua.

O problema da compatibilidade do sistema de competências paralelas com o princípio *“non bis in idem”* não é meramente teórico. Todavia, para a determinação da aplicação do princípio *“non bis in idem”* no domínio do direito da concorrência da UE consideramos que a interpretação dos conceitos subjacentes e o campo de aplicação do princípio *“non bis in idem”* não pode ser realizada à luz das *“pré-concepções”* retiradas dos direitos nacionais. Decorre da jurisprudência constante do Tribunal de Justiça que a aplicação uniforme do Direito da UE exige uma interpretação autónoma, que tome em consideração o contexto e os fins específicos da regulamentação em questão. Deve, assim, atender-se a uma interpretação que tome em consideração as exigências e os fins específicos da Ordem Jurídica da UE, devendo ainda atentar-se nas especificidades das matérias em causa, que podem conduzir a diferenças relativamente à aplicação do princípio no domínio da concorrência e em matéria do Espaço de Segurança, Liberdade e Justiça.

Ficou, ainda, patente da análise realizada que a jurisprudência do Tribunal de Justiça não fornece, para já, todos os elementos decisivos para avaliar a aplicação do princípio *“non bis in idem”* face ao actual regime jurídico de aplicação das regras da concorrência da UE. Para o debate deste problema é apenas possível recorrer a lugares paralelos, como é o caso da aplicação simultânea da legislação nacional e da UE ou desta em paralelo com regimes jurídicos extra-EU. Neste contexto, todas as posições não poderão deixar de ser consideradas provisórias. Acrescente-se ainda que o Tribunal também não se pronunciou ainda sobre o impacto que a consagração da Carta dos Direitos Fundamentais da EU nos Tratados poderá ter na aplicação deste princípio, nomeadamente se tal implica uma unificação das jurisdições dos Estados-Membros, como sugere Petr (2008).

Apesar disso, consideramos que o actual sistema não é incompatível com o princípio *“non bis in idem”*, tal como tem sido interpretado pelo Tribunal de

---

108 Gerber & Cassinis, 2006b: 57.

Justiça. Com efeito, as limitações da jurisdição dos diferentes membros da Rede ECN conduzem a que, na prática, não apreciem os mesmos factos nas suas decisões.

Este entendimento não prejudica, porém, a nossa posição de que o actual sistema de repartição de competências é susceptível de receber alguns aperfeiçoamentos, sobretudo no que respeita a considerações de certeza jurídica. Nessa medida, deveriam ser densificados os actuais critérios de repartição de competências, no sentido de torná-los mais claros e transparentes para os visados pelas investigações. Para esse desenvolvimento, serão cruciais os contributos decorrentes da sua aplicação prática no seio da Rede ECN, bem como a jurisprudência dos Tribunais, nacionais e da UE.

## BIBLIOGRAFIA

AAFDL

1997 *Textos de Direito Internacional Público I*, 3.<sup>a</sup> ed., Lisboa: AAFDL.

AAVV

2001 *Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia*, Coimbra: Coimbra Editora.

BARRETO, Ireneu Cabral

2005 *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem – Anotada*, 3.<sup>a</sup> ed., Coimbra: Coimbra Editora.

BASEDOW, Jürgen

2001-2002 “La renationalisation du droit communautaire de la concurrence”, in *Revue des Affaires Européennes – Law & European Affairs*, 11.<sup>o</sup> - 12.<sup>o</sup> anos, n.<sup>o</sup> 1, pp. 92-102.

BELLAMY, Christopher, & CHILD, Graham

2001 *European Community Law of Competition*, 5.<sup>a</sup> ed., Londres: Sweet & Maxwell.

BRAMMER, Silke

2009 *Co-operation between National Competition Agencies in the Enforcement of EC Competition Law*, Oxford/Portland: Hart Publishing.

2005 “Concurrent Jurisdiction under Regulation 1/2003 and the Issue of Case Allocation”, in *Common Market Law Review*, n.<sup>o</sup> 42, pp. 1383-1424.

BUDZINSKI, Oliver & CHRSTIANSEN, Arndt

2005 “Competence Allocation in the EU Competition Policy System as an Interest-Driven Process”, in *University of Marburg – Working Paper Series*, disponível em: <http://ssrn.com/abstract=682303> (consultado em 15/08/2010).

CONWAY, Gerard

2003 “Ne bis in idem in international law”, in *International Criminal Law Review*, n.º 3, pp. 217-244.

COSTA RAMOS, Vânia

2009 *Ne bis in idem e União Europeia*, Coimbra: Coimbra Editora.

FEDERICO, Giacomo Di & MANZINI, Pietro

2004 “A Law and Economics Approach to the New European Antitrust Enforcing Rules”, in *Erasmus Law and Economics Review*, vol. 1, n.º 2 (Junho), pp. 143-164.

FERREIRA, João E. Pinto e BANGY, Azeem Remtula

1999 *Guia Prático do Direito da Concorrência em Portugal e na União Europeia*, Lisboa: AJE – Sociedade Editorial.

FLETCHER, Maria

2003 “Some Developments to the ne bis in idem Principle in the European Union: Criminal Proceedings against Hüseyin Gözütok and Klaus Brügge”, in *The Modern Law Review*, vol. 66 (Setembro), pp. 769-780.

FREUND, Heinz-Joachim

2005 “Application of General Principles of Law in the review of Commission’s decisions on fines by the Community Courts”, ERA, 8.12.2005.

FRIEDEL-SOUCHU, Evelyne

1994 *Extraterritorialité du droit de la concurrence aux Etats-Unis et dans la Communauté européenne*, L.G.D.J., Paris.

GAUER, Céline

2004 “Does the Effectiveness of the EU Network of Competition Authorities Require a Certain Degree of Harmonisation of National Procedures and Sanctions?”, in Ehlermann, Claus-Dieter & Atanasiu, Isabela (ed.), *European Competition Law Annual 2002: Constructing the EU Network of Competition Authorities*, Oxford/Portland Oregon, Hart Publishing, pp. 187-201.

GERBER, David J.

2004 “The Evolution of a European Competition Law Network”, in Ehlermann, Claus-Dieter & Atanasiu, Isabela (ed.), *European Competition Law Annual 2002: Constructing the EU Network of Competition Authorities*, Oxford/Portland Oregon, Hart Publishing, pp.43-64.

GERBER, David J. & CASSINIS, Paolo

2006a “The “Modernisation” of European Community Competition Law: Achieving Consistency in Enforcement – Part I”, in *European Competition Law Review*, n.º 1 (Janeiro), pp. 10-18.



2006b “The “Modernisation” of European Community Competition Law: Achieving Consistency in Enforcement – Part II”, in *European Competition Law Review*, n.º 2 (Fevereiro), pp. 51-57.

IDOT, Laurence

2006a “Ententes internationales et principe non bis in idem”, in *Europe – Revue mensuelle LexisNexis JurisClasseur*, Agosto-Setembro, p. 22.

2006b “Ententes mondiales et poursuites transatlantiques”, in *Europe – Revue mensuelle LexisNexis JurisClasseur*, Julho, p. 24.

2004 “A Necessary Step towards Common Procedural Standards of Implementation for Articles 81 & 82 EC without the Network”, in Ehlermann, Claus-Dieter & Atanasiu, Isabela (ed.), *European Competition Law Annual 2002: Constructing the EU Network of Competition Authorities*, Oxford/Portland Oregon, Hart Publishing, pp. 211-221.

JENNY, Frédéric

2004 “Does the Effectiveness of the EU Network of Competition Authorities Depend on a Certain Degree of Homogeneity of Its Membership (with Respect to status, structure, powers, responsibilities, etc.)?”, in Ehlermann, Claus-Dieter & Atanasiu, Isabela (ed.), *European Competition Law Annual 2002: Constructing the EU Network of Competition Authorities*, Oxford/Portland Oregon, Hart Publishing, pp. 203-210.

JONES, Alison & SUFRIN, Brenda

2004 *EC Competition Law – text, cases and materials*, 2.<sup>a</sup> ed., Oxford: Oxford University Press.

KORAH, Valentine

2004 *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, 8.<sup>a</sup> ed., Oxford: Hart Publishing.

LASSERRE, Bruno

2005 “Le Conseil de la concurrence dans le réseau communautaire”, in *Concurrentes*, n.º 3, pp. 42-51.

LENAERTS, Koen & GERARD, Damien

2004 “Decentralisation of EU Competition Law Enforcement: Judges in the Frontline”, in *World Competition*, vol. 27, n.º 3, pp. 313-349.

LOPEZ, Dax Eric

2000 “Not Twice for the Same: How the Dual Sovereignty Doctrine is Used to Circumvent Non Bis in Idem”, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 33, n.º 5, Novembro, pp. 1263-1303.

MAVROIDIS, Petros C. & NEVEN, Damien J.

2001 “From the white paper to the proposal for a council regulation: how to treat the new kids on the block?”, disponível em <http://hei.unige.ch/~neven/Mavroidis%20Neven.pdf> (consultado em 15/08/2010).

2000 “The Modernisation of EU Competition Policy: Making the Network Operate”, disponível em <http://www.bec.unil.ch/deep/textes/00.17.pdf> (consultado em 15/08/2010).

MEDINA DE SEIÇA, Alberto

2009 “A aplicação do princípio *ne bis in idem* na União Europeia (aspectos de um processo ainda não transitado)”, in Costa Andrade, Manuel, Antunes, Maria João & Aires de Sousa, Susana (org.), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, pp. 935-1003.

MORAIS, Luís Domingos Silva

2006 *Empresas Comuns (Joint Ventures) no Direito Comunitário da Concorrência*, Coimbra: Livraria Almedina.

MOREIRA, Teresa

2005 *A Reforma do Sistema Europeu da Concorrência*, Seminário DECO/Comissão Europeia sobre Direito da Concorrência para Juizes Nacionais, disponível em [http://www.estig.ipbeja.pt/~ac\\_direito/Reforma.pdf](http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Reforma.pdf) (consultado em 15/08/2010).

PARRET, Laura

2005 “Judicial Protection after Modernisation of Competition Law”, in *Legal Issues of Economic Integration*, vol. 32, n.º 4, pp. 339-368.

PAULIS, Emil & GAUER, Céline

2005 “Le Règlement n° 1/2003 et le Principe du Ne Bis in Idem”, in *Concurrences*, n.º 1, pp. 32-40.

PETR, Michal

2008 “The Ne Bis In Idem Principle in Competition Law”, in *European Competition Law Review*, vol. 29, n.º 7, pp. 392-400.

RINUY, Lionel

2003-2004 “Cour de Justice, 11 février 2003, Procédures pénales contre Hüseyin Gözütok et Klaus Brügge”, in *Revue des Affaires Européennes – Law & European Affairs*, n.º 1, pp. 119-124.

SANCHO, Montserrat de Hoyos

2005 “Eficacia transnacional del non bis in idem y denegación de la euroorden”, in *La Ley*, n.º 4, pp. 1651-1661.

SCHOMBURG, Wolfgang

2000 “Are we on the Road to a European Law-Enforcement Area? International Cooperation in Criminal Matters. What Place for Justice?”, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, vol. 8, n.º 1, pp. 51-60.

SCHUTTE, Julian J.E.

1993 “O Direito Internacional Público e a Competência Extraterritorial em Matéria Penal”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 3, n.º 1, pp. 11-52.

SEGUIN, John

2001 “The Case For Transferring Territorial Jurisdiction in the European Union”, in *Criminal Law Forum*, n.º 12, pp. 247-265.

SIRAGUSA, Mario

2001 “The Modernization of EC Competition Law: risks of inconsistency and forum shopping”, in Ehlermann, Claus-Dieter & Atanasiu, Isabela (ed.), *European Competition Law Annual 2000: The Moderniation of EC Antitrust Policy*, Oxford/Portland Oregon, Hart Publishing, pp.443-455.

SMITS, René

2005 “The European Competition Network: Selected Aspects”, in *Legal Issues of Economic Integration*, vol. 32, n.º 2, pp. 175-192.

VENIT, James S.

2005 “Private Practice in the Wake of the Commission’s Modernization Program”, in *Legal Issues of Economic Integration*, vol. 32, n.º 2, pp. 147-159.

VERVAELE, John A.E.

2005 “The Transnational ne bis in idem Principle in the EU – Mutual Recognition and Equivalent Protection of Human Rights”, in *Utrecht Law Review*, vol. 1, n.º 2 (Dezembro), pp. 100-118.

VESTERDORF, Bo

2003 “Double jeopardy by parallel international prosecution of cartels – ne bis in idem principle in competition matters”, in *Vth International Cartel Workshop*, European Commission, 1-3 Outubro.

VITORINO, António

2002 *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*, Cascais: Principia.

WAELEBROECK, Dennis

2004 “Twelve Feet All Dangling Down and Six Necks Exceeding Long. The EU Network of Competition Authorities and the European Convention on Fundamental Rights”, in Ehlermann, Claus-Dieter & Atanasiu, Isabela (ed.), *European Competition Law Annual 2002: Constructing the EU Network*

*of Competition Authorities*, Oxford/Portland Oregon, Hart Publishing, pp. 465-484.

WEYEMBERGH, Anne

2004 “Le Principe ne bis in idem: pierre d’achoppement de l’espace pénal européen?”, in *Cahiers de Droit Européen*, n.º 3-4, pp. 337-375.

WILS, Wouter P.J.

2006 “Settlements of EU Antitrust Investigations: Commitment Decisions under Article 9 of Regulation No. 1/2003”, in *World Competition*, vol. 29, n.º 3, pp. 345-366.

2005 *Principles of European Antitrust Enforcement*, Oregon: Hart Publishing.

2004 “The EU Network of Competition Authorities, the European Convention on Human Rights and the Charter of Fundamental Rights of the EU”, in Ehlermann, Claus-Dieter & Atanasiu, Isabela (ed.), *European Competition Law Annual 2002: Constructing the EU Network of Competition Authorities*, Oxford/Portland Oregon, Hart Publishing, pp.433-463.

2003 “The Principle of Ne Bis in Idem in EC Antitrust Enforcement: A Legal and Economic Analysis”, in *World Competition*, vol. 26, n.º 2, pp. 131-148.