



# **“O Regime Jurídico da Concorrência: Atuações e Práticas”**

**André Miguel dos Santos Lopes da Silva**

Mestrado em Direito  
Ciências Jurídico-Económicas

Julho de 2013

Trabalho realizado sob a orientação do Prof. Doutor José Cruz



## **“O Regime Jurídico da Concorrência: Atuações e Práticas”**

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade do Porto para cumprimento dos requisitos necessários à obtenção do grau de Mestre em Direito, realizada sob a orientação científica do Doutor José Manuel Nunes de Sousa Neves Cruz, Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade do Porto.

Julho de 2013

Aos meus Pais.  
Aos meus Amigos.  
Aos meus Professores<sup>1</sup>.  
Aos meus Colegas de Trabalho  
À Inocência de cada luta que persisto em  
Manter a cada dia, transvestindo  
Cada limite num novo e apaixonante desafio...

---

<sup>1</sup> Em primeiro lugar, um agradecimento à minha sempre *alma mater*, a Faculdade de Direito da Universidade do Porto, por todo o apoio institucional na realização desta nova etapa da minha vida. Em segundo lugar, um especial agradecimento ao Prof. Dr. José Neves Cruz, meu fiel escudeiro Sancho Pança neste percurso académico, e cujas virtudes como a compreensão, inteligência e responsabilidade fazem dele o melhor dos orientadores.

## **RESUMO**

A cultura da concorrência é um fenómeno relativamente recente em Portugal. O presente estudo pretende, acima de tudo, ser uma reflexão sobre o estado teórico e prático do sistema jurídico concorrencial em Portugal. Dividindo o trabalho em três grandes capítulos, o nosso principal intento será tentar perceber como têm sido aplicadas em Portugal as regras da concorrência ao longo de mais de trinta anos.

O primeiro capítulo será dedicado ao estudo dos fundamentos, quer políticos quer económicos, que legitimam a existência de uma disciplina autónoma do direito da concorrência. Apenas compreendendo as necessidades de promoção e defesa das regras de mercado conseguiremos dar um contributo para a construção de uma efetiva sociedade concorrencial.

O segundo capítulo incidirá sobre a realidade prática do direito da concorrência em Portugal, através da análise das principais decisões da Autoridade da Concorrência (AdC) e dos tribunais judiciais. Após este balanço e posterior reflexão, dedicaremos o terceiro capítulo deste trabalho à análise do novo regime da concorrência, como novo mecanismo de combate às falhas e erros do passado.

## **ABSTRACT**

The competition culture is a relatively recent phenomenon in Portugal. The present study aims, above of everything, to be a reflection about the theoretical and practical legal system in Portugal. Dividing the work into three main chapters, our main purpose will be to try understand how competition rules have been applied in Portugal over the last twenty years.

The first chapter is devoted to the study of the fundamentals, whether political or economics, that justifying the existence of a separated subject of competition law. Only understanding the needs of defense and promotion of market rules we are able to contribute to the construction of an effective competitive society.

The second chapter will focus on the practical reality of competition law in Portugal, through the analysis of the main decisions of the Competition Authority (AdC) and the national courts. After this assessment and subsequent reflection, the third chapter of this study will be dedicated to the analysis of the new national competition regime as the new mechanism against the failures and mistakes of the past.

**PALAVRAS-CHAVE:** Fundamentos; Prática Concorrencial; Novo Regime;

**LISTA DE ABREVIATURAS**

<b>Art./Arts.</b>	<i>Artigo/Artigos</i>
<b>Ac.</b>	<i>Acórdão</i>
<b>AdC</b>	<i>Autoridade da Concorrência</i>
<b>AR</b>	<i>Assembleia da República</i>
<b>Cfr.</b>	<i>Confrontar</i>
<b>C.R.P.</b>	<i>Constituição da República Portuguesa</i>
<b>Ss.</b>	<i>Seguintes</i>
<b>T CRS</b>	<i>Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão</i>
<b>TFUE</b>	<i>Tratado de Funcionamento da União Europeia</i>
<b>Vide</b>	<i>Veja-se</i>

## INDÍCE

INTRODUÇÃO.....	Pág. 6
1. A POLÍTICA DA CONCORRÊNCIA.....	Pág. 8
1.1. Fundamentos Políticos e Económicos.....	Pág. 8
1.2. O <i>Iter</i> histórico do Direito da Concorrência.....	Pág. 20
2. A APLICAÇÃO DAS REGRAS DA CONCORRÊNCIA – ANÁLISE JURISPRUDENCIAL.....	Pág. 27
2.1. Introdução ao Contencioso – As principais questões e vicissitudes na aplicação do Direito da Concorrência em Portugal.....	Pág. 27
2.1.1. Do carácter substantivo da problemática.....	Pág. 27
2.1.2. Do carácter processual da problemática.....	Pág. 38
2.2. Os Tribunais enquanto coarquitectos do “ <i>leitmotiv</i> ” do Direito da Concorrência.....	Pág. 43
3. O NOVO <i>MUNDUS</i> DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA.....	Pág. 49
3.1.1. Do carácter substantivo da problemática.....	Pág. 50
3.1.2. Do carácter processual da problemática.....	Pág. 54
CONCLUSÃO.....	Pág. 59
BIBLIOGRAFIA.....	Pág. 62

## INTRODUÇÃO

Hodiernamente, a livre concorrência é o ponto de partida para o bem-estar económico e social dos consumidores, uma vez que é, por meio dela, que se torna possível a existência de preços competitivos, o acesso ao mercado por parte de todos os consumidores, assim como uma cada vez maior diversidade de produtos e serviços inovadores dentro de um determinado contexto económico.

Daí que a defesa da concorrência tem hoje um papel essencial de inclusão social e de desenvolvimento da economia, sendo aplicável, regra geral, a todos os setores transversais, quer públicos, quer privados. Partindo da premissa de que as normas de proteção da concorrência constituem verdadeiros instrumentos de política económica ao serviço do Estado e da sociedade, premente é, no presente momento, fazer um pequeno estudo da posição jurídica do direito da concorrência em Portugal.

De facto, a complexidade dos fenómenos jurídicos e sociais vividos nos últimos anos, – mormente desde a entrada em vigor da Lei 18/2003 de 11 de junho –, tem obrigado a uma reflexão e conseqüente reconfiguração do normativo legal aplicável às situações de violação das regras da concorrência. Tais metamorfoses de paradigma visaram não só uma maior adequação às necessidades mutáveis da vida, mas também a construção de um contexto social, institucional e político idóneo à promoção de um mercado efetivamente concorrencial.

O objetivo deste humilde libelo académico será tão-somente fazer uma análise do estado jurídico do direito da concorrência em Portugal. Não se procurará construir um novo livro dos porquês relativamente a esta matéria, mas apenas fornecer a um leitor mais atento uma panorâmica geral do direito da concorrência vigente e aplicado em Portugal e na União Europeia. Se por um lado é inquestionável a importância do *corpus* jurisprudencial na aplicação prática do direito nas situações de violação das regras de mercado, por outro, somos impelidos a fazer um estudo sobre o impacto do novo regime jurídico da concorrência na construção de um sistema mais equitativo e democrático, onde a livre concorrência não seja mais um paladino de segunda linha no tropel legislativo nacional.

A reflexão aqui desenvolvida basear-se-á na abordagem compreensiva do binómio jurisprudência/legislação pelo que o presente estudo será um importante contributo para a construção daquilo a que poderemos chamar de *zeitgeist* do direito da concorrência em Portugal dos últimos trinta anos.

Neste sentido, o primeiro capítulo deste trabalho abordará os objetivos e fundamentos, quer político quer económicos, que estão subjacentes a toda a política da concorrência em Portugal, analisando por um lado os princípios gerais que norteiam este ramo do direito, e por outro fazendo uma breve resenha histórica sobre a génese e desenvolvimento histórico do direito da concorrência em Portugal.

Já o segundo capítulo deste estudo será dedicado à análise de algumas das mais expressivas decisões jurisprudenciais nacionais e comunitárias, de forma a elaborar um desenho de como têm sido aplicadas as regras de proteção da concorrência em Portugal.

Por último, a verdade é que a entrada em vigor da Lei 19/2012, de 8 de maio configurou uma mudança, ainda que não radical, no sistema legal relativo às regras da concorrência. A evolução de novas soluções jurídicas e a tentativa de correção de falhas anteriormente verificadas na *praxis* nacional impõe que o último capítulo seja afeto à elaboração de uma abordagem objetiva dessas mesmas alterações legislativas.

De todo o modo, o que neste estudo procuraremos singelamente fazer será construir uma linha transversal de análise que contemple a criação, crescimento e desenvolvimento do direito em concorrência em Portugal. Cientes da pertinência do presente tema, o estudo aqui apresentado constituirá uma reflexão, ainda que académica, da necessidade de construir um sistema jurídico da concorrência capaz de cumprir a sua real missão – defender a economia de mercado e de livre concorrência, permitindo assim o funcionamento eficiente dos mercados, a repartição eficaz dos recursos, e os interesses dos consumidores.

## **1. A POLÍTICA DE CONCORRÊNCIA**

### **1.1 Fundamentos Políticos e Económicos**

A evolução política e social dos finais do século XIX e inícios do século XX contribuíram para atualmente podermos asseverar, de uma forma bastante cristalina, que o livre mercado da concorrência, enquanto forma de organização e funcionamento da economia, é aquele que apresenta os resultados mais eficientes. Neste sentido, apenas mercados abertos, regulados e competitivos conseguem assegurar o progresso individual e coletivo da sociedade, ao estabelecer iguais exigências quer quanto aos consumidores, quer quanto às empresas presentes no mercado económico. Ora, sendo o mercado o sistema económico mais eficiente que se conhece, indiscutível é que a concorrência, enquanto motor da economia, é a base da eficiência de toda a sociedade global. Posto isto, importa responder a algumas questões que surgem quando falamos de direito da concorrência, nomeadamente “O porquê da defesa da concorrência? Qual a importância da promoção da concorrência enquanto bem público? Quais os fundamentos que legitimam o sancionamento de infrações anti concorrenciais em Portugal?”

O século XX foi efetivamente um período de intenso desenvolvimento político para a Democracia<sup>2</sup>. A aceitação da Democracia enquanto modelo de sistema político significou, por conseguinte, uma mudança no paradigma económico vigente<sup>3</sup>. Ora, não poderá existir limitação do poder político sem identicamente e no mesmo sentido, existirem restrições ao poder económico, dado que, o substrato de um é, não raras vezes, o outro.

O Estado de Direito Democrático, enquanto expressão jurídico-política de uma comunidade, tem como principal objetivo a defesa das reais necessidades da população, seja através da correção das falhas de mercado, seja através da implementação das mais

---

<sup>2</sup> Vide AMARTYA, Sem; “*Democracy as a Universal Value*”, *Journal of Democracy* 10.0 (1999), pág.32 e seguintes.

<sup>3</sup> Para mais desenvolvimentos Vide MATEUS, Abel M.; “*Sobre os Fundamentos do Direito e Economia da Concorrência*”; in Seminário para Juizes de Direito sobre Direito Comunitário e Nacional da Concorrência; Tomar, 13 de janeiro de 2006.

variadas políticas, especialmente aquelas de cariz mais social, que visam essencialmente nivelar as desigualdades existentes entre a população residente<sup>4</sup>.

Sendo o direito da concorrência o principal paladino de defesa da economia de mercado, e, não obstante, não constituir este a solução absoluta para esta questão, a verdade é que, e até ao presente, é aquele que apresenta os melhores resultados na proteção de todos os interesses dos agentes económicos e da sociedade em geral.

Com efeito, a correção de falhas de mercado e a promoção e defesa da concorrência tornaram-se, indiscutivelmente, condição *sine qua non* para o eficaz funcionamento da Democracia. A concorrência converteu-se, sem dúvida alguma, num dos mais importantes mecanismos de proteção da economia de mercado<sup>5</sup>. Daí que possamos afirmar que é este mecanismo que faz com que cada empresa que atue no livre mercado de trocas, decida autonomamente em relação às suas congéneres uma série de diversos aspetos como preços, quantidades, zona geográfica de atuação e clientes. E é exatamente esta parcial descentralização das decisões de produção, investimento e consumo de bens e serviços disponíveis no mercado, que leva a que a Democracia Económica constitua um dos principais fundamentos políticos para a defesa do direito da concorrência<sup>6</sup>.

Nesta confluência, podemos, desde já, afiançar que a concorrência mais do que validar as escolhas dos consumidores e das empresas, o que faz é democratizar o acesso ao mercado, dado que permite o exercício da liberdade em toda a sua amplitude. Esta miscigenação do mundo político com o mundo económico leva à criação de um conceito de livre concorrência que englobe os ideais de Democracia, Liberdade e Igualdade. Com efeito, o conceito de democracia económica que aqui discutimos não significa tão-somente a igualdade entre todos os agentes económicos que orbitam no mercado, mas, equitativamente, uma efetiva melhoria da qualidade de vida desses mesmos sujeitos. Tal objetivo apenas é concretizável no plano prático, em virtude do desenvolvimento de instrumentos legislativos nacionais e comunitários de promoção e defesa da concorrência. Instrumentos esses que devem ser capazes de permitir não só a integração dos consumidores no mercado, mas também a satisfação dos interesses

---

<sup>4</sup> Para mais desenvolvimentos Vide CRUZ, José Neves; “*Economia e Política: uma Abordagem Dialética na Escolha Pública*”, Coimbra Editora, 2008, pág. 34 e seguintes.

<sup>5</sup> Vide MOURA E SILVA, Miguel, “*Direito da Concorrência. Uma Introdução jurisprudencial*”, Coimbra, Almedina, 2008, pág. 18.

<sup>6</sup> Vide PORTER, M. E.; “*The competitive advantage of nations*” New York: The Press, 1990, pág. 22 e seguintes.

económicos dos consumidores já presentes no mercado e que se sentem afetados pela prática de infrações às regras da concorrência.

E é também nesta confluência que a própria União Europeia tem vindo a defender o conceito de “democracia económica no mercado interno<sup>7</sup>”. Atingir tal finalidade significaria acima de tudo transmutar o livre mercado da União Europeia numa economia dinâmica e competitiva, capaz de garantir um crescimento económico sustentável, com melhores resultados ao nível da coesão social<sup>8</sup>.

Outrossim, a concorrência e toda a legislação que a regula, vieram elas também constituir-se como fundamento da própria economia de mercado. A competição pelo melhor produto ou preço mais baixo são apenas duas das realidades que apenas são possíveis quando a concorrência dentro de um mercado é assumida como perspetiva prioritária dos agentes económicos. Autores como Herbert A. Simon<sup>9</sup> e Friedrich Hayek<sup>10</sup> vieram demonstrar que economias “não de mercado” coexistem, indubitavelmente, com grandes problemas de incentivos organizacionais e produtivos, pelo que, nem sempre o resultado das empresas que se inserem neste tipo de sistemas económicos é o mais eficiente face às suas reais possibilidades produtivas.

O fenómeno da concorrência, enquanto catalisador de resultados mais eficientes dentro de uma economia de mercado, nunca poderá ser compreendido como algo abstrato e desvinculado da realidade. De facto, a concorrência enquadra perfeitamente o conceito de “mão invisível” de Adam Smith<sup>11</sup>, porquanto tal instituto porque dotado de especiais características como a maleabilidade e a adaptabilidade levam a que cada

---

<sup>7</sup> Para mais desenvolvimentos Vide Parecer do Comité Económico e Social Europeu sobre a «Democracia económica no mercado interno», (2009/C 175/04) in Jornal Oficial da União Europeia.

<sup>8</sup> Para mais desenvolvimentos vide 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 (2004/C 101/04): Neste sentido, o Princípio de liberdade de concorrência assume uma posição central no sistema económico criado pelo Tratado CE. A liberdade de circulação de mercadorias, de pessoas, de serviços e de capitais, constitui o conceito real de mercado interno (n.º 2 do artigo 7.º-A) e constitui, além disso, uma condição essencial para a realização dos objetivos gerais do Tratado (artigo 2.º). Na verdade, a alínea g) do artigo 3.º do Tratado estabelece que a Comunidade pode criar um regime que garanta que a concorrência não seja falseada no mercado interno. Importante é que é o próprio Tratado que veio definir um conjunto de disposições jurídicas, destinadas tanto às empresas como aos Estados-membros, com vista a proibir comportamentos que prejudiquem a concorrência no mercado comum e no comércio intracomunitário.

<sup>9</sup> Vide SIMON, Herbert .A. “*Rational decision making in business organizations*”; in American Economic Review, v.69, 1979, p. 493-513; e MARCH, J.G.; Simon, Herbert .A. “*Organizations*”, New York, NY: Wiley, 1958, pág. 36 e seguintes.

<sup>10</sup> Vide HAYEK, Friedrich; “*Democracia, Justicia Y Socialismo*”, Union Editorial, 2005, pág.45. e seguintes.

<sup>11</sup> Vide SMITH, Adam; “*A riqueza das Nações*”, Volume I, Fundação Calouste Gulbenkian, 2010, pág. 78 e seguintes.

agente económico que compõe o mercado procure, *motu proprio*, rentabilizar as suas metodologias de produção e marketing. Ora, se cada agente económico, quando confrontado com o fenómeno da competitividade de mercado, procura reduzir custos, melhorar técnicas, inovar e ser diferente, podemos afirmar que a concorrência consubstancia um dos fundamentos da economia de mercado, uma vez que, sem ela, provavelmente o mercado redundaria forçosamente em monopólios económicos. Assim, numa economia de mercado impõe-se acima de tudo existir uma completa liberdade para os agentes económicos selecionarem as suas estratégias de atuação, apenas se admitindo alguma intervenção por parte do Estado, nos casos em que, tais estratégias provoquem efeitos negativos nos consumidores sem que o próprio mercado os consiga, autonomamente, reduzir ou anular.

Por outro lado, e na aceção de K. Arrow<sup>12</sup> e A. Sen<sup>13</sup>, a atividade económica apenas é possível quando os axiomas morais e éticos de uma sociedade são incluídos na atividade normal da economia. Para o autor, tais princípios, consolidam a infraestrutura essencial para o funcionamento de mercado. Como atrás foi referido, a política da concorrência permite acima de tudo aumentar o bem-estar social de uma determinada comunidade, na medida em que a condenação de abusos económicos por parte de empresas, leva a que, diretamente, o mercado se torne cada vez mais eficiente. Contudo, a eficiência de mercado nunca poderá ser vista como um valor absoluto, ao invés possuindo limites e falhas. De facto, proliferam pelo mercado situações de assimetria de informação por parte dos agentes económicos e de externalidades negativas, daí que se justifique a existência de organismos reguladores. Atualmente, são eles um elemento essencial de uma completa democracia e de uma sã economia de mercado.

Além do mais, a concorrência em Portugal é um legítimo bem constitucional. É a própria Lei Fundamental que designa, no âmbito económico, a concorrência como incumbência prioritária do Estado. Para tal dispõe a alínea f) do número um do artigo 81.º que cabe ao Estado “*assegurar o funcionamento eficiente dos mercados, de modo a garantir a equilibrada concorrência entre empresas, contrariar as formas de organização monopolista e reprimir os abusos de posição dominante e outras práticas lesivas do interesse geral*”.

---

<sup>12</sup>Vide ARROW, K. “*Limits of organization*”. New York: Norton, 1974, pág. 29 e seguintes.

<sup>13</sup> Vide SEN, A. “*On ethics and economics*”. Oxford: Blackwell, 1987, pág. 41 e seguintes.

Ora, resulta da norma *supra* referida que a repressão que é feita ao poder económico apresenta antes de mais um carácter instrumental, uma vez que a proteção à livre concorrência tornou-se na causa legitimadora de toda e qualquer atuação interventiva indireta do Estado na economia<sup>14</sup>. Saliente-se que a correta aplicação deste preceito dependerá sobretudo da concreta e efetiva garantia, a todos os agentes económicos de mercado, de uma economia e de um mercado protegido dos abusos do poder económico, no sentido de criar um ambiente de saudáveis e diversificadas opções para o consumidor.

Acima de tudo, a proteção da concorrência importa um aumento do bem-estar da sociedade, dado que falhas de mercado como por exemplo cartéis ou abusos de posição dominante, quando não devidamente corrigidos, atentam contra os legítimos interesses dos consumidores. Constitucionalizado que está o conceito de economia de mercado, a verdade é que a consagração da liberdade de concorrência, importa antes de tudo, que qualquer ato ou comportamento que distorça o funcionamento do mercado seja imediatamente sancionado, na medida em que viola cabalmente o sistema económico constitucional vigente. Não se trata de uma mera proteção da economia de mercado, mas sim da conceptualização de uma efetiva democracia económica em que os princípios da liberdade e da igualdade se encontram indissociavelmente conectados.

Tal-qualmente sucede no âmbito ambiental ou do direito do consumo, a verdade é que os benefícios da promoção da concorrência acabam por se disseminar por toda a sociedade, sem que se consiga individualizar os consumidores que maior bem-estar retiram desta regulação<sup>15</sup>. Tal disseminação importa, desde logo, o baixo incentivo dos lesados para reagirem às infrações das regras da concorrência. Com efeito, a criação de um regime jurídico da concorrência, assim como a criação de consequentes organismos institucionais como a Autoridade da Concorrência com a finalidade de procurar e responsabilizar infrações às regras da concorrência, vieram também resolver os *supra* referidos problemas de coordenação e planeamento<sup>16</sup>. Como acima se evidenciou, a concorrência, por consubstanciar o fundamento para a economia de mercado, pressupõe

---

<sup>14</sup> Vide anotação art. 81.º al.) f) da CRP, in CANOTILHO, J.J. Gomes e Moreira, Vital; “*Constituição da República Anotada*”, vol. I, Coimbra Editora, pág. 969 e seguintes.

<sup>15</sup> Vide MATEUS, Abel M.; “*Sobre os Fundamentos do Direito e Economia da Concorrência*”; in Seminário para Juizes de Direito sobre Direito Comunitário e Nacional da Concorrência; Tomar, 13 de janeiro de 2006, pág. 7.

<sup>16</sup> Vide BAKER, Jonathan B; “*The Case for Antitrust Enforcement*”, in Journal of Economic Perspectives, vol. 17, n.º 4, 2003, em que o autor afirma que “*Competition is a public good, and society cannot expect the victims of anticompetitive conduct to protect themselves.*”

neste sentido intervenção por parte do Estado, pelo menos na construção das regras de jogo, *rectius*, normas de proteção da concorrência.

Ademais, a política da concorrência, a nível comunitário, importa ainda a construção de um mercado comum, sendo esta instrumental em relação àquele objetivo. O combate ao poder económico abusivo visa sobretudo evitar alguns dos típicos excessos deste tipo de poder, nomeadamente, dominação de mercado, eliminação da concorrência e desmesurado acréscimo de lucros por parte de algumas empresas. A proteção da concorrência, integrada na defesa conjunta dos ideais da propriedade privada e da livre iniciativa, constitui a pedra de toque em que assenta o sistema de livre economia de mercado<sup>17</sup>. A consagração de tal pressuposto no Tratado que instituiu a Comunidade Europeia<sup>18</sup> veio também encarar a proteção da concorrência como elemento e condição essencial para a construção de uma cultura de união económica dentro da União Europeia, na medida em que consistiu na garantia de igualdade dos direitos e interesses quer dos cidadãos, quer dos Estados-Membros<sup>19</sup>.

Por outro lado, a defesa da concorrência, enquanto bem público, acarreta a criação e salvaguarda *ex ante* de condições que permitam o funcionamento competitivo dos mercados, tanto em benefício dos consumidores como das empresas<sup>20</sup>. Tal missão subentende não só um cada vez maior combate às infrações que levam a uma distorção das condições de concorrência do mercado, mas também, a construção de efetivas condições para a participação económica de consumidores, empresas, bem como de todo e qualquer agente económico que apresente um legítimo interesse associado ao mercado, como por exemplo os trabalhadores. Como fomos indiretamente afirmando, o bem jurídico tutelado pelas normas de direito da concorrência é essencialmente o livre funcionamento do mercado.

Neste conspecto, a criação de um regime jurídico de proteção da concorrência assume especiais contornos quando falamos do Princípio da Igualdade. Assumir a

---

<sup>17</sup> Vide XAVIER; Alberto; “*Subsídios para uma Lei de Defesa da Concorrência*”, Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, n.º136, pág. 87.

<sup>18</sup> Cfr. Art.º 3.º n.º1 alínea b) e art.º 4 n.º 1.

<sup>19</sup> Vide PEGO; José Mariano; “*A posição Dominante Relativa no Direito da Concorrência*”, Almedina, 2001, pág. 11 e seguintes.

<sup>20</sup> Veja-se a este propósito o que escreveu Michael Porter quanto a esta matéria: “*few roles of government are more important to the upgrading of an economy than ensuring vigorous domestic rivalry. Rivalry at home is not only uniquely important to fostering innovation, but benefits the national industry and cluster in many other ways (...)* In fact, creating a dominant domestic competitor rarely results in international competitive advantage. Firms that do not have to compete at home rarely succeed abroad. Economies of scale are best gained through selling globally, not through dominating the home market” (sublinhado nosso) in obra citada pág. 662 e ss.

responsabilidade de promoção deste princípio jurídico importará, por conseguinte, que todo e qualquer interveniente no mercado, sem esquecer as empresas titulares de monopólios naturais, veja fomentados os seus direitos e interesses legalmente protegidos, nomeadamente direito de propriedade, direito ao consumo e direito de acesso ao mercado e serviços de interesse geral.

No contexto socioeconómico atual, a verdade é que o conceito de concorrência perfeita – aquele em que diversos pequenos produtores satisfazem o mercado com os mesmos bens e produtos, a preços idênticos, sem que exista qualquer prática colusiva entre eles – não existe. Pelo contrário, o sistema económico moderno radica na premissa de uma organização eficiente da atividade económica, garantindo permanentemente um determinado grau de concorrência, onde se procura por um lado corrigir assimetrias comportamentais dos agentes económicos, e por outro lado, promover o esforço coletivo no sentido de otimização do interesse geral. A existência de um dispositivo legal de proteção da concorrência radicará sempre no pressuposto de que qualquer agente económico que atue no mercado, pelo simples exercício do seu direito de liberdade contratual, pode através do seu comportamento, interferir com o normal funcionamento do mercado, quer por um lado impedindo a entrada de novas empresas, quer falseando a oferta e a procura de mercadorias e serviços que dentro do mercado existe.

O Estado, no âmbito do direito da concorrência, assume a veste de mandatário da sociedade, na medida em que se arroga da responsabilidade de restaurar a ordem jurídica violada quando se verificarem situações de práticas abusivas por parte do poder económico. Tal intervenção, visa, acima de tudo, promover a livre concorrência, reprimindo toda e qualquer distorção de mercado causada pela adoção de práticas e comportamentos por parte das empresas. Com efeito, importará, desde logo, analisar os benefícios que a promoção da livre concorrência poderá trazer à sociedade, pois serão esses mesmos benefícios que justificarão a intervenção do Estado na economia<sup>21</sup>.

Em primeiro lugar, a intervenção do Estado na economia é legitimada pela defesa, ainda que indireta, do conceito de menor preço dos produtos e serviços existentes no mercado, assim como pela proteção da qualidade e diversidade de opções de consumo por parte de todos os agentes económicos. Tais objetivos, ainda muitas

---

<sup>21</sup> Vide CORDEIRO, António Menezes, e ALBUQUERQUE, Ruy de, “Regulação e Concorrência – Perspetivas e limites da defesa da concorrência”, Edições Almedina, 2004, pág. 29.

vezes vistos como metafísicos, radicam sobretudo na necessidade de ser o Estado, enquanto entidade reguladora, a controlar a economia e o mercado, sob pena de o mesmo converter-se em perniciosos episódios de monopólios económicos, com graves consequências para a eficiência empresarial e para os consumidores em geral<sup>22</sup>.

Igualmente, podemos asseverar que sem a intervenção do Estado na criação de um regime jurídico da concorrência, estaríamos a violar um dos mais importantes princípios constitucionais relativos às pessoas coletivas empresariais, nomeadamente, a Liberdade de Empresa<sup>23</sup>. Neste contexto, por Liberdade de Empresa terá de entender-se por um lado o direito de ser titular de uma pessoa coletiva empresarial, e por outro, a liberdade das empresas definirem as suas estratégias relativamente a meios de produção, investimento e comercialização dos seus produtos. Com efeito, a responsabilização de infrações anti concorrenciais, através da subsunção de casos concretos a válidas normas de proteção, importa identicamente a defesa deste legal axioma, uma vez que o desenvolvimento e crescimento económico por parte das empresas existentes no mercado dependem, inclusive da diminuição ou até da anulação de qualquer entrave à sua livre existência no mercado. Nesta perspetiva se enquadra a existência de um quadro jurídico de proteção da concorrência, dado que sem ele, vigoraria um sistema de mercado não com base no mérito e trabalho das empresas, mas ao invés, dominado por determinadas empresas que através de diversos artifícios e comportamentos à margem da lei impediriam a existência de outras empresas congéneres.

Por último, constitui o direito da concorrência o último dos redutos de incentivo e estímulo às empresas ao desenvolvimento de novos produtos e serviços. Isto porque, como atrás ficou evidenciado, a proteção da economia de mercado constitui um legítimo bem público, bem esse que por sua vez consubstancia um interesse nacional que importa promover.

A livre concorrência, e por conseguinte, a competitividade/rivalidade que se forma entre empresas idênticas no mesmo segmento, leva estes agentes económicos a aperfeiçoarem os seus métodos de produção, de modo a desenvolver e inovar os

---

<sup>22</sup> Vide MOURA E SILVA, Miguel: “*O Abuso de Posição Dominante na Nova Economia*”, Tese de Doutoramento, U. Lisboa, 2008, Coimbra, Almedina, 2010, pág. 463 e seguintes.

<sup>23</sup> Vide ALVES, José Manuel Caseiro; “*Lições de direito comunitário da concorrência*”, Série das Lições do Curso dos Estudos Europeus da Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra Editora, Coimbra, 1989, pág. 23 e ss..

produtos e serviços que comercializarão<sup>24</sup>. Tal ênfase que é dado ao fator produtivo tem, obviamente, reais repercussões na vida do consumidor, uma vez que apenas a combinação de elementos como a inovação e novidade se traduz na fórmula mais eficaz de aglutinação de clientela<sup>25</sup>.

Posto isto, e compreendidos os benefícios que a livre concorrência atrai, estamos no presente momento aptos a apreender os fundamentos que legitimam a existência de um regime jurídico de proteção da concorrência, e por consequência, a atuação das autoridades nacionais da concorrência na punição das infrações às regras fixadas.

De acordo com a doutrina<sup>26</sup>, o principal fundamento em que deverá assentar a intervenção do Estado na economia será sempre o de evitar que práticas ou comportamentos economicamente considerados como abusivos, tenham efetivas repercussões no mercado, obviamente no que tange à afetação da livre concorrência. Neste sentido, podemos concluir que, caso a prática verificada não tenha qualquer efeito líquido negativo no mercado, a questão será considerada da competência exclusiva dos Tribunais Comuns, e já não do Estado e das autoridades nacionais da concorrência. Isto porque, a livre concorrência, porquanto também é uma expressão da livre iniciativa, conjuntamente com o trabalho humano, é a *ratio* de um Estado Democrático de Direito, visando acima de tudo assegurar uma vida condigna a todos os cidadãos e efetivar o cariz mais social da Justiça. Com efeito, se compreende a destriça que acima fizemos, remetendo questões de afetação de mercado para a responsabilidade direta do Estado, e questões autónomas de justiça social, indiretamente, para os Tribunais Comuns.

Importa agora igualmente descortinar sobre os elementos que compõem a base para a qualificação de uma conduta como abusiva face ao sistema económico vigente. Em primeiro lugar torna-se necessário proceder a uma análise contextual e conjuntural da economia, de forma a percebermos o meio em que o acordo, cartel ou outra prática restritiva da concorrência se verificou<sup>27</sup>. Neste sentido podemos afirmar que uma determinada situação de abuso do poder económico apenas poderá ser adequadamente

---

<sup>24</sup> Vide SANTOS, António Carlos dos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão; - *A Defesa da Concorrência*, págs. 317 e seguintes, Almedina, in *Direito Económico*, 5.ª edição revista e atualizada, pág. 65 e ss..

<sup>25</sup> Vide MATEUS, Abel M. – artigo “*Política de Concorrência e Contratação Pública*”, datado de 26 de outubro de 2006.

<sup>26</sup> Vide MOURA E SILVA, Miguel, “*Direito da Concorrência. Uma Introdução jurisprudencial*”, Coimbra, Almedina, 2008, pág. 15.

<sup>27</sup> Vide COSTA, Adalberto, “*Regime Legal da Concorrência*”, Edições Almedina, 2004 e Marques, Maria Manuel Leitão, e António Goucha Soares, “*Concorrência – Estudos*”, Edições Almedina, 2006.

analisada, se a infração a sancionar se enquadrar no conceito de mercado relevante. A essencialidade desta condição justifica-se pelo facto de que toda e qualquer manifestação do poder económico dentro de um mercado ocorrer sempre limitada no âmbito de um mercado de bens e serviços juridicamente individualizado<sup>28</sup>.

Em segundo lugar, e relativamente ao agente económico que pratica a infração, relevará a participação da empresa no mercado relevante comparativamente com os seus concorrentes. Importa desde já referir que a posição maioritária de mercado não configura *de per se* uma situação de posição dominante, mas tão só um mero indício. Consequência desta primeira premissa, podemos concluir que a existência de um poder sancionatório apenas se justifica quando estejamos perante uma conduta que imputada a uma determinada empresa provoque no mercado algum tipo de efeito negativo aos consumidores e a outras empresas concorrentes. Exemplo de um efeito negativo será o poder unilateral das empresas de fixar preços, pelo que a verificação deste resultado fará o Estado, enquanto entidade fiscalizadora da economia, refletir e atuar sobre a violação de concorrência efetiva em mercados onde existam posições dominantes, e em consequência disso, formular um regime jurídico que combata tal tendência. A fixação de preços, quer seja feita direta ou indiretamente, constitui um desvio ao regular funcionamento de mercado, na medida em que, a prática de preços previamente estabelecidos, ou seja, a ausência de negociação entre os agentes económicos, não permite o livre jogo da oferta e da procura<sup>29</sup>. Por um lado, a fixação de preços máximos de mercado leva a que as empresas saibam qual o limite de preço praticado por uma empresa concorrente, levando a uma cada vez maior aproximação dos valores, independentemente da discussão entre todos os agentes de mercado. Contrariamente, a inexistência de valores de mercado pré-fixados levaria *a priori* à diminuição dos preços dos bens e serviços comercializados, até ao limite máximo que as empresas produtoras os conseguissem suportar sem, contudo, pôr em causa a sua situação financeira. Por

---

<sup>28</sup> A este respeito afirma Lopes Rodrigues que “o principal objetivo da definição de mercado consiste em identificar de uma forma sistemática os condicionalismos concorrenciais que as empresas em causa têm de enfrentar. O objetivo de definir um mercado tanto em função do seu produto como em função da sua dimensão geográfica é o de identificar os concorrentes efetivos das empresas em causa, suscetíveis de restringir o seu comportamento e de impedi-las de atuar independentemente de uma pressão concorrencial efetiva. É nesta ótica que a definição de mercado permite subsequentemente calcular as quotas de mercado, o que representa uma informação essencial em relação ao poder de mercado para apreciar a existência de uma posição dominante (art. 82.º) ou para efeitos de aplicação do art. 81.º às estratégias cooperativas/colusivas” in LOPES, Rodrigues; “O essencial da Política de Concorrência”, INA, 2005; pág. 95 e seguintes.

<sup>29</sup> Vide Sentença “Ordem dos Médicos” proferida pelo 3.º Tribunal do Comércio de Lisboa, em 18 de janeiro de 2007. Proc. N.º 851/06.2TYLSB disponível em [www.concorrencia.pt/](http://www.concorrencia.pt/).

outro lado, a definição de preços mínimos leva, forçosamente, a uma situação em que uma empresa saiba o valor mínimo de mercado que a concorrência fixará, importando uma contração da autonomia dos intervenientes económicos, dado que as empresas que atuam no mercado não poderão fixar preços mais baixos. Neste sentido, a não fixação de preços mínimos significaria a existência de uma real e efetiva concorrência dentro do mercado, conquanto as empresas, dentro da sua liberdade de atuação, usariam o fator preço como elemento essencial na negociação com os consumidores, e estes adquiririam bens ou serviços a um melhor preço.

Não obstante ser o princípio da razoabilidade o vetor que deverá nortear a atuação do poder económico, a verdade é que é possível estabelecer determinados pressupostos para a verificação de abusos por parte de empresas que atuam no mercado. Sintetizando, uma conduta será considerada abusiva quando cumulativamente prejudique a livre concorrência, importe a dominação do mercado relevante por uma empresa que aumenta arbitrariamente os lucros obtidos à custa das suas congéneres, e por último que impeça o desenvolvimento e crescimento de outros agentes económicos, e que em consequência de tais práticas, leve à contração do mercado e da economia.

Face ao exposto, a primeira conclusão que podemos retirar de toda a argumentação aduzida é que o direito da concorrência apresenta uma aplicação transversal a toda a economia. De facto, o carácter público deste elemento radica na necessidade de preservar um bem de interesse geral, – o correto funcionamento de mercado –, seja em benefício das empresas, seja em benefício dos consumidores e trabalhadores. Assim, correto é afirmar que a existência de um regime jurídico da concorrência e a existência de entidades independentes capazes de fazer aplicar tal regime, visará essencialmente a promoção do eficaz funcionamento de toda a economia de mercado.

Aqui chegados, importa por último compreender as razões que justificam a existência de uma entidade independente com poderes de fiscalização e sancionamento de infrações às regras da concorrência. Como atrás ficou evidenciado, numa economia de carácter mercantil, os agentes económicos devem ter a liberdade de, individualmente, construírem as suas regras de atuação de mercado. Não caberá nunca às autoridades nacionais da concorrência a assunção de uma veste de administração das empresas. Pelo contrário, sempre se dirá, que a estas entidades seja atribuída uma competência de fiscalização e conseqüente punição de atuações e práticas, quando as mesmas não sejam conforme ao regime jurídico vigente. Em sùmula, poderemos equiparar estas entidades

independentes a árbitros cuja principal função é simplesmente aplicar as regras de concorrência, anteriormente fixadas pelo legislador. Comparando a *supra* referida afirmação com os Estatutos da Autoridade da Concorrência, verificamos uma total coincidência na definição da missão desta entidade<sup>30</sup>. Com efeito, é a própria lei que atribui a esta entidade poderes de supervisão, fiscalização e sancionamento com vista a cumprir tal finalidade. Dada a sua função, – assegurar o correto funcionamento do mercado e da economia –, assume esta entidade independente um importante papel na defesa de um Estado Democrático de Direito.

Como ficou evidenciado neste capítulo, o princípio da livre concorrência representa *ante omnia*, quer a tutela coletiva da liberdade de iniciativa, quer a liberdade de iniciativa individual dos agentes de mercado.

De facto, a concorrência perfeita é simplesmente utópica. Dentro da limitação teórica em que a economia assenta, o que deverá, quer o Estado quer a sociedade, defender é uma conceção de concorrência eficaz ou praticável. Conceito doutrinal esse inicialmente desenvolvido pelo economista John Maurice Clark<sup>31</sup>. Para o referido autor,

---

30 Dispõe o artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de janeiro, que é missão desta entidade “assegurar a aplicação das regras de concorrência em Portugal, no respeito pelo princípio da economia de mercado e de livre concorrência, tendo em vista o funcionamento eficiente dos mercados, a repartição eficaz dos recursos e os interesses dos consumidores, nos termos previstos na lei e nos presentes Estatutos”. De acordo com os seus Estatutos, nomeadamente artigo 6.º incumbe a esta entidade:

- a) Velar pelo cumprimento das leis, regulamentos e decisões destinadas a promover a defesa da concorrência;
- b) Fomentar a adoção de práticas que promovam a concorrência e a generalização de uma cultura de concorrência junto dos agentes económicos e do público em geral;
- c) Difundir, em especial junto dos agentes económicos, as orientações consideradas relevantes para a política da concorrência;
- d) Acompanhar a atividade das autoridades de defesa da concorrência em outros países e estabelecer, com elas, e com os organismos comunitários e internacionais competentes, relações de cooperação;
- e) Promover a investigação em matéria de defesa da concorrência, desenvolvendo as iniciativas e estabelecendo os protocolos de associação ou de cooperação, com entidades públicas ou privadas, que se revelarem adequados para esse efeito;
- f) Contribuir para o aperfeiçoamento do sistema normativo português, em todos os domínios que possam afetar a livre concorrência, por sua iniciativa ou a pedido do Governo;
- g) Exercer todas as competências que o direito comunitário confira às autoridades administrativas nacionais, no domínio das regras de concorrência aplicáveis às empresas;
- h) Assegurar a representação técnica do Estado português nos organismos comunitários ou internacionais em matéria de política de concorrência
- i) Exercer as demais atribuições que lhe sejam legalmente cometidas”.

<sup>31</sup> O autor defende que “esta [concorrência eficaz ou praticável (“workable competition”)] não exclui a desigualdade das firmas nem a influência assimétrica das unidades dominantes. Esta estabelece-se entre empresas de dimensões diferentes, com custos e horizontes diferentes que praticam políticas diferentes: tende ao progresso por um aperfeiçoamento dos métodos de produção, por uma diferenciação crescente da qualidade e dos tipos de produtos e pelo desenvolvimento de novos produtos; permite, por fim a difusão benefícios devidos a este progresso em favor dos consumidores através da diminuição do preços”, in “Toward a concept of workable competition”, American Economic Review, 1940, pág. 241 e seguintes.

a concorrência nunca deverá ser entendida como um objetivo que se encerra a si mesmo, aceitando-se inclusive que, em situações pontuais e legitimamente justificadas, a concorrência seja sacrificada em função de interesses superiores<sup>32</sup>. E é precisamente esta ideia de concorrência eficaz ou praticável que tem sido plasmada tanto a nível nacional como a nível comunitário.

De todo o modo, a evolução do direito da concorrência nacional está intimamente ligada ao contexto histórico e económico em que assenta tais desenvolvimentos. *Prima facie*, e pela sua pertinência no presente estudo dado que apenas conhecendo a estrutura de um sistema se pode avaliar o resultado, dedicaremos a seguinte subsecção à contextualização do direito da concorrência numa dupla perspectiva, – a construção nacional do direito da concorrência e a evolução do direito da concorrência dentro da União Europeia.

## **1.2 O *Iter* histórico do Direito da Concorrência**

A verdade é que Portugal sempre manteve uma relação difícil com o direito da concorrência. De facto, e fazendo uma retrospectiva histórica do direito económico nacional, encontramos um país imerso num corporativismo medieval, num insípido período de liberalismo incapaz de se fazer notar, e mais tarde, num estado autoritário que não via com bons olhos a defesa e promoção das regras da concorrência.

Daí que se possa afirmar que a evolução do direito nacional da concorrência encontra a sua génese no direito comunitário, *maxime* na influência recebida desde a entrada de Portugal para a então Comunidade Económica Europeia (CEE) em 1986<sup>33</sup>.

*Ipsa facto*, a verdade é que a construção de um percurso histórico do direito da concorrência em Portugal entrecruza-se, não raras vezes, com a edificação do projeto europeu<sup>34</sup>. Assim, e tendo em conta esta interessante miscigenação institucional, política e social em que o contexto nacional assenta, podemos subsumir o direito da concorrência em Portugal a três etapas ou fases, nomeadamente, uma primeira fase de transição que se situa desde a entrada de Portugal para a CEE até à entrada em vigor da

---

<sup>32</sup> Cfr. art 81.º n.º3 do Tratado, artigo 5.º do Decreto-Lei 371/93 e artigo 5.º da Lei 18/2003.

<sup>33</sup> Não obstante Portugal ter assinado o Tratado de Adesão à CEE em 12 de junho de 1985.

<sup>34</sup> Vide Ferreira, João E. Pinto; “*Contributo para um enquadramento das leis de defesa da concorrência em Portugal*”, in Soares, A. Goucha; Maria Manuel Leitão Marques (Coordenadores), “*Concorrência – Estudos*”, Almedina, 2006.

Lei 18/2003, de 11 de junho, uma segunda fase de intensa consolidação das regras da concorrência que termina com entrada em vigor da Lei 19/2012, de 8 de maio, e uma terceira fase de reafirmação do direito da concorrência que se iniciou com a entrada em vigor do novo regime jurídico da concorrência e vai até ao presente momento.

Ora, a entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 422/83 de 3 de dezembro foi o primeiro grande passo na construção de um sistema nacional da concorrência. Significou a abolição da maior parte das regras corporativas e a passagem de um mercado marcado pela intervenção estatal na fixação de preços para um mercado de preços acompanhados e até mesmo de preços livres. No entanto, o referido normativo não tinha qualquer previsão relativa às concentrações de empresa, matéria tão fundamental num contexto de liberalização de mercado e privatização de importantes áreas da atividade económica. Nesta medida, o Decreto-lei n.º 422/83 não correspondeu às necessidades económicas da época, carecendo o regime jurídico da concorrência de ajustes e correções. Tal veio efetivamente a acontecer com a entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 371/93 de 29 de outubro. Porém, até 2003, o direito da concorrência permaneceu nas trevas das prioridades nacionais, dado que a atividade económica continuou cúmplice de uma mentalidade fechada e adversa à economia de mercado.

Em 2003, o direito da concorrência vive o seu auge de desenvolvimento com a entrada em vigor da Lei 18/2003 de 11 de junho. Esta 2.ª revisão do direito da concorrência conduziu a uma intensa consolidação dos princípios e conceitos que norteavam esta disciplina normativa. Se a aproximação do direito nacional ao direito comunitário neste domínio foi profícua, não menos importante foi a criação de uma nova entidade administrativa independente, a AdC. Nesta medida, Portugal passou a dispor de um razoável enquadramento legislativo no que tange ao direito da concorrência, quer quanto à solução institucional adotada, quer quanto às soluções legais definidas como forma de resolução dos aspetos mais críticos que o regime anterior apresentava.

Já a terceira fase, a que chamamos de reafirmação do direito da concorrência nacional, iniciou-se com a entrada em vigor da Lei 19/2012, de 8 de maio. Mais do que romper com a conceptualização e prática do passado, o novo regime da concorrência visou acima de tudo corrigir algumas falhas, essencialmente processuais, que obstavam a uma efetiva aplicação deste normativo legal. Em termos bastante gerais, o *public enforcement* nacional, se durante a vigência da Lei 18/2003 era delimitado pelo triângulo AdC, Tribunal do Comércio de Lisboa e Tribunal da Relação de Lisboa, a

verdade é que uma das grandes mudanças do novo regime jurídico da concorrência quanto ao sistema de recursos foi a criação de um Tribunal de competência especializada. Nesta medida, os recursos de decisões da AdC passaram a ser decididos pelo Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão<sup>35/36</sup>, sediado na cidade de Santarém, em vez do Tribunal de Comércio de Lisboa, como acontecia com a aplicação da Lei 18/2003, de 11 de junho.

Por outro lado, a possibilidade de ao infrator ser aplicada quer a dispensa quer a redução de coima, sofreu igualmente alterações com entrada em vigor da nova lei da concorrência. Com efeito o regime jurídico da clemência passa agora a constar dos artigos 75.º a 82.º do novo diploma, quando anteriormente encontrava-se definido em diploma autónomo<sup>37/38</sup>.

Na verdade, o novo regime da concorrência consubstanciou uma interessante reconciliação com o direito da concorrência da União Europeia, passando assim o sistema jurídico nacional a configurar uma aplicação em paralelo destes dois regimes legais. Daí que possamos referir a existência de uma profunda influência da legislação e da jurisprudência comunitária nos sistemas jurídicos nacionais, e que encontra repercussão na aplicação prática do direito da concorrência pelos Estados-Membros.

Ora, em resultado dessa cada vez maior integração económica europeia, a verdade é que da análise da estrutura institucional da defesa da concorrência encontramos um triplo vetor formado pela Comissão Europeia, pela Rede Europeia da Concorrência, e pelos Tribunais Comunitários.

Dada a pertinência da Rede Europeia da Concorrência no contexto essencialmente político, porquanto atua quase como *policymaking* da concorrência, apenas a esta instituição comunitária dedicaremos algumas palavras neste estudo.

Com efeito, a Rede Europeia da Concorrência, *maxime* denominada por Rede ECN (*European Competition Network*) iniciou formalmente a sua atividade em 2004, em resultado da entrada em vigor do Regulamento (CE) n.º 1/2003<sup>39</sup>. A criação de tal

---

<sup>35</sup> O Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, mormente designado por “TCRS” foi criado pela Portaria n.º 84/2012 de 29 de março. Este tribunal especializado considera-se instalado a partir do dia 30 de março de 2012. Porém, dos dois Juízos estabelecidos, apenas o 1º Juízo irá funcionar, dado que apenas poderão ser lá julgados os processos com entrada após 30 de março de 2012.

<sup>36</sup> Cfr. Art. 84º n.º3 da Lei 19/2012, de 8 de maio.

<sup>37</sup> Nomeadamente Lei n.º 39/2006, de 25 de agosto.

<sup>38</sup> O objetivo de incluir o regime da clemência na própria lei da concorrência consta claramente dos objetivos de Governo definidos na Exposição de motivos da Proposta de Lei n.º 45/XII.

<sup>39</sup> Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, de 16 de dezembro de 2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado disponível em <http://eur-lex.europa.eu/pt>.

instituição visava, sobretudo, a coesa aplicação do direito da concorrência em todo o espaço da União Europeia, através da implementação de diversos mecanismos de cooperação entre os Estados-Membros. Ora, sendo a Rede o principal fórum comunitário de discussão sobre direito da concorrência, a verdade é que as suas funções extravasam o puro âmbito de debate, debruçando-se igualmente em outro tipo de atividades. Neste sentido, a cooperação a nível europeu através desta Rede engloba a colaboração e procedimento conjunto de questões como por exemplo o controlo de operações de concentração de empresa e auxílios de Estado<sup>40</sup>.

De facto, a entrada em vigor do Regulamento (CE) n.º 1/2003 veio modernizar a aplicação das regras europeias de concorrência, constantes dos artigos 101.º e 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. De acordo com o referido Regulamento comunitário, as autoridades da concorrência nacionais e os próprios tribunais nacionais, quando estejam perante infrações que relevem para efeitos dos artigos 101.º e 102.º do TFUE, devem aplicar não só o direito nacional, mas também, os *supra* referidos normativos legais bem como os pressupostos de que dependem a sua concreta aplicação. Tal previsão jurisdicional parece-nos, desde já, enquadrar o exercício material de funções comunitárias.

Por conseguinte, a sectária descentralização operada com a entrada em vigor do Regulamento (CE) 1/2003, consubstanciou, no quadro da Rede Europeia de Concorrência, a partilha e cooperação de responsabilidades entre as autoridades nacionais dos Estados-Membros, os tribunais nacionais e a Comissão Europeia<sup>41</sup>, sendo que a estas entidades passaram a caber todas as competências de fiscalização, direção e responsabilização no âmbito do direito da concorrência. Ora, apenas se consegue explicar a importância desta instituição comunitária se tivermos em conta o Processo de

---

<sup>40</sup> Para mais desenvolvimentos Vide Regulamento do Conselho (CE) n.º139/2004 do Conselho, de 20 de janeiro de 2004, relativo ao controlo de concentrações de dimensão europeia, que prevê a participação das autoridades nacionais da concorrência nos trabalhos do Comité Consultivo em matéria de Concentração de Empresas, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/pt>.

<sup>41</sup> Vide n.º 1 do artigo 11.º do Regulamento n.º 1/2003 e 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, J.O.[2004] n.º L123/18; Comunicação da Comissão sobre a Cooperação na REC, cit. 26; 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, cit. 42; Comunicação da Comissão, de 27 de abril de 2004, relativa ao tratamento de denúncias pela Comissão nos termos dos artigos 81.º e 82.º do Tratado CE, J. O. [2004] n.º101/65; Comunicação da Comissão, de 27 de abril de 2004. Orientações sobre o conceito de afetação do comércio entre os Estados-Membros previsto nos artigos 81.º e 82.º do Tratado, cit. 18; Comunicação da Comissão, de 27 de abril de 2004 relativo a orientações à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado, disponíveis em <http://eur-lex.europa.eu/pt>.

Modernização do Controlo da Concorrência que se desenvolveu dentro da União Europeia a partir da entrada em vigor do Regulamento (CE) 1/2003. Com efeito, o sobredito processo consistiu, particularmente, num conjunto de uniformizações legislativas levadas a cabo por todos os Estados-Membros no âmbito do direito da concorrência<sup>42</sup>. Durante este processo foi a Rede Europeia de Concorrência o principal mecanismo impulsionador de toda esta evolução, dado que por um lado funcionou como mecanismo de proteção dos direitos, garantias e interesses legalmente protegidos de todos os agentes económicos comunitários, e por outro lado tornou-se esta instituição num modelo de inspiração de Política da Concorrência a ser adotado por todos os Estados-Membros dentro da União.

De resto, a Rede Europeia da Concorrência consubstanciou o ponto de convergência dos Estados-Membros para algumas das mais importantes questões do direito da concorrência. Exemplo de tal fenómeno, foi a adoção, por parte de alguns Estados-Membros, de conceitos e figuras jurídicas como o Regime de Clemência em Matéria de Coimas ou de Redução do seu valor em caso de infrações menos gravosas.

O processo de convergência ao regime da Clemência a que acima aludimos consistiu na adesão dos Estados-Membros ao Programa Modelo de Clemência da Rede Europeia de Concorrência de 2006 – *ECN Model Leniency Programme*<sup>43</sup>. Tal adequação dos regimes nacionais às características do *ECN Model Leniency Programme* consubstanciou a maior prova do desenvolvimento de uma cultura cooperativa ao nível da concorrência que esta instituição comunitária já viu até hoje.

Ora, a convergência progressiva das normas processuais nacionais, decorrente da bem-sucedida cooperação da Rede Europeia da Concorrência levou a que, paulatinamente, os regimes jurídicos dos 27 Estados-Membros se fossem harmonizando, criando assim, um quase completo regime comunitário da concorrência.

---

<sup>42</sup> Sendo certo que jurisprudência da Comissão Europeia através da Direção de Concorrência e os próprios regulamentos e diretivas emitidos pela Comissão tiveram um papel muito importante no delineamento e harmonização das legislações nacionais e atuações das autoridades de concorrência e dos tribunais.

<sup>43</sup> Comparativamente, em 2002, apenas quatro Estados-Membros possuíam sistemas de Clemência, sendo que, no final de 2008, apenas a Malta e Eslovénia, não adotaram ainda programas desta natureza. Para mais desenvolvimentos Vide Report on Assessment of the State of Convergence - relatório emitido pela Rede Europeia de Concorrência, em 13 de outubro 2009, que avalia o estado de convergência dos Programas de Clemência dos Estados-Membros relativamente às diretrizes traçadas pelo *ECN Model Leniency Programme* em 2006; “*At the date of this Report, twenty five Member States and the European Commission operated leniency programmes.11 The list of applicable leniency programmes is attached to this Report (see Annex 1)*”.

Nesta senda, podemos afirmar, sem margem para dúvidas, que a Rede Europeia de Concorrência constitui, hoje, o maior exemplo de impulso à competitividade, concorrência, harmonização, e coesão económica entre os Estados-Membros, na medida em que a associação das autoridades nacionais da concorrência que a Rede fomenta resulta, indubitavelmente, num aumento de liberdade para todos os agentes de mercado, porquanto permite o acesso dos consumidores a produtos e serviços a preços justos e competitivos independentemente da origem dos mesmos<sup>44/45</sup>.

Em suma, e face ao exposto, é notória a influência do direito da União Europeia, por um lado, na cada vez maior homogeneização dos regimes jurídicos da concorrência aplicáveis nos diversos Estados-Membros e, por outro lado, na estruturação de um sistema concorrencial comum, que conjuga e mistura conceitos jurídicos de raiz europeia e nacional.

No que à realidade nacional do direito da concorrência diz respeito, torna-se essencial como ponto de partida para o capítulo seguinte, conhecer as estatísticas de atuação da AdC. Ora, tendo por base o relatório apresentado pelo Dr. Manuel Sebastião, Presidente do Conselho da Autoridade da Concorrência, em 13 de março de 2013<sup>46</sup> na Audição Parlamentar realizada perante a Comissão Política de Orçamento, Finanças e Administração Pública, a verdade é que o balanço não pode ser de todo positivo. Isto porque, dos 145 processos abertos pela AdC entre 2003 e 2011, apenas 27 culminaram em condenação das empresas infratoras<sup>47</sup>, tendo os restantes sido encerrados. Tal factualidade revela uma triste realidade - a ineficácia e inoperância da AdC no sancionamento deste tipo de infrações.

---

<sup>44</sup> Vide Pons, Jean-François; e Sautter, Timothée; *“Ensuring a sound competition environment: Rules, Practice, Reforms and Challenges of European Competition Policy”*, editado por Johann Eekhoff, pág. 29 e ss; *“It is not surprising that competition has been heavily emphasised from early days of European Integration given the benefits of such a policy. Competition brings economic and social progress and directly impacts the daily life of consumers”*.

<sup>45</sup> Como atrás se referiu, a política da concorrência é instrumental na construção do mercado comum. Aliás, o contrário não faria sentido se, e não obstante, ser determinado ato de concentração proibido num Estado-Membro, as empresas pudessem constituir um válido monopólio noutra Estado-Membro, e mais tarde atuar em todo o mercado comunitário. No mesmo sentido, poderia suceder que duas ou mais empresas constituíssem um cartel num Estado-Membro onde ele não fosse sancionável, e mais tarde, atuarem em todo a União em prejuízo dos consumidores comunitários.

<sup>46</sup> Vide 13 de março de 2013 na Audição Parlamentar junto da Comissão Política de Orçamento, Finanças e Administração Pública disponível em [www.concorrenca.pt](http://www.concorrenca.pt).

<sup>47</sup> Das condenações decididas pela AdC, 11 foram relativas a acordos entre empresas, 9 a decisões de associações de empresas, 5 a práticas concertadas, e 4 a abusos de posição dominante.

Partindo de tal pressuposto, será nosso intento perceber as razões que levaram ao *supra* referido insucesso, daí que se justifique a análise das decisões judiciais que obviaram à condenação das empresas infratoras.

De facto, o relevo e a importância da jurisprudência dos tribunais nacionais e do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias é, atualmente, um elemento inquestionável. As referidas instituições ao proferirem, tão prolificamente, uma grande quantidade de decisões judiciais à luz dos casos concretos que na sociedade vão surgindo, permitem, desde logo, dar vida à “letra morta” dos dispositivos normativos do direito da concorrência.

Com efeito, parte do direito da concorrência será também resultado da jurisprudência que constrói conceitos e tornar a lei mais flexível e racional, sendo também função daquela encontrar resposta para novos problemas jurídicos que o tempo vai concebendo. Longe vão os tempos em que a jurisprudência não era fonte de direito da concorrência. Hoje a situação é precisamente o contrário, daí que o capítulo seguinte seja dedicado à análise dos chamados “*leading cases*” do direito da concorrência, ou seja um estudo de algumas decisões judiciais que, de tão inéditas e relevantes que o foram, fizeram com que o regime jurídico nacional da concorrência desse mais um salto em frente no sentido de aperfeiçoamento e correção de falhas teóricas de construção do mesmo.

## **2. A APLICAÇÃO DAS REGRAS DA CONCORRÊNCIA – ANÁLISE JURISPRUDENCIAL**

### **2.1. Introdução ao Contencioso – As principais questões e vicissitudes na aplicação do Direito da Concorrência em Portugal**

O direito da concorrência nacional, *maxime* desde a criação da Autoridade da Concorrência e da entrada em vigor da Lei n.º 18/2003, de 11 de junho, tem sido objeto de um desenvolvimento efetivamente extraordinário. Desde célebres casos jurídicos, até preciosos e inovadores arestos judiciais, sem esquecer vitoriosas decisões da Autoridade da Concorrência, a verdade é que o caminho faz-se caminhando<sup>48</sup>. E neste caminho de desbravar soluções e resultados, que não raras vezes é até tortuoso e difícil, vão surgindo novas questões que ao poder judicial, essencialmente, cabe resolver. Analisar essas questões e verificar a solução encontrada será o nosso intento neste subcapítulo.

As questões a serem neste capítulo tratadas foram-no por diversos critérios e fundamentos. Se por um lado, e a título de exemplo o problema da sujeição das Ordens Profissionais ao regime da concorrência foi escolhido dada a multiplicidade de vezes que o problema foi levantado junto dos tribunais judiciais, outros houve como a questão do paralelismo comportamental que o foram, porquanto do ponto de vista jurídico encerram em si mesmos grande interesse do ponto de vista conceptual. Para além deste elenco, outros temas foram escolhidos como a aplicação pelas entidades nacionais do direito comunitário, alguns dos mais elementares direitos e garantias de defesa dos arguidos que foram violados pela falta de rigor da AdC, bem como a problemática da prescrição e da dificuldade de prova que obsta à aplicação do regime jurídico da concorrência. De todo o modo, o presente capítulo sempre será organizado tendo em conta a destriça feita entre questões substantivas e questões processuais relativamente ao direito da concorrência.

#### **2.1.1. Do carácter substantivo da problemática**

Relativamente à temática substantiva do direito da concorrência, o mote para tal desígnio será a aplicação do direito comunitário da concorrência pelos tribunais

---

<sup>48</sup> Referência ao verso «o caminho faz-se caminhando» do poeta António Machado, ou na versão original «se hace camino al andar», retirado da estrofe XXIX – “*Proverbios y cantares*” do livro “*Campos de Castilla*”, Poesia Eres Tu, 2011, Coleção Elcano.

nacionais, desde logo, identificando os obstáculos que lhe estão tipicamente associados no que toca à sua direta aplicação. Concretizando, o estudo da referida matéria será feito através da análise do recente Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 12 de abril de 2010<sup>49</sup>, porquanto o referido aresto configura em si mesmo uma grande carga conceptual resultante da elevada relevância política e económica que uma infração comunitária possui.

Ora, o referido tribunal foi chamado a manifestar-se quanto à validade de uma cláusula de “exclusividade” inserida num contrato de fornecimento, ou seja, de uma cláusula vinculativa de não concorrência que estabelecia uma obrigação às partes de não concorrerem entre si durante 6 anos, renovável por iguais períodos, com a possibilidade de extensão do período inicial caso o volume de negócios estabelecido não fosse alcançado durante esse tempo. Concretamente, a cláusula *supra* referida encontrava-se incluída num contrato de fornecimento de café, sendo que a empresa adquirente desse produto comprometia-se a não comercializar esse bem a outras empresas concorrentes durante o período de tempo estabelecido.

Como introito para compreendermos o cerne do problema colocado ao Tribunal da Relação do Porto, importa por um lado lembrar que o critério que determina a aplicação de normas comunitárias da concorrência em situações nacionais é a suscetibilidade da infração em causa poder afetar o comércio entre dois ou mais Estados-Membros<sup>50</sup>. Por outro lado, desde a entrada em vigor do Regulamento 1/2003, o direito da concorrência foi alvo de um importante fenómeno de descentralização. Isto porque, o referido regulamento veio instituir um regime de competências paralelas que permitiu que quer a Comissão Europeia quer os tribunais nacionais pudessem aplicar diretamente disposições comunitárias no âmbito do direito da concorrência. Importa também, desde já referir que a eventual violação dos artigos 101º n.º1 do Tratado havia já sido decidida pelo tribunal *a quo* no sentido de que os *supra* citados normativos legais não seriam de aplicação direta no ordenamento jurídico nacional, não conferindo por isso qualquer direito subjetivo aos particulares. Com efeito, bem decidiu o Tribunal da Relação do Porto ao discordar de tal entendimento, dado que tal orientação colidiria com os princípios do primado e aplicabilidade direta do direito comunitário, até mesmo nos termos do artigo 8.º da Constituição da República Portuguesa. Aliás, o princípio

---

<sup>49</sup> Vide Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 12 de abril de 2010, Proc. n.º 8615/08.2TBMTS.P1 disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>50</sup> Cfr. Artigos 101.º e 102.º Tratado das Comunidades Europeias.

geral de aplicabilidade direta do direito comunitário está já bastante sedimentado pela jurisprudência comunitária, não se compreendendo até como tal conclusão foi proferida por um tribunal nacional.

Continuando a análise do sobredito acórdão, procedeu aquele tribunal ainda à análise do número 3.º do artigo 101.º do Tratado – dispositivo normativo que, em situações excepcionais, permite afastar o Princípio da proibição de acordos e práticas restritivas estabelecidas no número um do mesmo preceito. Com base no Regulamento n.º 2790/1999<sup>51</sup>, que estabelece os critérios de aplicação do *supra* referido normativo, a verdade é que o Tribunal da Relação do Porto decidiu pela não aplicação ao caso *sub judice* do Regulamento, na medida em que a fixação de um prazo de não concorrência com duração superior a seis anos afasta a possibilidade da cláusula vir a ser permitida face à exceção que o próprio direito comunitário prevê<sup>52</sup>.

Não obstante toda a problemática envolta na factualidade do caso concreto, a verdade é que do acórdão resulta que toda a questão suscitada perante este tribunal mereceria mais aprofundados desenvolvimentos. Aliás sempre se dirá que aos tribunais nacionais incumbe, igualmente, uma função pedagógica do direito<sup>53</sup>, ou seja, o desenvolvimento e divulgação de matérias ainda pouco conhecidas para os particulares e outros operadores judiciários.

Em bom rigor, a aplicabilidade direta do direito comunitário pelos tribunais nacionais, porquanto legitimada pela entrada em vigor do Regulamento 1/2003, é ainda feita de uma forma bastante hesitante. No caso *sub judice* a aplicação do Direito Comunitário tornou-se difícil, na medida em que a aplicação do referido preceito dependeu sempre da concreta verificação de um pressuposto específico – a afetação do comércio entre os Estados-Membros -, sendo que tal condição é, não raras vezes, bastante complexa<sup>54</sup>.

---

<sup>51</sup> Vide Regulamento (CE) n.º 2790/1999 da Comissão de 22 de dezembro de 1999 relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado CE a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/pt>.

<sup>52</sup> Cfr. Artigo 81.º n.º 3 do Tratado CE, conjugado com os artigos 2.º a 5.º do Regulamento 2790/1999.

<sup>53</sup> Neste sentido Vide CAIMOTO, Joaquim; e FARIA, Tânia Luísa; “A aplicação do Direito da União Europeia da Concorrência da União Europeia pelos tribunais comuns em Portugal (Acórdão da Relação do Porto de 12 de abril de 2010)” Artículos Uria Menéndez, disponíveis em <http://www.uria.com/pt>;

<sup>54</sup> Também neste sentido afirmam Caimoto, Joaquim; e Faria, Tânia Luísa in obra citada que “apesar da afetação de mercados nacionais poder ter impacto no plano da União Europeia, em geral, em face da dimensão das empresas portuguesas, as questões de concorrência tenderão a ser essencialmente domésticas, ainda que a coexistência dos sistemas e a possibilidade de se aplicarem simultaneamente implique uma predileção natural pelo direito interno. Com efeito, a dependência interpretativa dos tribunais nacionais no que respeita à aplicação do direito da União Europeia, e as perplexidades que

Na verdade, e como resultou da sentença do tribunal *a quo* e do consequente Acórdão da Relação do Porto, os tribunais portugueses ainda colocam em causa questões tão elementares como a aplicabilidade direta do direito comunitário da concorrência. Como anteriormente se referiu, a Comissão e os Tribunais da União Europeia deixaram de ter jurisdição exclusiva na aplicação do direito comunitário da concorrência. No caso aqui em análise foi expressa a dificuldade dos tribunais portugueses na aplicação de disposições como o artigo 101.º n.º 3 do Tratado, ou seja, normas que implicam uma apreciação económica do problema, e que normalmente são de difícil prova e demonstração perante o órgão jurisdicional julgador.

Relativamente a esta questão, importa também referir que a Comissão Europeia elaborou uma comunicação intitulada “*Orientações sobre o conceito de afetação do comércio entre Estados-Membros previstos nos artigos 81.º e 82.º do Tratado*”, que estabelece um conjunto de regras e pressupostos para a aplicação de tais preceitos legais. Da comunicação resulta que na aplicação do critério da afetação do comércio, devem os tribunais nacionais ter em conta três importantes elementos, nomeadamente, o conceito de comércio entre Estados-Membros, a noção de suscetibilidade de afetação, e por último a sensibilidade do mesmo em provocar tais efeitos no mercado.

Neste conspecto, e contrariamente ao caso *supra* analisado, interessante é verificar a sentença prolatada pelo Tribunal de Comércio de Lisboa no caso Ordem dos Médicos<sup>55</sup>, em que o tribunal para além de desenvolver cada um dos elementos referidos, faz uma aplicação prática dos mesmos, concluindo no final pela violação da alínea a) do n.º1 do artigo 81.º do Tratado CE<sup>56</sup>.

Diferentemente foi a decisão tomada no caso em que eram arguidas a Vatel – Companhia de Produtos Alimentares, S.A., Salexpor – Companhia Portuguesa de Sal Higienizado, S.A., Sociedade Aveirense de Higienização de Sal Lda., e Salmex –

---

*esta pode desencadear leva estes órgãos jurisdicionais, frequentemente, a preferir a aplicação do direito nacional”.*

<sup>55</sup> Vide Sentença “*Ordem dos Médicos*” proferida pelo 3.º Tribunal do Comércio de Lisboa, em 18 de janeiro de 2007. Proc. N.º 851/06.2TYLSB disponível em [www.concorrencia.pt/](http://www.concorrencia.pt/).

<sup>56</sup> Citando a dita decisão, afirma o tribunal que “*ora, desde logo, importa concluir que, abrangendo todo o território de um Estado-Membro, a referida tabela é suscetível de afetar o comércio entre os Estados-Membros na aceção dos artigos 81.º e 82.º do tratado, como já foi entendido, várias vezes, na jurisprudência comunitária. Para além disso, desde logo, face à existência de regulamentação comunitária referida, estabelece barreiras a nível intracomunitário, afetando de forma sensível o comércio entre os Estados-Membros, dificultando o acesso de outros prestadores ao mercado português de prestação de cuidados de saúde, restringindo o exercício das atividades de prestação de serviços nesta área*”.

Sociedade Refinadora de Sal, Lda.<sup>57</sup>, onde o tribunal volta a problematizar esta matéria. Partindo de uma apreciação que é feita à Autoridade da Concorrência por alguma inépcia na demonstração da violação do direito comunitário<sup>58</sup>, em bom rigor, o julgador do caso *sub judice* foi exímio na análise da questão levantada pelas recorrentes. Ora, não estando o tribunal perante as condições necessárias para saber qual a posição de mercado das arguidas, não pôde o mesmo considerar que o referido acordo afetasse de forma sensível o comércio entre Estados-Membros, e tão-pouco que o viesse a fazer no futuro, pelo que no caso concreto entendeu não estarem verificados os pressupostos legais de que depende a aplicação do artigo 101.º n.º1 do Tratado.

Ainda no que tange aos problemas de direito substantivo que tem surgido no panorama nacional do direito da concorrência, a verdade é que a definição de acordo não é expressamente feita no regime jurídico da concorrência. De facto, é a própria doutrina e jurisprudência que tem desenvolvido este conceito, entendendo que, para efeitos de aplicação do regime jurídico da concorrência, um acordo deverá incluir *“todos os contratos de que derivem obrigações juridicamente vinculativas para as partes bem como os simples acordos, independentemente da forma que revistam, quer sejam celebrados entre empresas concorrentes, ou seja, situadas no mesmo estágio de produção ou da cadeia de distribuição (acordos horizontais) quer sejam celebrados entre empresas situadas em diferentes estádios da produção ou da cadeia de distribuição (acordos verticais)”*<sup>59</sup>.

Sintetizando, para efeitos de aplicação da lei da concorrência, tem o Tribunal de Comércio de Lisboa entendido que um acordo deverá compreender *“um qualquer comportamento coordenado de empresas, sob qualquer forma jurídica, em que pelo*

---

<sup>57</sup> Vide Sentença do 2.º Juízo do Tribunal do Comércio de Lisboa de 2 de maio de 2007, Proc. n.º 965/06.9TYLSB disponível em [www.concorrenca.pt](http://www.concorrenca.pt).

<sup>58</sup> Citando o douto aresto, afirma o tribunal que *“mal andou a AdC já que o elemento em causa [susceptibilidade de afetação do comércio entre Estados-Membros], porque essencial para a subsunção da atuação das arguidas ao tipo (artigo 81.º do Tratado), não poderia de ânimo leve ser dado como assente. Ao não diligenciar pela realização de um qualquer tipo de estudo ou investigação para apurar o peso de cada uma das arguidas no mercado, sendo certo que foi esse o único facto objetivo em que baseou a imputação da afetação do comércio intracomunitário, a AdC ditou o destino desta acusação: improcedência”*.

<sup>59</sup> Vide Sentença *“SMTZ- Ensino de Condução Automóvel, Lda. e Manuel Rodrigues, Lda.”*, proferida pelo Tribunal de Comércio de Lisboa, Proc. N.º 659/11.3TYLSB disponível em [www.concorrenca.pt](http://www.concorrenca.pt).

*menos uma se obriga a uma determinada prática ou em que se elimina a incerteza do comportamento da outra; seja ele expresso ou tácito, simétrico ou assimétrico*<sup>60</sup>”.

Não raras vezes, o grande problema da condenação de tais práticas radica na delicada separação do que é considerado acordo para efeitos da aplicação do regime legal da concorrência do que é considerado uma situação de paralelismo comportamental entre várias empresas. Imagine-se como *case study* uma situação em que várias empresas alinham os preços para valores mais elevados praticados pelos concorrentes como forma de obter maiores lucros. Nesta concreta situação, tem entendido a jurisprudência que para haver condenação bastará a prova do contacto e coordenação das empresas em determinado sentido. O nexo de causalidade, ou seja, a relação de causa efeito entre o facto e o resultado, tornou-se no regime jurídico da concorrência um requisito secundário, que não exige prova direta e que até mesmo pode ser dispensado nas situações de cabal e inequívoca subsunção dos factos à norma legal<sup>61</sup>. Assim, provado que seja o contato e coordenação entre agentes económicos, não se torna exigível produzir prova da efetiva repercussão da concertação no mercado, ou que a mesma tenha tido efeitos restritivos na concorrência<sup>62</sup>.

Tal posição que tem sido sufragada pela jurisprudência nacional apresenta contudo um efeito perverso. Na verdade, em situações de paralelismo comportamental, em que o contacto ou coordenação seja objeto de parca prova ou até ausência de prova por parte da Autoridade da Concorrência, tais violações às regras da concorrência redundam na absolvição dos infratores. Trespassando o *case study* para a realidade, a verdade é que a perfilhação pelos tribunais nacionais da *supra* referida orientação resulta, no mais, na sobredita consequência – a não condenação dos infratores em resultado da dificuldade ou impossibilidade de prova<sup>63</sup>.

---

<sup>60</sup> Vide Sentença “*AERNORTE – Transportes Áreas, S.A. e HELISUL – Sociedade de Meios Aéreos, Lda.*,” proferida pelo Tribunal de Comércio de Lisboa, Proc. n.º 48/08.7TYLSB disponível em [www.concorrenca.pt](http://www.concorrenca.pt).

<sup>61</sup> Para mais desenvolvimentos vide Acórdãos “*Polipropileno*” do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias de 24 de outubro de 1991, 17 de dezembro de 1991 e 10 de março de 1992 disponível em <http://eur-lex.europa.eu/pt>.

<sup>62</sup> Vide Sentença “*SMTZ- Ensino de Condução Automóvel, Lda. e Manuel Rodrigues, Lda.*,” proferida pelo Tribunal de Comércio de Lisboa, Proc. N.º 659/11.3TYLSB disponível em [www.concorrenca.pt](http://www.concorrenca.pt);

<sup>63</sup> Vide Sentença “*SMTZ- Ensino de Condução Automóvel, Lda. e Manuel Rodrigues, Lda.*,” proferida pelo Tribunal de Comércio de Lisboa, Proc. N.º 659/11.3TYLSB disponível em [www.concorrenca.pt](http://www.concorrenca.pt); em que o tribunal afirma que “... quanto à *Escola de Condução Progresso – arguida Manuel Rodrigues, Lda.* – não se apurou que tivesse participado em qualquer acordo ou que tenha havido com ela qualquer contacto. Aumentou os seus preços em janeiro de 2008 um dia depois de 4 outras escolas o fazerem. Aumento o seu preço em março um dia depois das outras duas escolas. Ou seja, quanto a esta arguida apenas temos apurado o comportamento paralelo, não havendo qualquer facto provado que permita

Como atrás ficou assente, o surgimento de novas questões e consequentes decisões no âmbito da aplicação das regras da concorrência tem sido bastante profícua, sendo as Ordens Profissionais nacionais o paladino na problematização do regime substantivo do direito da concorrência. Destaque-se toda a discussão que tem envolvido a ordem jurisdicional portuguesa quando à sujeição das ordens profissionais ao regime jurídico da concorrência, tendo em atenção as noções de empresa, associação de empresa e a própria natureza das mesmas.

Com base nos artigos 1.<sup>o</sup><sup>64</sup>, 2.<sup>o</sup><sup>65</sup> e 4.<sup>o</sup><sup>66</sup> da Lei 18/2003, entendeu o Tribunal da Relação de Lisboa que “*quando se fala de empresa ou de associação de empresas, para efeitos de apreciação de decisões ilegais face à Lei da Concorrência claro está que não nos referimos, exclusivamente a entidades organizadas e registadas como tal*<sup>67/68</sup>”. Apesar dos preceitos legais referidos serem bastante claros, a verdade é que as recorrentes sempre pugnaram pela não aplicação dos mesmos à sua condição de organização pública de interesse geral. De todo o modo, no caso da Ordem dos Médicos, quer o Tribunal de Comércio de Lisboa, quer o Tribunal da Relação de Lisboa foram coerentes e lógicos no raciocínio adotado. Em primeiro lugar, porque consideraram que a Ordem dos Médicos é uma instituição que representa os licenciados em medicina, que exerçam ou tenham exercido em qualquer regime a profissão médica, pelo que, todos os médicos associados que no contexto profissional ofereçam serviços remunerados num concreto e determinado mercado, devem integrar o conceito de empresa para efeitos de aplicação do regime jurídico da concorrência. Por outro lado, e partindo da premissa de que os médicos enquanto profissionais liberais são empresas,

---

*concluir que houve, com esta empresa, contacto ou coordenação. Assim, não se torna necessário sequer analisar, quanto a esta concorrente, os demais elementos da prática concertada, concluindo-se, desde já, que não se provou tenha praticado a infração que lhe é imputada”.*

<sup>64</sup> Tal artigo determina que o regime jurídico da concorrência “*é aplicável a todas as atividades económicas exercidas, com carácter permanente ou ocasional, nos setores privado, público e cooperativo*”.

<sup>65</sup> Nos termos do número 1 do artigo 2.<sup>o</sup> da Lei 18/2003 “*considera-se empresa, para efeitos da presente lei, qualquer entidade que exerça uma atividade económica que consista na oferta de bens ou serviços num determinado mercado, independentemente do seu estatuto jurídico e do modo de funcionamento*”.

<sup>66</sup> Estabelece o artigo 4.<sup>o</sup> da Lei 18/2003 que “*são proibidos ... as decisões de associações de empresas, qualquer que seja a forma que revistam, que tenham por objeto ou como efeito impedir, falsear, ou restringir a concorrência ...*” (sublinhado nosso).

<sup>67</sup> Vide Acórdão Tribunal Relação de Lisboa de 22 de novembro de 2007, Proc. 5352/07-9, 9.<sup>o</sup> Secção disponível em [www.concorrencia.pt](http://www.concorrencia.pt).

<sup>68</sup> A mesma posição havia já sido expandida pelo Conselho da Concorrência, que ao abrigo do antigo Decreto-Lei 371/93, definiu empresa como “*... um conjunto coordenado de pessoas e bens que tem em vista a realização de um objetivo económico; com maior rigor, todo o sujeito de direito que exerça por sua conta uma atividade na produção ou na distribuição de bens e serviços (...)*” in Parecer n.º3/85, Relatório de Atividade, 1984/85, pág. 69.

concluíram estes tribunais que a Ordem dos Médicos constitui uma associação de empresas. Por conseguinte, tal qualificação implicaria que a elaboração, aprovação e divulgação de uma tabela de preços pelos seus associados, constituísse, de facto, uma decisão de uma associação de empresas.

Aliás, a questão havia já sido tratada anteriormente, pelo que é pertinente recordar o teor da sentença prolatada pelo 2.º Juízo do Tribunal do Comércio de Lisboa<sup>69</sup>. Norteadas pela mesma bússola também se encontram as decisões proferidas nos casos da Ordem dos Médicos Veterinários<sup>70</sup> e da Câmara dos Técnicos Oficiais de Contas<sup>71</sup>.

A nível comunitário, constitui entendimento maioritário, por um lado que por atividade económica deverá entender-se qualquer atividade que se traduza na oferta de bens ou serviços num determinado mercado<sup>72</sup>, e que o conceito de empresa abrange toda e qualquer entidade social que implique necessariamente atividade económica, independentemente do estatuto jurídico, forma de organização e modo de funcionamento das empresas infratoras<sup>73</sup>. A este respeito relembre-se o comentário<sup>74</sup> à decisão do Tribunal de Justiça das Comunidades, no caso “*Société Technique Minière vs Maschinenbau ULM GmbH*”<sup>75</sup>, onde os autores defendem que uma recomendação de uma associação de empresas, mesmo desprovida de força vinculativa, não foge à

---

<sup>69</sup> Transcrevendo o duto aresto, afirma o tribunal que “... ao falar em decisão, este artigo tem em vista todo e qualquer comportamento que traduza a orientação emitida por, no caso, uma associação, seja qual for a forma exterior que reveste. A aprovação pela Assembleia-geral da OMD de um Código Deontológico bem como a aprovação pelo respetivo Conselho Diretivo de uma tabela de Nomenclatura e de Valores Relativos são, indiscutivelmente, decisões de uma associação de empresas. Trata-se, com efeito, em ambos casos, de resoluções aprovadas por órgãos sociais da OMD, órgãos que a representam e vinculam, destinadas a todos os seus associados e tomadas no âmbito da defesa dos seus interesses. Logo, são decisões de uma associação de empresas. Face a esta factualidade podemos concluir que os médicos dentistas escritos na OMD são operadores económicos que prestam serviços num determinado mercado (da saúde oral) podendo exercer essa atividade de forma dependente ou independente, auferindo uma remuneração pelos serviços que prestam. Consequentemente, é manifesto que os médicos dentistas, enquanto profissionais liberais, exercem uma atividade económica e constituem empresas na aceção do citado artigo 2.º. Desta forma, não se pode concordar com as objeções levantadas pela recorrente, desde logo quanto à noção de “empresa” e de “associação de empresas”. In Sentença do 2.º juízo do Tribunal do Comércio de Lisboa, Processo n.º 1307/05.6.

<sup>70</sup> Vide Processo n.º 1302/05 proferida pelo Tribunal do Comércio de Lisboa.

<sup>71</sup> Vide Processo n.º 3/2001 proferida pelo Tribunal do Comércio de Lisboa.

<sup>72</sup> Vide Acórdão “Comissão/Itália” do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias de 18.06.1998; disponível em <http://eur-lex.europa.eu/pt>.

<sup>73</sup> Vide Acórdão “*Hofner e Helsen*”, do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias de 23.04.1990; Acórdão “*Fédération Française des Sociétés d’Assurance*”, Proc 244/94, Acórdão “*Pucet e Priste*” Proc 159/91 e 160/91, disponíveis em <http://eur-lex.europa.eu/pt>.

<sup>74</sup> Vide BOULOUS, J., e CHEVALIER, R. M., “*Grands arrêts de la cour de justice des communautés européennes*”, Tomo 2, 2.ª Edição, pág. 56.

<sup>75</sup> Vide Acórdão “*Société Technique Minière vs Maschinenbau ULM GmbH*” de 30/06/1966 – C-56/65) em 1966, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/pt>.

previsão legal do atual artigo 101.º n.º 1 do Tratado, porquanto a aceitação das mesmas pelas empresas destinatárias, consubstancia uma influência sensível no mercado em causa. Posto isto, as decisões das associações profissionais, quer sejam vinculativas ou não, quando tenham por objeto ou por efeito impedir, falsear ou restringir, de forma sensível a concorrência no todo ou em parte do mercado nacional estão abrangidas no âmbito de aplicação do regime jurídico da concorrência, e por conseguinte, são suscetíveis de serem objeto de condenação.

No mais, a qualificação das ordens profissionais como empresas para efeitos de aplicação do direito da concorrência, extrai-se igualmente da doutrina nacional. No entendimento de Carolina Cunha, “*está em causa uma aceção de empresa em sentido subjetivo ... qualquer sujeito jurídico que exerce uma atividade económica e que tem a possibilidade de, através do seu comportamento, isolada, ou concertadamente, impedir, falsear ou restringir a concorrência (...) merecendo os seus profissionais liberais o qualificativo jus concorrencial de empresas, a respetiva associação numa ordem profissional deva ser tratada com associação de empresas*”<sup>76</sup>.

Em segundo lugar, defendiam as Recorrentes que as decisões das ordens profissionais, caso ilegais, sempre deveriam ser sindicadas junto dos tribunais administrativos, pois sempre estaria em causa a prática de um ato administrativo. Todavia, o Tribunal de Comércio de Lisboa foi notável no tratamento desta questão, não nos parecendo existir qualquer crítica que lhe possa ser apontada. Isto porque, no caso *sub judice* nunca se tratou de o Tribunal do Comércio proceder a uma fiscalização das normas ou atos emanados das ordens profissionais, nem tão-pouco de avaliar da sua invalidade. Ao invés, o que se discute nos autos era o mérito da decisão de condenação adotada pela Autoridade da Concorrência. Neste sentido, nunca se poderia confundir a fiscalização da legalidade de uma norma interna de uma Ordem profissional com a condenação da mesma em sede de processo contra ordenacional por violação das regras da concorrência. Sendo questões diferentes, possuem ordens jurisdicionais diferentes, pelo que o entendimento do Tribunal de Comércio de Lisboa é cabalmente concludente.

Ademais, e diretamente relacionada com a *supra* referida questão, estabelecia o artigo 43.º n.º1 da Lei 18/2003 que, constituem “*contraordenação punível com coima que não pode exceder, para cada uma das empresas partes na infração, 10% do volume*

---

<sup>76</sup> Para mais desenvolvimentos vide CUNHA, Carolina, “*Controlo das concentrações de empresas – direito comunitário e direito português*”, Almedina, Coimbra, 2005, pág. 48 e seguintes.

*de negócios no último ano*” as situações previstas nas alíneas do próprio preceito. Ainda, nas situações de associações de empresas, estabelecia o número dois do mesmo normativo que “*no caso de associações de empresas, a coima prevista no número anterior não excederá 10% do volume de negócios agregado anual das empresas associadas que hajam participado no comportamento proibido*”. Problema interessante que tem sido levantado no Tribunal de Comércio de Lisboa é o de saber como se aplica os referidos normativos legais a uma Ordem Profissional, na medida em que por um lado a pessoa coletiva é juridicamente distinta dos seus membros, e por outro lado, torna-se difícil, senão impossível, fazer prova de que todos os membros que exerçam funções na Ordem Profissional infratora assentiram na prática da infração a condenar<sup>77</sup>. Neste sentido, coube a este tribunal apurar da legal aplicação da norma, porquanto a mesma, pelo menos em abstrato, deu azo a variadas dúvidas de interpretação.

O primeiro dos argumentos das impugnantes era o de que o cálculo do “*volume de negócios agregado anual*” elaborado pela Autoridade da Concorrência não fazia a separação entre as diferentes naturezas dos rendimentos em causa, não se podendo, como pugnavam as arguidas, aceitar, desde logo, que por exemplo a prestação de serviços no âmbito das convenções em sistemas e subsistemas de saúde fosse incluída no apuramento dos valores para aplicação da coima. Já o segundo argumento, como acima já foi referido, assentava na premissa que nem todos os membros de uma associação profissional, por não terem diretamente aprovado as normas objeto de violação das regras da concorrência, não podiam estes ser confundidos com a pessoa jurídica associação profissional, pelo que os seus rendimentos deveriam ser afastados para efeito de cálculo do volume de negócios.

Nesta medida, as decisões proferidas pelo Tribunal de Comércio de Lisboa no âmbito desta matéria tem sido extremamente pertinentes para a consolidação de uma orientação capaz de permitir uma cada vez maior aplicação comum das regras da concorrência aos casos concretos. Relativamente ao primeiro dos argumentos defendido pelas impugnantes, o mesmo tem sido claramente postergado por aquele tribunal. Expendeu o mesmo por sentença<sup>78</sup> que “*analisando a disposição citada supra e os termos da mesma concluímos, desde logo, que o referido pela arguida não tem*

---

<sup>77</sup>Vide Sentença “*Ordem dos Médicos Dentistas*” de 9 de dezembro de 2005, Proc. n.º 1307705.6TYLSB, e Sentença da “*Ordem dos Médicos Veterinários*” de 23 de novembro de 2005, Proc. n.º 1302/05.5TYLSB, ambas disponíveis em [www.concorrencia.pt](http://www.concorrencia.pt).

<sup>78</sup> Vide Sentença “*Ordem dos Médicos*” proferida pelo 3.º Tribunal do Comércio de Lisboa, em 18 de janeiro de 2007. Proc. N.º 851/06.2TYLSB disponível em [www.concorrencia.pt](http://www.concorrencia.pt).

*qualquer apoio na disposição legal aplicável. O referido artigo 43.º n.º2 menciona, como vimos, claramente, 10% do volume de negócios anual, não fazendo qualquer distinção relativamente ao mercado ou não objeto da infração. Ora, não sendo essa distinção feita, não se pode concluir, sem apoio legal, como a arguida fez, tratando-se de um critério de situação económica para aplicação de uma coima”.*

Ainda relativamente a esta questão, veio o Tribunal da Relação de Lisboa pronunciar-se por Acórdão datado de 7 de novembro de 2007 afirmando que *“no que respeita ao volume de negócios a considerar há que dizer que ele só se pode reportar ao volume de negócios da empresa porque é essa a única realidade em que se pode assentar o pretendido efeito dissuasor da sanção. Dito de outro modo a prevenção geral que o estabelecimento de um tal limite máximo de coima pretende alcançar desvanecer-se-ia por completo se se atendesse apenas a um setor de atividade da empresa”*<sup>79</sup>.

Por outro lado, e no que concerne ao segundo argumento aduzido pelas impugnantes, igualmente o Tribunal de Comércio de Lisboa discordou de tal entendimento. Em bom rigor, asseverou aquele tribunal que *“o que se impõe que seja tido em consideração é o volume de negócios anual das empresas associadas que hajam participado na infração e não da própria associação. Não nos podemos esquecer nesta matéria que, independentemente do número de médicos, que discordam, ou não, com as decisões tomadas pela Ordem Profissional que os representa, a Ordem representa os seus associados, recebe parte dos mesmos, através da eleição dos seus órgãos, uma delegação de poderes para tomar decisões em nome de todos os médicos e que a todos obrigam, sendo portanto participantes na infração todos os seus membros e isto tanto mais, que, no caso em concreto, se não cumprissem as regras estabelecidas relativamente a honorários, seriam punidos disciplinarmente”*<sup>80/81</sup>.

Daqui também se compreende a importância da jurisprudência na fixação de uma corrente unitária de entendimento, na medida em que contribui para uma efetiva e constante aplicação do direito substantivo da concorrência, nomeadamente, através da interpretação de conceitos e dispositivos normativos.

---

<sup>79</sup> Vide Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 7 de novembro de 2007, proferido no processo n.º 7251/07, disponível in [www.dgsi.pt/jtrl.nsf](http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf).

<sup>80</sup> Vide Sentença “Ordem dos Médicos” proferida pelo 3.º Tribunal do Comércio de Lisboa, em 18 de janeiro de 2007. Proc. N.º 851/06.2TYLSB, disponível em [www.concorrenca.pt](http://www.concorrenca.pt).

<sup>81</sup> A mesma orientação veio a ser perfilhada pelo Tribunal da Relação de Lisboa no Acórdão de 22 de novembro de 2007, Proc. n.º 5352/07-9, disponível em [www.concorrenca.pt](http://www.concorrenca.pt).

### 2.1.2 Do caráter processual da problemática

Em diferente sentido, encontramos na *praxis* portuguesa um conjunto de problemas jurídicos ligados a aspetos essencialmente processuais que quando verificados inquinam toda e qualquer atuação por parte da AdC.

Importará, desde já e dada a pertinência da mesma neste contexto, referir a decisão no processo em que Arguida “*Bayer*”<sup>82</sup> levantou como questão prévia a nulidade da decisão da Autoridade da Concorrência, por violação do direito de defesa da arguidas e do Princípio do Contraditório. Chamado que foi a decidir sobre esta questão, o Tribunal de Comércio de Lisboa formulou uma completa teoria jurídica sobre saber se o direito contra ordenacional, enquanto direito sancionatório público *infra* penal, deveria ou não obedecer a um padrão mínimo de garantias de defesa, principalmente durante a fase administrativa que ocorre perante a Autoridade da Concorrência.

Com base nos artigos 32.º n.º 10 da Constituição da República Portuguesa, 50.º do Regime Geral das Contraordenações e Coimas e artigos 19.º e 26.º da Lei 18/2003, de 11 de junho, julgou aquele Insigne Tribunal que a resposta ao problema só poderia ser afirmativa. Por conseguinte, ao arguido caberá sempre um direito de audiência e de defesa, ou seja, um direito a ser previamente ouvido e um direito de se poder defender, antes mesmo de uma qualquer imputação que lhe seja feita pela Autoridade da Concorrência<sup>83</sup>. Com efeito, no caso *sub judice*, a violação da garantia constitucional do direito de audiência e defesa do arguido consubstanciou que a decisão proferida pela Autoridade da Concorrência estivesse ferida de nulidade. Nesta confluência, e com base no artigo 122.º do Código de Processo Penal, decidiu o Tribunal de Comércio de Lisboa pela anulação da referida condenação, e em consequência, ordenar o reenvio do processo novamente para a Autoridade da Concorrência com base em erros processuais<sup>84</sup>. Ora, um dos mais significativos casos históricos de cartel em Portugal,

---

<sup>82</sup> Vide Despacho no caso “*Bayer Diagnostics Europe, Lda.*” Proferido pelo Tribunal de Comércio de Lisboa em 26 de abril de 2007, Proc. n.º 1697/05.0TYLSB, disponível em [www.concorrencia.pt](http://www.concorrencia.pt).

<sup>83</sup> Vide Acórdão da Relação de 18 de agosto de 2001, publicado na Coletânea de Jurisprudência, Ano XXVI-2001, tomo I, pág. 137.

<sup>84</sup> Refere a douta sentença que “*a fase administrativa do processo de contraordenação corresponde mutatis mutandis, ao inquérito no processo penal, já que mais não é do que o conjunto de diligências que visam investigar a existência de uma contraordenação, determinar os seus agentes e a responsabilidade deles e descobrir e recolher as provas, em ordem à decisão sobre a acusação e posterior aplicação de uma coima. A consequência da declaração de nulidade consiste na necessária repetição de todos os atos praticados, visto nenhum deles poder ser aproveitado, e determinada, no caso sub judice, a remessa dos autos à Autoridade da Concorrência, a fim de ser suprida a apontada omissão do direito de audiência e defesa das recorrentes, nos termos acima expostos*” in *ibidem*.

nomeadamente entre empresas farmacêuticas em concursos hospitalares, e em que a Autoridade da Concorrência por decisão administrativa havia condenado as arguidas num total de 19 milhões de euros, foi anulada pelo Tribunal do Comércio de Lisboa com fundamento em erros formais, erros esses cuja responsabilidade terá de ser imputada a própria Autoridade da Concorrência na medida em que não foram cumpridas algumas das mais elementares normas jurídicas que compõe o Estado de Direito Democrático.

Em idêntica pérfida sina redundaram os autos do processo em que era arguida a “*Nestlé Portugal S.A.*”<sup>85</sup>. Parte da acusação elaborada pela Autoridade da Concorrência, nomeadamente a determinação das quotas de mercado e fatores dela dependentes, - elementos essenciais relativamente à imputação de uma prática subsumível às regras da concorrência -, baseava-se em dados confidenciais que não haviam sido comunicados à Arguida. Ao invés, esta, por não ter tido conhecimento deles viu-se impossibilitada de exercer a contradita perante a factualidade que lhe era imputada. Neste sentido, por um lado a acusação da AdC foi sustentada em elementos e dados confidenciais que a arguida não teve acesso ou conhecimento, e por outro, pelo menos hipoteticamente, a decisão poderia ter sido diferente caso a Arguida tive tido a oportunidade de contradizer a sua quota de mercado, a quota de mercados das empresas concorrentes, bem assim como os fatores de determinação desses mesmo factos.

Nestas circunstâncias, entendeu o Tribunal, e muito bem que, foram violados os “*direitos de defesa da arguida na medida em que não foi ressalvado o núcleo essencial deste direito que impede que seja proferida uma decisão sem que à arguida seja dada a possibilidade de discutir, contestar e valorar*”<sup>86</sup>. Face ao exposto, a única solução foi julgar procedente a nulidade suscitada pela arguida, e por conseguinte, remeter os autos novamente à Autoridade da Concorrência a fim de a mesma ser sanada por esta entidade.

Em suma, conclui-se que, em resultado de erros e omissões na apreciação e preenchimento da acusação que é imputada às empresas infratoras, a Autoridade da Concorrência viu mais uma vez a sua atividade limitada por imposição do poder judicial, sendo certo que esta tendência acarreta efeitos nefastos no mercado com graves consequências para todos os operadores económicos.

---

<sup>85</sup> Vide Sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa de 15 de fevereiro de 2007, Proc. n.º 766/06.4TYLSB, disponível em [www.concorrenca.pt](http://www.concorrenca.pt).

<sup>86</sup> Vide *ibidem*.

Por outro lado, durante a vigência da Lei n.º 18/2003, um dos principais problemas que afetava a atuação da AdC era o decurso dos prazos de prescrição. Exemplo disso foram as duas situações de abuso de posição dominante contra a empresa “*Portugal Telecom*” em que a verificação do prazo prescricional impediu qualquer tipo de responsabilização desta empresa<sup>87</sup>. Na primeira situação, no denominado “caso da banda larga”, nem sequer julgamento chegou a ocorrer. Já no segundo caso, o processo prescreveu antes do recurso interposto pela AdC chegar a ser analisado pelo Tribunal da Relação de Lisboa<sup>88</sup>. Neste sentido, o tribunal considerou nulo todo o processo de contra ordenação em que eram Arguidas a PT Multimédia e a SIC, dado que a cláusula do acordo celebrada com a sociedade comercial TV Cabo que deu origem à condenação por violação das regras concorrências foi considerada prescrita por decurso do prazo.

Inevitavelmente o problema da prescrição está diretamente ligado ao Princípio da Celeridade Processual, princípio esse que deveria nortear toda e qualquer atuação da Autoridade da Concorrência. De facto, a questão tem sido levantada junto do Tribunal de Comércio de Lisboa para ser por este apreciada<sup>89</sup>. Para tanto alegaram as arguidas que ocorreu violação dos Princípios da Segurança jurídica e da Celeridade Processual por excessiva morosidade de todo o procedimento administrativo, porquanto estabelece o artigo 32.º n.º2 da Constituição da República Portuguesa um direito de julgamento no mais célere prazo possível, sendo que este direito radicaria essencialmente nas garantias de defesa do arguido que no caso concreto haviam sido violadas.

Abstraindo-nos de toda a factualidade que na concreta situação se verificou, a verdade é que o Tribunal desenvolve muito bem toda esta questão no âmbito do processo contraordenacional. Partindo de um objetiva crítica que é feita à Autoridade da Concorrência por excessiva inércia no tocante à sua atuação, na decisão tomada quanto a esta nulidade arguida pelas partes, o tribunal optou pela sua improcedência. A construção jurisprudencial feita por este Tribunal é manifestamente completa. Por um lado, conclui o tribunal que a questão da possível violação destes princípios jurídicos em nada está relacionada com a questão da prescrição do procedimento ordenacional<sup>90</sup>.

---

<sup>87</sup> Prescrição declarada por Sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa, 1.º Juízo, de 04 de outubro de 2011, disponível em [www.concorrenca.pt](http://www.concorrenca.pt).

<sup>88</sup> Vide Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa 6057/08-5, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>89</sup> Vide Sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa, 3.º Juízo, de 31 de junho de 2007, Proc. 1050/06.9TYLSB, disponível em [www.concorrenca.pt](http://www.concorrenca.pt).

<sup>90</sup> Refere o douto aresto que “note-se, aliás, que mesmo no contexto da CEDH – cfr. art. 6.º n.º 1 – tem sido entendido que a violação do princípio do exame da causa em prazo razoável é problemática estranha à possibilidade de julgar crimes passados longos anos sobre a sua prática, dentro dos seus prazos de

Com recurso às regras do Código de Processo Penal<sup>91</sup>, parte o Tribunal do pressuposto de que a violação ou inobservância das disposições das leis processuais apenas determina a nulidade do ato quando esta for expressamente cominada na lei, sendo certo que nas situações em que a lei não condenar o ato com a nulidade, o mesmo será apenas irregular<sup>92</sup>.

De todo o modo, a existência de uma qualquer nulidade ou irregularidade sempre teria de ser vista à luz dos direitos de defesa e da sua compressão relativamente à duração excessiva do procedimento. Neste sentido, e dada a pertinência do teor de tal decisão, cita-se a decisão do Tribunal de Comércio no caso *supra* referido em que este afirmou que *“o argumento apontado pelas arguidas PTM/TV Cabo, de que se o processo houvesse sido decidido em tempo, face à solução achada quando à cláusula de preferência (de justificação por quatro anos) implicaria decisão diferente é válido e mereceria ponderação, caso nesta o procedimento não se achasse já prescrito (o que demonstra que, independentemente das respetivas natureza e fundamentos, o processo é uma realidade viva pelo entrecuzar de institutos jurídicos), transformando nessa parte, as consequências para as arguidas em prejuízos. Mas nunca como causa de nulidade do procedimento, pelo simples motivo de que, percorrendo as causas de nulidade taxativamente estabelecidas por lei, o excesso de um prazo razoável não se encontra entre elas. Não há, pois, qualquer nulidade ou inconstitucionalidade derivada da duração excessiva do procedimento”*<sup>93</sup>.

Por último, lembre-se que, não raras vezes, a não condenação dos infratores encontra-se diretamente ligada com a atuação da Autoridade da Concorrência. Veja-se o caso das Arguidas *“Aeronorte – Transportes Aéreos S.A.”* e *“Helisul – Sociedade de Meios Aéreos Lda.”*<sup>94</sup> em que não ficou provado que as mesmas, ao terem apresentado uma só proposta a concurso, tenham tido como intento, por um lado limitar/repartir as fontes de mercado através da redução da concorrência, e por outro, obter um ganho

---

prescrição ou independente metes, se os crimes forem imprescritíveis” in Sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa, 3.º Juízo, de 31 de junho de 2007, Proc. 1050/06.9TYLSB, disponível em [www.concorrencia.pt](http://www.concorrencia.pt).

<sup>91</sup> Dada a lacuna legal sobre esta questão quer no Decreto-lei n.º 371/93, quer na Lei 18/2003, quer no subsidiário RGCO.

<sup>92</sup> Cfr. Artigo 118.º n.º 1 e 2 do Código de Processo Penal.

<sup>93</sup> Vide Sentença de 10 de agosto de 2007 do Tribunal de Comércio de Lisboa, Proc. 1050&06.9TYLSB, disponível em [www.concorrencia.pt](http://www.concorrencia.pt).

<sup>94</sup> Vide Sentença *“Aeronorte – Transportes Aéreos S.A. e Helisul – Sociedade de Meios Aéreos, Lda.”* proferida pelo 2.º Juízo do Tribunal de Comércio de Lisboa, Proc. n.º 48/08.7TYLSB, disponível em [www.concorrencia.pt](http://www.concorrencia.pt).

ilegal à custa do erário público. De facto, a prova de tal factualidade cabia à Autoridade da Concorrência, não tendo a mesma sido feita. No caso *sub judice*, e transcrevendo o duto aresto, não ficou demonstrado que “*as arguidas se pudessem apresentar a concurso separadamente nem tão pouco que concurso 3/05 fosse igual aos concursos anteriores em que as arguidas se apresentaram individualmente*”, sendo certo que “*as arguidas também não demonstraram que não poderiam ter-se apresentado sem ser em consórcio. Mas daí não resulta provado o contrário e a prova do contrário cabia à acusação e não foi feita*”<sup>95</sup>. Bem andou o Tribunal de Comércio de Lisboa ao considerar que tais factos eram manifestamente insuficientes para se concluir pela prática de uma qualquer violação das regras da concorrência, pelo que, não tendo ficado provado que o acordo celebrado pelas *supra* referidas arguidas teve como objeto ou efeito impedir, falsear ou restringir a concorrência, naturalmente foram as mesmas absolvidas da contraordenação que lhes era imputada.

Ora, em consequência sobretudo de questões processuais, a verdade é que na prática a inoperância da Autoridade da Concorrência, leva a que o poder jurisdicional quando chamado a fazer um juízo de prognose da infração em causa, perante a parca ou inexistente prova apresentada pela Autoridade da Concorrência na demonstração da violação das regras da concorrência, absolva sem mais as empresas infratoras.

Aqui chegados, e depois de termos visto algum dos mais importantes *leading cases* da jurisprudência nacional, importa desde já retirar algumas ilações de todo o exposto. A política nacional da concorrência viveu desde a entrada em vigor da Lei 18/2003, de 11 de junho, consideráveis falhas, essencialmente devido ao insucesso e inoperância de atuação por parte da Autoridade da Concorrência. Resultado dos diminuídos poderes investigatórios atribuídos à Autoridade da Concorrência, da inépcia comportamental da mesma, ou até de fatores exógenos a esta entidade, a verdade é que muitas das falhas verificadas poderiam ter sido evitadas. Tais factos vieram sobretudo demonstrar a fragilidade nacional em relação ao combate a práticas anti concorrenciais.

---

<sup>95</sup> Vide Sentença “*Aeronorte – Transportes Aéreos S.A. e Helisul – Sociedade de Meios Aéreos, Lda.*” proferida pelo 2.º Juízo do Tribunal de Comércio de Lisboa, Proc. n.º 48/08.7TYLSB, disponível em [www.concorrencia.pt](http://www.concorrencia.pt).

## 2.2 Os Tribunais enquanto coarquitectos do “*Leitmotiv*” do Direito da Concorrência

Num sistema jurídico assente na defesa do Estado de Direito Democrático, podemos afirmar que a responsabilização dos agentes económicos que atentam contra o regular funcionamento de mercado é indispensável para a efetiva prossecução daquela finalidade. Ora, se por um lado a tutela sancionatória está atribuída especificamente à Autoridade da Concorrência e porventura aos tribunais judiciais por força de impugnações e recursos de decisões da primeira entidade, a verdade é que, simultaneamente, aos tribunais comuns enquanto órgãos de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo, também lhes caberá uma tutela compensatória nas situações de violação das regras da concorrência. Neste sentido, tem sido o entendimento quer da Comissão Europeia, quer do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias. Quanto à primeira, obrigatória referência terá de ser feita ao Regulamento n.º 1/2003<sup>96</sup> que no ponto sétimo das considerações iniciais estabelece que “*os tribunais nacionais desempenham uma função essencial na aplicação das regras comunitárias de concorrência. Ao deliberarem sobre os litígios entre particulares, salvaguardam os direitos subjetivos decorrentes do direito comunitário, nomeadamente através da concessão de indemnizações às vítimas das infrações*”<sup>97</sup>.

Idêntica orientação propagou o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias no Acórdão *Courage c. Crehan*<sup>98</sup> ao consagrar o proeminente papel dos tribunais nacionais enquanto complemento às funções desempenhadas pela Comissão Europeia e pelas Autoridades de Concorrência Nacionais. Questionado sobre a possível responsabilidade civil por danos causados na sequência de uma violação das regras comunitárias da concorrência, concluiu este Insigne Tribunal pela sua existência. Relembre-se que o mesmo órgão jurisdicional havia já anteriormente defendido que os artigos 101.º e 102.º do TFUE (anteriormente artigos 81.º e 82.º do Tratado da Comunidade Europeia) produziam diretamente efeitos nas relações jurídicas entre os

---

<sup>96</sup>Vide Regulamento (CE) N.º 1/2003 do Conselho de 16 de dezembro de 2002 relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/pt>.

<sup>97</sup>Para mais desenvolvimentos vide Comunicação da Comissão sobre cooperação entre a Comissão e os tribunais dos Estados-Membros da UE na aplicação dos artigos 81.º e 82.º do Tratado CE publicada in *Jornal Oficial* C 101 de 27.4.2004.

<sup>98</sup> Vide Acórdão do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeia de 20 de setembro de 2011, Proc. 453/99, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/pt>.

particulares, conquanto estabelecem na esfera jurídica destes um conjunto alargado de direitos e deveres que aos órgãos jurisdicionais nacionais incumbe proteger<sup>99</sup>.

Jurisprudência assente é que os tribunais nacionais, quando deparados com situações de prejuízos e danos causados por comportamentos suscetíveis de impedir, falsear e restringir a concorrência, estão obrigados a aplicar, no quadro das suas limitadas competências, as disposições do direito comunitário. Disposições essas que visam essencialmente garantir, por um lado a plena eficácia do direito comunitário dentro da União Europeia, e por outro, proteger os direitos que tais normas conferem aos agentes particulares<sup>100</sup>.

Na verdade, a eficácia das normas comunitárias, especificamente, a proibição dos artigos 101.º e 102.º do TFUE seria certamente menor quando perante situações de violação das regras da concorrência, não fosse admitido aos particulares o recurso aos tribunais como mecanismo de reparação dos danos provocados por tais comportamentos. De facto, a existência de um mecanismo jurisdicional desta natureza significaria, acima de tudo, um reforço na aplicação das regras comunitárias da concorrência, visto que, a hipotética possibilidade de condenação das empresas a indemnizar as vítimas de violações das regras da concorrência, consubstanciaria um desencorajamento das empresas na celebração de acordos ou outras práticas capazes de afetar a concorrência dentro da União Europeia.

Com efeito, os tribunais nacionais dispõem atualmente de condições e prerrogativas para não só fazer cessar a infração verificada, mas também a de atribuir indemnizações e compensações aos lesados pelas referidas práticas<sup>101</sup>. Neste sentido, podemos afirmar que, pelo menos em tese, as ações de indemnização por perdas e danos instauradas juntos dos tribunais nacionais de cada Estado-Membro vieram contribuir, de uma forma substancial, para a construção e manutenção de um efetivo sistema de concorrência dentro da União Europeia.

---

99 Para mais desenvolvimentos Vide Acórdão «BRT I» do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias de 30 de janeiro de 1974, Proc. N.º 127/73 e Acórdão “*Guérin automobiles/Comissão*” de 18 de março de 1997, Proc. N.º C-282/95 disponível em <http://eur-lex.europa.eu/pt>.

<sup>100</sup> Para mais desenvolvimentos Vide Acórdão “*Simmmenthal*” de 9 de março de 1978, Proc. N.º 106/77, e Acórdão “*Factortame*” de 19 de junho de 1990 Proc. N.º, C-213/89, ambos disponíveis em <http://eur-lex.europa.eu/pt>.

<sup>101</sup> Em termos de Direito comparado, refira-se que tal posição já era defendida há bastante tempo no sistema jurídico norte-americano. De facto, perante a existência de uma situação de violação às regras da concorrência, a parte lesada teria o direito de instaurar um pedido indemnizatório por danos e prejuízos contra a entidade lesante. Para mais desenvolvimentos vide decisão “*Perma Life Mufflers Inc. VS. Int'l Parts Group Corp*” do Supreme Court of the United States of America, Proc. n.º 392 US 134, de 1968.

Em bom rigor, em Portugal, a responsabilidade civil emergente de violações do direito da concorrência era já defendida quer na doutrina quer em decisões das entidades administrativas. Veja-se a este respeito a decisão do Conselho da Concorrência no caso “Unicer<sup>102</sup>” em que esta entidade reconheceu, no contexto factual em que a situação se verificou, a existência de um direito de indemnização para situações de clara violação às regras da concorrência. Idêntica orientação era também perfilhada pela doutrina nacional para as situações de violação dos artigos 4.º, 6.º e 7.º da Lei n.º18/2003, na medida em que, no âmbito da responsabilidade civil, o entendimento era o de que o direito da concorrência, não obstante, tutelar “*certos interesses públicos*”, visava igualmente e “*ao mesmo tempo proteger determinados interesses particulares*”<sup>103</sup>, pelo que neste âmbito também esta questão deveria ser mais vezes suscitada nos tribunais nacionais.

Por outro lado, em dezembro de 2005 foi publicado o Livro Verde sobre ações de indemnização devido à violação das regras comunitárias no domínio *antitrust*<sup>104</sup>. Tal mecanismo, ainda que apenas de discussão, visou essencialmente abrir portas para um debate aprofundado sobre a possibilidade de criação de um regime comunitário que permitisse aumentar a prevenção geral de restrições da concorrência. O regime jurídico a criar não teria como objetivo estabelecer incentivos para uma litigância abusiva entre consumidores e empresas, mas tão-somente criar um regime jurídico capaz de garantir uma justiça efetiva em situações de danos provados por uma qualquer infração às regras da concorrência.

Em consequência do primeiro livro, em 2 de abril de 2008, foi publicado pela Comissão Europeia o Livro Branco sobre ações de indemnização por incumprimento das regras comunitárias no domínio *antitrust*<sup>105</sup>, que veio, objetivamente, analisar e apresentar novas medidas de política geral com o objetivo de garantir um sistema judicial capaz de permitir que todos os lesados por violações às regras comunitárias da concorrência, tenham um efetivo acesso a meios de compensação pelos danos sofridos.

---

<sup>102</sup> Vide Decisão “Unicer” da Autoridade da Concorrência publicada em D.R. n.º200, Série II suplemento, de 29 de agosto de 2011.

<sup>103</sup> Vide LIMA, Pires de; e VARELA, Antunes, Código Civil Anotado, vol. I, 4.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1987, p. 472.

<sup>104</sup> Vide Livro Verde “sobre ações de indemnização devido à violação das regras comunitárias no domínio *antitrust*”, Bruxelas, publicado em 19 de dezembro de 2005, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/pt>.

<sup>105</sup> Vide Livro Branco “sobre ações de indemnização devido à violação das regras comunitárias no domínio *antitrust*”, Bruxelas, publicado em 2 de abril de 2008, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/pt>.

A Comissão, concluiu pois, que a parca atribuição de indemnizações aos lesados resultava, em grande medida, dos inúmeros obstáculos legais e processuais criados pelos Estados-Membros, daí que, na prática seja necessário estabelecer um quadro normativo cabalmente eficaz que permita efetivamente exercer um direito a uma compensação monetária pelos danos causados, sendo que os tribunais nacionais assumem aqui um papel fundamental na construção de tal sistema.

Entre as propostas apresentadas pela Comissão destacam-se por exemplo o fomento da legitimidade dos lesados para agir, através da criação de mecanismos, quer individuais quer coletivos, de reparação<sup>106</sup>, criação de novos mecanismos de acesso aos elementos de prova [pelo menos *inter partes*] como forma de superar assimetrias estruturais de informação<sup>107</sup>, assim como a normatização de um efeito vinculativo das decisões das autoridades nacionais da concorrência para efeitos de condenação em indemnização dos infratores<sup>108</sup>. De todo o modo, a questão dificulta-se quando se tenta compaginar este sistema de responsabilidade civil com o regime jurídico da clemência<sup>109</sup>, sendo que nesta matéria, a própria Comissão propõe que, para ambos os regimes serem compatíveis, seja determinada uma limitação da responsabilidade civil das empresas beneficiárias da imunidade para as situações em que os lesados apresentem pedidos de compensação pelos prejuízos sofridos<sup>110</sup>. Aliás, apenas a limitação dos montantes indemnizatórios se apresenta como medida viável, dado que a isenção de responsabilidade atentaria, no mais, contra todos os valores jurídicos que o mecanismo visa precisamente proteger.

---

<sup>106</sup> Vide ponto 2.1 *ibidem*.

<sup>107</sup> Vide ponto 2.2 *ibidem*.

<sup>108</sup> Vide ponto 2.3 *ibidem*.

<sup>109</sup> A orientação quanto a esta questão não tem sido unânime. Por um lado, quer a Comissão Europeia quer a Autoridade da Concorrência impedem, com base na garantia do sigilo, o acesso a elementos de prova de empresas abrangidas pelo regime da clemência. Vide Art.º 81 da Lei 19/2012 de 8 de maio. Neste sentido Vide igualmente a Resolução da ECN de 23 de maio de 2012 relativa à proteção dos documentos no âmbito de ações de responsabilidade civil. Em sentido oposto Vide Acórdão “*Pfleiderer*” de 14 de junho de 2011 do Tribunal de Justiça da União Europeia, Proc. n.º C-360/09, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/pt>. Citando o douto aresto “*as disposições do direito da União em matéria de cartéis, em especial o Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, de 16 de dezembro de 2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 101.º TFUE e 102.º TFUE, devem ser interpretadas no sentido de que não se opõem a que uma pessoa lesada por uma infração ao direito da concorrência da União e que procura obter uma indemnização tenha acesso aos documentos relativos a um procedimento de clemência respeitante ao autor da referida infração. Incumbe, porém, aos órgãos jurisdicionais dos Estados-Membros, com base no seu direito nacional, determinar as condições nas quais tal acesso deve ser autorizado ou recusado, através da ponderação dos interesses protegidos pelo direito da União*”.

<sup>110</sup> Vide Livro Branco “*sobre ações de indemnização devido à violação das regras comunitárias no domínio antitrust*”, Bruxelas, publicado em 2 de abril de 2008, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/pt>.

Em termos de direito comparado, a verdade é que as legislações comunitárias ainda estão bastante atrasadas relativamente ao sistema compensatório norte-americano. Primeiro porque os mecanismos sancionatórios dos Estados-Membros não são suficientes para dissuadir as empresas da prática de ilícitos anti concorrenciais, na medida em que, coimas até 10% do volume de negócios tornam-se irrisórias face aos lucros obtidos com a infração cometida. Pelo contrário, nos Estados Unidos, a eficácia das regras da concorrência reside quase exclusivamente nas ações cíveis interpostas pelos lesados contra as empresas lesantes, essas sim suscetíveis de demover a prática de infrações, em virtude dos elevados valores das indemnizações a conceder aos consumidores lesados.

Ora, a nosso ver, o sistema jurídico português já apresenta todos os elementos necessários para incluir uma tutela compensatória para situações de violação das regras da concorrência, em que para além da violação do bem público, haja igualmente, violação de bens privados, e por conseguinte, hajam danos ou prejuízos a reparar. Sem prejuízo do mecanismo de interposição de ações coletivas de defesa dos consumidores previstas em diplomas autónomos, a verdade é que a existência de uma cultura autónoma de compensação de danos aos lesados significaria um *upgrade* ao regime jurídico nacional da concorrência.

Como acima vai sobredito, a compensação de danos seria realizada através da subsunção do caso *sub judice* à figura da responsabilidade civil por factos ilícitos, nos termos dos artigos 483.º e 496.º do Código Civil. Alheados da problemática civilística por não ser este o local adequado para tal lide, sempre se dirá que a eventual obrigação de indemnizar apenas poderia ser fixada pelos tribunais caso se mostrassem concretamente verificados todos os pressupostos de que depende a aplicação do referido instituto. Assim, para a condenação das arguidas por responsabilidade por factos ilícitos exige-se a existência de um facto voluntário, a ilicitude do mesmo, a imputação do facto à empresa violadora das regras da concorrência, o dano, e por último, um nexo de causalidade entre o facto ocorrido e o dano provocado<sup>111</sup>.

---

<sup>111</sup> Para mais desenvolvimentos vide Faria, Jorge Ribeiro de; “Direito das Obrigações”, Vol. I, Almedina, pág. 413, em que o autor enumera cinco pressupostos (um facto voluntário; a ilicitude, a culpa; o dano; o nexo de causalidade entre o facto e o dano), referindo que “para que tenha lugar a responsabilidade civil por factos ilícitos são necessários vários pressupostos. Di-los, de resto, com suficiente clareza, o artigo 483.º. depressa se vê, na verdade, à face dele, que incorre em responsabilidade, e portanto numa obrigação de indemnizar, quem pratica um facto voluntário (é a “Handlung” dos alemães), que traduza ou incorpore um juízo de desvalor objetivo da ordem jurídica (“Rechtswidrigkeit”), sendo o seu agente

Com efeito, o exercício desta tutela compensatória caberia aos tribunais nacionais, e a indemnização dela resultante sempre teria como limite a culpa do infrator e os danos por este provocado na esfera jurídica do lesado. Neste sentido, todos os tribunais comuns seriam competentes para apreciar questões de responsabilidade civil por violação das normas de direito de concorrência, e não somente o Tribunal de Comércio de Lisboa ou o novo Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, que apenas seriam competentes para a apreciação de recursos, i.e. impugnações de decisões da Autoridade da Concorrência.

---

*censurável (“Verschuldengrundsatz”), ponto é que tenham ocorrido danos que se ligam causalmente àquele facto”.*

### **3. O NOVO MUNDUS DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA**

Fazendo a devida exegese do método filosófico da dialética podemos formular o seguinte esquema básico de pensamento. A tese sempre se dirá ser a Lei 18/2003, ou seja, a situação jurídica inicialmente dada. Por sua vez, a antítese poderá considerar-se o anterior capítulo deste trabalho, *maxime* toda a problemática gerada à volta da aplicação do referido normativo legal. Do conflito entre a tese a antítese surge a síntese, uma nova situação que engloba em si mesma elementos e conclusões resultantes das duas premissas iniciais. No que aqui nos importa, a nossa síntese será a Lei 19/2012, de 8 de maio, ou seja, este capítulo será dedicado à análise das inovadoras soluções e novos mecanismos que o Novo Regime Jurídico da Concorrência consubstanciou.

De facto, conscientes da problemática e muitas vezes incerta aplicação da lei ao caso concreto, aliás como no capítulo anterior ficou cabalmente demonstrado, a verdade é que o legislador nacional sentiu a necessidade de reformular todo o sistema jurídico de proteção da concorrência.

Foi, de resto, neste contexto de ponderação e balanço da *praxis* das regras da concorrência nacionais que o novo regime da concorrência nasce, tendo por finalidade reforçar e reafirmar a implementação do direito da concorrência em Portugal, bem como alinhar a política da concorrência nacional com o regime comunitário.

Em bom rigor, o novo regime visou, acima de tudo, simplificar a aplicação das regras e procedimentos de sancionamento das violações das regras da concorrência, assim como garantir uma maior clareza e segurança jurídica a todos os operadores económicos, uma vez que sobre a Lei n.º 18/2003 pairava uma grande nuvem de dúvida sobretudo quanto a questões processuais<sup>112</sup>. Nesta confluência, podemos, desde já, afiançar que a nova lei da concorrência pretendeu assim atribuir à Autoridade da Concorrência novos meios e mecanismos de investigação e sancionamento com o objetivo de impedir que, tal como no passado, muitas das condenações redundassem mais tarde em absolvições proferidas pelos tribunais nacionais.

Como acima ficou sobredito, o objeto de estudo deste capítulo será o novo regime jurídico da concorrência instituído pela Lei 19/2012. Por impossibilidade fáctica, não se procurará fazer um elenco exaustivo de todas as alterações trazidas por

---

<sup>112</sup> Vide MOURA E SILVA, Miguel; “*Produtividade e concorrência: um contributo para a reforma da legislação de defesa da concorrência*” in Conselho Económico e Social (Org.), Mesa Redonda Grandes Opções da Política Económica e Social, Lisboa, 2003, p.155 e seguintes.

tal normativo legal, mas tão-somente, e sempre tendo por base a problemática concorrencial suscitada no capítulo anterior, apresentar as novas soluções jurídicas estabelecidas pelo legislador como forma de combate às pérfidas quimeras que são as violações às regras da concorrência. Daí que, todos os problemas e falhas levantadas no escrutínio realizado no capítulo anterior, venham agora ser novamente analisadas, mas agora numa diferente perspetiva, a das alterações introduzidas pelo novo regime jurídico da concorrência. Fazendo novamente a distinção entre questões de direito substantivo e questões de direito processual, no elenco deste capítulo serão analisadas algumas das mais importantes alterações introduzidas pela nova lei, como sejam a aplicação direta do direito comunitário nos tribunais nacionais, os novos mecanismos de sancionamento atribuídos à AdC, a questão dos prazos de prescrição, e algumas das novas prerrogativas processuais em termos de ação e investigação contraordenacional.

### **3.1.1 Do carácter substantivo das alterações**

Antes de tudo importará salientar que a nova lei da concorrência não afetou os princípios jurídicos e económicos que sempre nortearam o regime da concorrência, sendo que as principais mudanças ocorreram ao nível processual. Até porque, em termos de regime substantivo, a nova lei da concorrência manteve a tríplice proibição de práticas anti concorrenciais constante da Lei n.º 18/2003, continuando a ser proibidos todos 1) os acordos, práticas concertadas e decisões de associações de empresas; 2) os abusos de posição dominante; 3) e os abusos de dependência económica<sup>113</sup>, que “*tenham por objeto ou como efeito impedir, falsear ou restringir de forma sensível a concorrência no todo ou em parte do mercado nacional*”<sup>114</sup>. Quanto ao regime substantivo, podemos concluir que a Lei n.º 19/2012, tal-qualmente a Lei 18/2003, está harmonizada com o regime comunitário, com a exceção da proibição do abuso de dependência económica em que o regime nacional é relativamente original.

Relativamente ao problema da aplicação do direito comunitário pelos tribunais nacionais, a verdade é que o novo regime da concorrência trouxe novidades a este respeito. Assim, e procurando corrigir uma lacuna da Lei 18/2003, vem agora a Lei 19/2012 introduzir na alínea b) do n.º 1.º do art. 68.º dois novos tipos

---

<sup>113</sup> Para mais desenvolvimento SILVA, MIGUEL MOURA E, *Direito da Concorrência. Uma introdução Jurisprudencial*, Coimbra, Almedina, 2008.

<sup>114</sup> Cfr. Artigo 9.º da Lei 19/2012.

contraordenacionais, nomeadamente a violação dos artigos 101.º e 102.º do TFUE. Nos termos do n.º 2 do art.º 69.º da Lei n.º 19/2012, a coima aplicável a este ilícito contraordenacional não pode exceder 10% do volume total de negócios.

Por outro lado, e no que concerne a toda a discussão que vigorou nos tribunais judiciais, nomeadamente a de saber se as Ordens Profissionais estavam ou não sujeitas ao regime jurídico da concorrência, a nova lei nada acrescentou. A caracterização do conceito de “empresa” ou “associação de empresas”, para efeitos de aplicação do regime jurídico da concorrência não foi alterado relativamente à lei n.º 18/2003<sup>115</sup>. Apesar de como se disse anteriormente, os conceitos parecem bastante claros, a verdade é que as Ordens Profissionais sempre sindicaram pela sua não aplicação, porquanto entendiam que a sua qualidade de associação pública de interesse geral obviava à sujeição destas ao regime da concorrência. Não obstante os tribunais nacionais sempre terem decidido no mesmo sentido, ou seja, pela inclusão destas entidades como sujeitos passivos ao regime jurídico da concorrência, somos da opinião que o artigo 3.º da nova lei poderia ter sido reinventado de forma a não permitir outra senão aquela interpretação.

Sensível ao problema da dificuldade de prova e subsequente absolvição das empresas infratoras, o legislador nacional estabeleceu como novos mecanismos de combate às violações das regras da concorrência duas revolucionárias figuras jurídicas, a condenação por transação<sup>116</sup> e o arquivamento com condições<sup>117</sup>.

O primeiro consta atualmente dos artigos 22.º e 24.º n.º3, alínea c) do novo diploma<sup>118</sup> e pressupõe que as empresas infratoras aceitem a sua auto responsabilização pela infração cometida. Sendo certo que, este mecanismo apresenta dois grandes problemas. Em primeiro lugar, e na medida em que já ficou notado no capítulo anterior, o problema radica essencialmente na possibilidade de um acordo de reconhecimento de

---

<sup>115</sup> Cfr. Art.º 2.º n.º1 da Lei n.º 18/2003 e art. 3.º da Lei n.º 19/2012.

<sup>116</sup> O legislador inspirou-se no regime previsto pela Comissão Europeia no Regulamento (CE) n.º 773/2004, na sequência das alterações introduzidas pelo Regulamento (CE) n.º 622/2008.

<sup>117</sup> Vide Artigo da Equipa da Área de Prática de Direito Europeu e da Concorrência “*Análise Crítica da Nova Lei da Concorrência - Resumo dos Aspetos Essenciais da Nova Lei da Concorrência*”, Newsletter PLMJ Sociedade de Advogados, RL, Sociedade de Advogados, maio 2012, pág. 5; e CARVALHO, Bernardo Reynolds “; TRABULO; Rita *Um breve olhar pelo Novo Regime Jurídico da Concorrência. Lei 19/2012, de 8 de maio*”, in *CCV Advogados Newsletter*, n.º 02/2012, maio de 2012.

<sup>118</sup> Tal mecanismo já existia para as situações de Cartéis em que seja a Comissão Europeia a investigar a infração, assim como para infrações relativas a valores mobiliários quando o processo adequado seja o processo sumaríssimo, nos termos do disposto no art. 414.º Cód. MVM. Quanto à experiência europeia relativa a este aspeto vide nomeadamente Decisão da Comissão, de 19 de maio de 2010, em que o procedimento de transação foi aplicado às empresas produtoras de memórias dinâmicas de acesso aleatório (dynamic random access memory) participantes num cartel entre os anos de 1998 e 2002.

culpa consubstanciar uma situação de responsabilidade civil, e por conseguinte, poder ter efeitos na possível atribuição de indemnizações aos lesados pelo comportamento das empresas infratoras. Por outro lado, sempre se colocará a questão de saber em que medida as declarações e a documentação entregues pela empresa infratora podem ou não, mais tarde, vir a ser utilizadas contra esta, nos casos em que as negociações com a AdC não lograram qualquer efeito positivo<sup>119</sup>.

Já o procedimento de arquivamento com condições encontra a sua previsão legal nos artigos 23.º e 24.º número 3, alínea d) da nova lei. Sendo certo que, tal mecanismo apenas poderá aplicar-se a comportamentos menos graves, a verdade é que a *“imposição de condições não conclui pela existência de uma infração à presente lei, mas torna obrigatória para os destinatários o cumprimento dos compromissos assumidos”*<sup>120</sup>. Com efeito, não se coloca aqui o problema da responsabilidade civil que assombra a figura da condenação por transação. De facto, foi feliz a previsão do legislador ao esclarecer que a opção por tal mecanismo não significa *de per se* uma conclusão pela existência de uma infração pela empresa em causa. Se tal não fosse legalmente previsto em bom rigor esta medida não teria qualquer aplicação, conquanto, para efeitos civis, o seu diferimento pela AdC constituiria causa de pedir para eventuais ações de responsabilidade civil intentadas pelos lesados.

De todo o modo, o processo de arquivamento com condições só pode ser reaberto dentro do prazo de dois anos a contar da data da decisão, e verificado o pressuposto constante do número sete do artigo 23.º, ou seja, quando a AdC esteja perante uma alteração substancial dos factos que deram origem à decisão de arquivamento, ou quando as condições estabelecidas deixarem de ser cumpridas pela empresa visada<sup>121</sup>.

De todo o modo, sempre se poderá asseverar que estes novos mecanismos irão com certeza contribuir para a flexibilização do direito da concorrência, na medida em que as vantagens de simplificação, celeridade e eficiência que lhes estão na *ratio legis*

---

<sup>119</sup> Vide neste sentido Parecer da Confederação Empresarial de Portugal, relativo à Proposta de Lei n.º 45/XII, que aprova o novo regime Jurídico da Concorrência 7 de março de 2012, pág. 18, Parecer da Autoridade da Concorrência relativo à Proposta de Lei n.º 45/XII, que aprova o novo regime Jurídico da Concorrência, 5 de março de 2012, e Parecer do Conselho Superior do Ministério Público relativo à Proposta de Lei n.º 45/XII, que aprova o novo regime Jurídico da Concorrência, Lisboa, março de 2012, Procuradoria-Geral da República.

<sup>120</sup> Cfr. Art.º 23º n.º 6 da nova lei.

<sup>121</sup> Se compararmos a previsão deste mecanismo com o original artigo 9º do Regulamento (CE) 1/2003, verificamos que o regime nacional é claramente menos amplo do que o previsto na regulação comunitária. Tal diferença, irá certamente repercutir-se na eficácia da atuação da AdC nacional.

constituem elas mesmas uma garantia de sucesso em cenários de efetiva aplicação das regras de proteção da concorrência.

Consequência da, não rara, inépcia verificada na atividade da AdC, o legislador nacional veio estipular uma maior liberdade na seleção das prioridades de atuação no combate às graves violações das regras da concorrência. Nesta senda, estabelece o art. 7.º n.º1 do novo diploma, que a AdC, na prossecução dos seus fins, pode hierarquizar em termos de prioridade as infrações a investigar. Sendo certo que tal classificação sempre dependerá do interesse público de promoção e defesa da concorrência que subjaz a essa finalidade.

Na vigência da Lei 18/2003, a AdC perante o conhecimento de uma infração anti concorrencial por parte de um qualquer operador económico, estava legalmente obrigada a abrir um novo processo administrativo de investigação<sup>122</sup>. Tal estatuição do Princípio da Legalidade<sup>123</sup> decorria concretamente do art.º 24º da lei n.º 18/2003 que prescrevia que “ *sempre que a Autoridade tome conhecimento, por qualquer via, de eventuais práticas proibidas pelos artigos 4.º, 6.º e 7.º, procede à abertura de um inquérito, em cujo âmbito promoverá as diligências de investigação necessárias à identificação dessas práticas e dos respetivos agentes*”.

Ao invés, o novo regime da concorrência veio alterar o paradigma de atuação desta entidade administrativa, ao determinar que a atuação da AdC passará a ter por referência o Princípio da Oportunidade, ainda que de formulação mitigada<sup>124/125</sup>. Com efeito, e a partir da entrada em vigor da nova lei, a abertura de inquérito ficará condicionada a um prévio juízo de ponderação elaborado pela AdC. Ora, a atuação desta entidade passará assim a ficar dependente de “*razões de interesse público na perseguição e punição de*

---

<sup>122</sup> Cfr. art. 17º n.º1 do novo diploma.

<sup>123</sup> Cfr. art. 266º n.º 2 CRP e art. 3.º e 124º n.º 1-d CPA.

<sup>124</sup> A proposta apresentada pela AdC na consulta pública quanto à formalização legal do Princípio da Oportunidade não era tão complexa, nem deixava ao intérprete margem para dúvidas. Assim, a proposta apresentada era:

“Princípio da Oportunidade

1 – No desempenho das suas atribuições legais, a Autoridade da Concorrência é orientada pelo critério do interesse público de promoção e defesa da concorrência.

2 - A Autoridade da Concorrência exerce os seus poderes sancionatórios sempre que as razões de interesse público na perseguição e punição de violações de normas de defesa da concorrência, quando confrontadas com as expectativas de eficiência processual, determinem a abertura de processo de contra ordenação no caso em concreto”.

<sup>125</sup> Tal construção jurídica vem já na senda do que em sido decidido pela jurisprudência europeia. Neste sentido, Vide Acórdão “*Automec c. Comissão*” do Tribunal de Primeira Instância, de 18 de setembro de 1992 e Acórdão “*Confédération européenne des associations d’horlogers-réparateurs (CEAHR)*” do Tribunal Geral de 15 de dezembro de 2010, Proc. T-427/08) disponíveis em <http://eur-lex.europa.eu/pt>.

*violações das normas de defesa da concorrência*<sup>126</sup>”. Relativamente aos critérios de ponderação que deverão nortear tal atuação, os mesmos encontram-se plasmados no mesmo normativo, e resumem-se essencialmente às prioridades da política de concorrência, elementos de facto e de direito que sejam trazidos, gravidade da eventual infração, juízo de prognose sobre a probabilidade de poder vir a ser provada a referida infração e por último a “*existência e a extensão das diligências de investigação necessárias para desempenhar, nas melhores condições, a missão de vigilância do respeito pelos artigos 9.º, 11.º e 12.º da presente lei e pelos artigos 101.º e 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia*”<sup>127</sup>”.

Em suma, e em termos substantivos, o novo regime jurídico da concorrência não consubstanciou uma rutura com o passado, mas apenas uma ténue evolução em determinados aspetos jurídicos. Todavia, sempre se reconhecerá o mérito do legislador no sentido de apurar o normativo legal aplicável ao direito da concorrência de forma a colmatar falhas e dúvidas de interpretação que o anterior regime permitia.

### **3.1.2 Do carácter processual das alterações**

Como anteriormente se evidenciou, um dos grandes problemas que atormentavam a atuação da AdC resultavam de aspetos essencialmente formais e processuais. Exemplo paradigmático era o decurso dos prazos de prescrição que obstava à condenação das empresas infratoras.

O legislador nacional, ciente de toda esta factulidade, decidiu alterar o regime da prescrição, aumentando os seus prazos de duração, obviando assim a possíveis absolvições das empresas infratoras com base neste argumento. Assim, e de acordo com o disposto do art.º 74.º do novo diploma o prazo prescricional é de 3 anos relativamente às contraordenações instrumentais, e de cinco anos para os restantes casos<sup>128</sup>. Pertinente é a previsão direta do número 3 do art.º 74.º da nova lei que estabelece a interrupção da prescrição nas situações em que o visado seja constituído “arguido”, bem assim como nos casos em que haja uma notificação ao arguido de um qualquer ato ou diligência que pessoalmente o afete ou possa vir a afetar.

---

<sup>126</sup> Cfr. Art.º 7.º2 do novo diploma.

<sup>127</sup> Cfr. Art.º 7.º n.º 2 da nova lei.

<sup>128</sup> Tais limites já constavam da Lei 18/2003, mais concretamente do artigo 48.º do diploma.

Por outro lado, o número quatro do mesmo normativo veio estabelecer que a prescrição do procedimento se suspende caso exista uma qualquer impugnação da AdC pendente no tribunal judicial<sup>129</sup>. Porém, nesta concreta situação, o prazo máximo da suspensão será sempre de três anos, nos termos e para os efeitos do número sete do art. 74.º da nova Lei. Todavia, e por razões de certeza e segurança jurídica, a verdade é que o legislador consagrou que nos casos das alíneas a) e b) do número um, e ressalvado o tempo de suspensão, o procedimento contra ordenacional prescreve automaticamente, decorridos cinco anos e sete anos e meio, respetivamente<sup>130</sup>.

Do exposto, uma clara evidência – o cerrar fileiras pelo legislador a este ardiloso expediente. Em boa verdade, tal medida fica ainda aquém do esperado. Em termos comunitários e de direito comparado a solução para este problema tem sido outra, i.e. tem sido adotada a suspensão por tempo indeterminado durante todo o período de tempo em que decorrem impugnações ou recursos no âmbito judicial.

Apesar de tudo, sempre será louvável o *upgrade* realizado, na medida em que tal alteração consubstancia efetivamente mais uma garantia no sentido de proteção e defesa das regras da concorrência.

Ademais, e tal-qualmente ficou notado no capítulo anterior, mormente no caso “*Aeronorte – Transportes Aéreos S.A.*” e “*Helisul – Sociedade de Meios Aéreos Lda.*”<sup>131</sup>, a condenação da referida infratora naufragou devido à falta de prova das imputações que à Arguida foram feitas. Daí que se compreenda que a nova lei da concorrência tenha reforçado os poderes de investigação da AdC<sup>132</sup>. Neste sentido, e a título de exemplo, a AdC passa agora a ter a prerrogativa legal de efetuar buscas e apreensões domiciliárias em locais propriedade dos sócios, membros da administração, trabalhadores e até outros colaboradores da empresa infratora<sup>133</sup>. Partindo da previsão do número 8.º do novo artigo 19.º da Lei n.º 19/2012, a verdade é que dele se pode fazer uma interpretação bastante lata, estendendo a possibilidade de buscas e apreensões a outros locais como sejam veículos e outros locais dos investigados que não o domicílio pessoal e profissional.

---

<sup>129</sup> Cfr. Art.º 74.º n.º 4 da Lei 19/2012.

<sup>130</sup> Cfr. Art.º 74.º n.º 8 da Lei 19/2012.

<sup>131</sup> Vide Sentença “*Aeronorte – Transportes Aéreos S.A. e Helisul – Sociedade de Meios Aéreos, Lda.*” proferida pelo 2.º Juízo do Tribunal de Comércio de Lisboa, Proc. n.º 48/08.7TYLSB, disponível em [www.concurrencia.pt](http://www.concurrencia.pt).

<sup>132</sup> No entanto desapareceu a equiparação da AdC a órgão de Polícia Criminal, tal como acontecia na Lei 18/2003 no artigo art. 17.º n.º 1.

<sup>133</sup> Cfr. Art.º 19º do novo diploma.

Concretizando o exposto, pode a AdC, perante uma grave situação de violação dos artigos 9.º ou 11.º da nova lei, ou dos artigos 101.º e 102.º do Tratado de Funcionamento da União Europeia, realizar buscas domiciliárias, desde que as mesmas sejam previamente autorizadas através de despacho do juiz de instrução<sup>134</sup>.

Não obstante tal previsão legal, a verdade é que o regime jurídico da concorrência continua ainda a ser um malgrado retrato do Processo Penal. Comparando as duas normatizações legais, obviamente no tocante a esta matéria, encontramos algumas diferenças. No mais, e de acordo com o número dois do art.º 174.º do Código de Processo Penal, a possibilidade de buscas depende apenas da eventual existência de indícios de que algum objeto ou documento de prova possa estar no local visado pela busca. Ao invés, o novo regime jurídico da concorrência exige como *conditio sine qua non* para o decretamento de buscas um conceito diverso -“*fundada suspeita*”, sem que se compreenda a destrição feita pelo legislador, conquanto a finalidade de ambas as disciplinas jurídicas é o sancionamento de um comportamento contrário à lei e ao Direito.

Por outro lado, e no que tange a buscas, exames, recolhas e apreensões de documentos em local reservado a nova lei também configurou algumas alterações. Assim, nos termos do artigo 20.º do novo diploma, a AdC pode fazer uso destes mecanismos desde que cumpridos dois requisitos, designadamente a necessidade da diligência para obtenção de prova, e a autorização por despacho de uma autoridade judiciária a ordenar a mesma<sup>135</sup>. No entanto, sempre o legislador construiu uma válvula de escape para situações de urgência ou perigo de perda de informação, na medida em que, o número dois do artigo 20.º da nova lei, estabelece que nessas concretas situações, pode a AdC efetuar apreensões no decurso das buscas, desde que posteriormente, e num prazo máximo de 72 horas, sejam as mesmas validadas por uma autoridade judiciária competente<sup>136</sup>.

Ainda no âmbito desta matéria, o novo regime jurídico da concorrência consubstanciou novos desenvolvimentos relativamente à apreensão de mensagens de

---

<sup>134</sup> O despacho de autorização de busca, em ambos os diplomas, carece sempre de intervenção judiciária. O prazo de decisão é de 48 horas em ambos os diplomas. É de aplaudir a previsão das formalidades de busca, embora tal regime já resultasse em termos gerais da aplicação subsidiária do processo penal relativamente ao procedimento contraordenacional, por aplicação do art.º 41.º n.º1 do Regime Geral das Contraordenações e Coimas, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 433/82, de 17 de outubro, através da aplicação subsidiária prevista no art. 13.º da Lei 19/2012.

<sup>135</sup> Cfr. Art.º 18.º número 1, alínea c) e art. 20.º do novo diploma.

<sup>136</sup> Cfr Art.º 20º número 3 do novo diploma.

correio eletrónico efetuadas durante as buscas nas instalações das empresas. Nesta medida, e citando o normativo legal aplicável, pode a AdC “*proceder, nas instalações, terrenos ou meios de transporte de empresas ou de associações de empresas, à busca, exame, recolha e apreensão de extratos da escrita e demais documentação, independentemente do seu suporte, sempre que tais diligências se mostrem necessárias à obtenção de prova*”<sup>137</sup>. Nesta senda, prescreve ainda a alínea d) do mesmo artigo que a AdC, no uso das suas faculdades de investigação, pode proceder à selagem dos “*locais das instalações de empresas e de associações de empresas em que se encontrem ou sejam suscetíveis de se encontrar elementos da escrita ou demais documentação, bem como dos respetivos suportes, incluindo computadores e outros equipamentos eletrónicos de armazenamento de dados, durante o período e na medida estritamente necessária à realização das diligências a que se refere a alínea anterior*”.

Não obstante tal inovadora configuração normativa, a verdade é que a apreensão de correio eletrónico parece continuar a ser subsumível a uma situação de proibição de prova<sup>138</sup>. A doutrina, equiparando a apreensão do correio eletrónico ao regime das escutas telefónicas previsto nos artigos 187.º e seguintes do Código de Processo Penal, tem pugnado pela exigência dos mesmos requisitos processuais e materiais. Assim, e por força da aplicação subsidiária do Regime Geral das Contra ordenações, a verdade é que a lei não admite meios de prova que contendam com “*a intromissão na correspondência ou nos meios de telecomunicação nem a utilização de provas que impliquem a violação do segredo profissional*”<sup>139</sup>. Tendo em conta a informalidade que caracteriza as práticas restritivas mais graves, designadamente os cartéis e os acordos entre empresas, o *supra* referido impedimento importa a privação da AdC de um dos mais importantes meios que poderia dispor para imputar responsabilidades às empresas infratoras.

De facto, o novo regime da concorrência continua a apresentar uma série de contradições, mais não seja, na dificuldade prática de compatibilidade entre diferentes previsões legais quanto à mesma matéria. Apesar do louvável reforço dos poderes de investigação, a verdade é que o caminho da AdC mantém-se pantanoso, dado que numa

---

<sup>137</sup> Cfr. Art.º 18.º n.º1 alínea c) do novo diploma.

<sup>138</sup> Vide Ac. da Relação de Coimbra de 29 de março de 2006 in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt); Parecer n.º 21/2000 do Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República disponível em <http://www.pgr.pt/>.

<sup>139</sup> Cfr. Art.º 42.º/1 Regime Geral das Contra Ordenações ex vi art.º 13.º da Lei 19/2012, de 8 de maio.

sociedade cada vez mais tecnológica, as mensagens de correio eletrónico, enquanto importante meio probatório, continuam a estar fora do alcance de investigação.

Face ao exposto, podemos asseverar que o novo regime da concorrência veio, por um lado, renovar os pressupostos do sistema de controlo já existente, e por outro inovar os mecanismos de defesa e proteção da concorrência, estabelecendo uma nova estrutura capaz de agilizar o processo de investigação das infrações concorrenciais mas contudo sem postergar os direitos e garantias dos visados.

Atualmente, e cada vez mais, a AdC assume um importante papel na regulação da concorrência e proteção das regras de mercado. Reconheça-se que as alterações aqui desenvolvidas não serão a absoluta resolução do problema, mas constituirão elas mesmas um reforço da fiscalização, intervenção e sancionamento das infrações à concorrência.

Por último, e na senda do que foi defendido no capítulo anterior, não podemos deixar de assinalar que o legislador voltou a não estabelecer um regime jurídico relativamente às indemnizações por infrações das regras da concorrência. Reiterando todos os argumentos aduzidos em momento anterior, a verdade é que a previsão de um mecanismo nesses termos contribuiria para uma aplicação mais eficaz das regras da concorrência, sendo que a nosso ver, apenas bastaria a previsão de uma norma de remissão do regime jurídico da concorrência para a figura da responsabilidade civil por factos ilícitos, nos termos dos artigos 483.º e 496.º do Código Civil.

De todo o modo, apenas o futuro poderá concluir se a extensão dos poderes da AdC importará um conseqüente aumento de eficiência por parte desta entidade administrativa independente, sem contudo haver uma diminuição dos direitos e garantias das empresas e dos consumidores. Em última instância, o ofício de correção de eventuais falhas e omissões sempre caberá aos tribunais judiciais, através dos recursos e impugnações judiciais das decisões da AdC.

## CONCLUSÃO

Volvidos mais de trinta anos desde a entrada em vigor do primeiro dispositivo legal de defesa e proteção das regras da concorrência, somos compulsados a fazer uma reflexão da evolução desta disciplina jurídica no contexto nacional.

Em bom rigor, os valores de defesa da concorrência e proteção de mercado, encontram-se já previstos desde a adoção da Constituição de 1976. Não obstante tal configuração, a verdade é que até à adesão de Portugal à então Comunidade Económica Europeia em 1986, o quadro nacional foi sempre o de uma incompreensível desconfiança face à economia de mercado, provocada pela íntima mas sempre problemática relação da sociedade portuguesa com a constituição económica do Estado Novo.

Dáí que apenas recentemente é que Portugal saiu do estado medieval em que havia mergulhando, passando a concorrência a assumir um papel ativo no projeto nacional. Tal projeto, resultou, essencialmente da inserção do direito nacional da concorrência no modelo de defesa da concorrência da União Europeia como pudemos concluir ao longo desta pequena reflexão.

Aqui chegados, e após mais de trinta anos de construção de um sistema jurídico nacional da concorrência, podemos asseverar que o balanço é positivo.

A primeira conclusão a retirar deste estudo assenta numa singela mas genuína premissa – a concorrência é efetivamente necessária para a manutenção do bem-estar da sociedade. Como ficou demonstrado, a atuação do Estado na defesa e promoção da concorrência visa prevenir e evitar lesões à própria ordem económica.

Por outro lado, desde a entrada em funções da tão famigerada Autoridade da Concorrência, a verdade é que a concorrência voltou a fazer parte do mapa de prioridades nacional. A cultura da concorrência desenvolveu-se, foi renegada a aversão à economia de mercado que tantos anos persistiu na sociedade portuguesa, e acima de tudo, foram construídos novos instrumentos de defesa e proteção de mercado capazes de criar uma sociedade justa e equitativa.

Todavia, e porque nem tudo são triunfos e sucessos, Portugal assistiu nos últimos anos a um elevado número de falhas no que tange à aplicação do regime jurídico da concorrência às empresas deladoras. Parafraseando Augusto Cury que pugna “*que o “Mestre dos Mestres” lhe ensine que nas falhas e lágrimas se esculpe a sabedoria*”, é precisamente nessa perspetiva que se justificou a análise de tais decisões. Foram elas o

ponto de partida para esta reflexão, porquanto permitiram compreender todo o *mare liberum* que é o direito da concorrência aplicado em Portugal.

De todo o modo, não podemos deixar de referir a importância do segundo capítulo deste estudo em que foram analisados alguns dos mais prementes problemas do direito da concorrência nacional, nomeadamente a sujeição das Ordens Profissionais ao regime da concorrência, a questão do paralelismo comportamental, a aplicação pelas entidades nacionais do direito comunitário da concorrência, os direitos e garantias de defesa dos arguidos, a problemática da prescrição e a dificuldade de prova que obsta a uma eficaz aplicação do regime jurídico da concorrência.

Isto porque, a *praxis* concorrencial analisada veio desvendar uma amargurada realidade, - a política nacional da concorrência viveu desde a entrada em vigor da Lei 18/2003, de 11 de junho, diversas falhas, essencialmente devido ao insucesso e inoperância de atuação por parte da Autoridade da Concorrência. Acrescem a estes problemas os diminuídos poderes investigatórios atribuídos à Autoridade da Concorrência, a falta de rigor desta entidade na fase administrativa que culminou na violação dos direitos e garantias dos arguidos, assim como a existência de um regime jurídico de difícil interpretação.

Não menos importante foi a conclusão da não existência de um regime jurídico relativamente às indemnizações por infrações das regras da concorrência. A verdade é que a previsão de um mecanismo nesses termos contribuiria para uma aplicação mais eficaz das regras da concorrência, na medida em que constituiria mais um desincentivo das empresas para a prática de infrações.

Ora, o reconhecimento de tais falhas, longe de representar a assunção de uma crise ou até mesmo a falta de solidez do direito da concorrência nacional, consubstanciou a necessidade de promover uma alargada discussão crítica no sentido de aprofundar e melhorar o sistema vigente, sem esquecer todos os valores e princípios jurídicos que norteiam este ramo do direito. Daí que a densa experiência de aplicação do direito da concorrência pelos tribunais nacionais e comunitários, permitiu que este trabalho convergisse num quadro de reflexão crítica global, revelando os principais problemas e obstáculos na aplicação das regras da concorrência.

Sendo certo que, o Novo Regime Jurídico da Concorrência, aqui levemente analisado, apresentou-se como uma rutura com o passado em alguns aspetos, porquanto foi propósito do legislador solucionar alguns dos mais relevantes problemas que até

então haviam surgido, a verdade é que o regime nacional da concorrência continua a apresentar lacunas e conceitos de difícil interpretação.

De todo o modo, as alterações legislativas analisadas ao longo deste trabalho permitiram concluir que a nova lei da concorrência veio atribuir à AdC uma grande liberdade de apreciação, quer quanto às situações a investigar, quer quanto aos meios a serem utilizados. O novo regime jurídico da concorrência permitirá, assim, que a AdC reforce a sua transparência na prossecução da sua missão, uma vez que agora toda e qualquer ação terá de ser fundamentada de acordo com a importância e gravidade da violação em causa.

Por outro lado, podemos concluir que crescem ainda como pontos positivos deste novo regime da concorrência a celeridade, a equidade, e a eficiência processual, resultado das inovadoras opções legislativas adotadas.

Em suma, foi este estudo uma síntese do direito da concorrência em Portugal numa área de saber científico pouco trabalhada, esperando que toda a análise realizada constitua um contributo para o desenvolvimento de uma efetiva cultura da concorrência em Portugal capaz de construir uma economia justa, democrática e equitativa.

Como modesto cultor do Direito, uma última aspiração, - que o direito da concorrência nunca deixe de se afinar, sempre, pelo diapasão dos princípios e axiomas legalmente constituídos que derivam da noção da Democracia, sob pena de contrariamente ao esperado, Portugal recolocar-se novamente sob o meridiano da escuridão económica.

## **BIBLIOGRAFIA**

- ALVES, José Manuel Caseiro; “*Lições de direito comunitário da concorrência*”, Série das Lições do Curso dos Estudos Europeus da Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra Editora, Coimbra, 1989;
- AMARTYA, Sen; “*Democracy as a Universal Value*”, Journal of Democracy, 1999;
- ARROW, K. “*Limits of organization*”. New York: Norton, 1974;
- BAKER, B. in “*The Case for Antitrust Enforcement*”, Journal of Economic Perspectives, vol. 17, n.º 4, 2003;
- BOULOUS, J., e CHEVALIER, R. M., “*Grands arrêts de la cour de justice des communautés européennes*”, Tomo 2, 2.ª Edição;
- CAIMOTO, Joaquim; e FARIA, Tânia Luísa; “*A aplicação do Direito da União Europeia da Concorrência da União Europeia pelos tribunais comuns em Portugal (Acórdão da Relação do Porto de 12 de abril de 2010)*” Uria Mendendez Artículos;
- CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital; “*Constituição da República Anotada*”, vol. I, Coimbra Editora;
- CARVALHO, Bernardo Reynolds “; TRABULO; Rita *Um breve olhar pelo Novo Regime Jurídico da Concorrência. Lei 19/2012, de 8 de maio*”, in CCV Advogados Newsletter, n.º 02/2012, maio de 2012;
- CLARK, John Maurice; “*Toward a concept of workable competition*”, American Economic Review;
- CORDEIRO, António Menezes, e AIBUQUERQUE, Ruy de, “*Regulação e Concorrência – Perspetivas e limites da defesa da concorrência*”, Edições Almedina, 2004;
- COSTA, Adalberto, “*Regime Legal da Concorrência*”, Edições Almedina, 2004
- Cruz, José Neves; “*Economia e Política: uma Abordagem Dialética na Escolha Pública*”, Coimbra Editora, 2008;
- CUNHA, Carolina, “*Controlo das concentrações de empresas – direito comunitário e direito português*”, Almedina, Coimbra;
- HAYEK, Friedrich; “*Democracia, Justicia Y Socialismo*”, Union Editorial, 2005;
- LIMA, Pires de; e VARELA, Antunes, Código Civil Anotado, vol. I, 4.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1987;
- LOPES, Rodrigues; “*O essencial da Política de Concorrência*”, INA, 2005;
- MARCH, J.G.; Simon, Herbert .A. “*Organizations*”, New York, NY: Wiley, 1958;

- MATEUS, Abel M.; “*Sobre os Fundamentos do Direito e Economia da Concorrência*”; in Seminário para Juizes de Direito sobre Direito Comunitário e Nacional da Concorrência; Tomar, 13 de janeiro de 2006;
- MOURA E SILVA, Miguel, “*Direito da Concorrência. Uma Introdução jurisprudencial*”, Coimbra, Almedina, 2008;
- MOURA E SILVA, Miguel; “*Produtividade e concorrência: um contributo para a reforma da legislação de defesa da concorrência*” in Conselho Económico e Social (Org.), Mesa Redonda Grandes Opções da Política Económica e Social, Lisboa, 2003;
- PEGO; José Mariano; “*A posição Dominante Relativa no Direito da Concorrência*”, Almedina, 2001;
- PONS, Jean-François; e SAUTTER, Timothée; “*Ensuring a sound competition environment: Rules, Practice, Reforms and Challenges of European Competition Policy*”, edit. por Johann Eekhoff;
- PORTER, M. E.; “*The competitive advantage of nations*” New York: The Press, 1990;
- SANTOS, António Carlos dos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão; - *A Defesa da Concorrência*, págs. 317 e seguintes, Almedina, in Direito Económico, 5.ª edição Revista e Atualizada;
- SEN, A. “*On ethics and economics*”. Oxford: Blackwell, 1987,
- SIMON, Herbert .A. “*Rational decision making in business organizations*”; in American Economic Review, v.69, 1979;
- SMITH, Adam; “*A riqueza das Nações*”, Volume I, Fundação Calouste Gulbenkian, 2010;
- XAVIER; Alberto; “*Subsídios para uma Lei de Defesa da Concorrência*”, Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, n.º136;