

NUNO RUIZ

Advogado

Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

A APLICAÇÃO DO DIREITO COMUNITÁRIO DA CONCORRÊNCIA EM PORTUGAL*

* O presente relatório foi elaborado para o XVIII Congresso da Federação Internacional de Direito Europeu (F.I.D.E.) em conformidade com o questionário distribuído aos relatores nacionais. Estando em causa a aplicação do direito comunitário da concorrência em Portugal, foi dada uma quase exclusiva atenção aos artigos 85.º e 86.º do Tratado CE.

O autor deseja agradecer a colaboração do Supremo Tribunal de Justiça e do Conselho da Concorrência e as respostas ao questionário e contribuições oportunamente apresentadas pela Direcção-Geral do Comércio e da Concorrência, pelo Gabinete de Direito Europeu do Ministério da Justiça, pela Confederação do Comércio e Serviços de Portugal, pelas Sociedades de Advogados “Jardim, Sampaio, Caldas e Associados”, “Gonçalves Pereira, Vinhas, Castelo Branco e Associados” e “Vieira de Almeida – Advogados” e ainda pelo Prof. Doutor Pedro Pita Barros.

A. INTRODUÇÃO

1. O direito da concorrência em Portugal

Até 1 de Janeiro de 1994 a defesa da concorrência foi assegurada por dois diplomas legislativos – o Decreto-Lei n.º 422/83, de 3 de Dezembro, e o Decreto-Lei n.º 428/88, de 19 de Novembro – o primeiro relativo aos acordos entre empresas, aos abusos de posição dominante e a certas práticas individuais restritivas da concorrência; o segundo ao controlo das concentrações. A partir de 1 de Janeiro de 1994, com a entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 371/93, de 29 de Outubro, a disciplina dos acordos entre empresas, dos abusos de posição dominante e do controlo de concentrações foi fundada num único diploma sem que se tivessem verificado profundas alterações ¹.

Tal como sucedera com o Decreto-Lei n.º 422/83, o regime substantivo estabelecido no Decreto-Lei n.º 371/93 foi influenciado, sobretudo, pelos artigos 85.º e 86.º do Tratado CE ². Em consequência, são proibidos os

¹ O âmbito de aplicação da lei foi alargado, o processo de controlo de concentrações sofreu alguns aperfeiçoamentos, as sanções foram agravadas e a nova legislação veio abranger expressamente os casos de abuso de dependência económica (cfr. artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 371/93). As práticas individuais restritivas, tais como a aplicação de preços ou de condições de venda discriminatórias, a recusa de venda e a venda com prejuízo, passaram a ser regidas por legislação autónoma – o Decreto-Lei n.º 370/93, de 29 de Outubro – e a ser fiscalizadas por entidades diferentes. Outros diplomas legislativos continuam a reger certos comportamentos empresariais com incidências na concorrência, não constituindo, no entanto, verdadeiros instrumentos de defesa da concorrência. É o caso, por exemplo, do Decreto-Lei n.º 245/86, de 25 de Agosto, relativo às vendas com redução de preços.

² E, tal como no caso da legislação anterior, também pelo direito francês e alemão.

acordos entre empresas, as decisões de associações de empresas e as práticas concertadas ³, os abusos de dependência económica e os abusos de posição dominante ⁴, susceptíveis de falsear o jogo da concorrência no mercado português ⁵. As práticas restritivas da concorrência são punidas com coimas e, além disso, os acordos restritivos da concorrência são nulos, podendo contudo beneficiar de uma isenção em condições idênticas às previstas no n.º 3 do artigo 85.º do Tratado CE (cfr. n.º 1 do artigo 5.º).

O processo conducente à aplicação de sanções tem natureza contraditória, sendo instruído pela Direcção-Geral do Comércio e da Concorrência (DGCC). Finda a instrução, a DGCC remete o processo ao Conselho da Concorrência para decisão. O Conselho pode arquivar o processo, conceder isenções ⁶, ordenar aos arguidos que ponham fim às práticas restritivas e aplicar coimas. O Conselho pode igualmente adoptar providências cautelares com carácter provisório e urgente. As decisões do Conselho da Concorrência são comunicadas aos interessados, que podem interpor recurso perante os tribunais, tendo este recurso efeito suspensivo apenas no que se refere ao pagamento das coimas e à publicação das decisões.

O Decreto-Lei n.º 371/93 torna obrigatória a notificação prévia das concentrações de empresas que tenham, em conjunto, um volume de negócios igual ou superior a 30 mil milhões de escudos, ou de que resulte a agregação de uma quota do mercado nacional igual ou superior a 30%. Todas as concentrações que ultrapassem esses limites dependem da autorização do Ministro da Economia. A falta de notificação é punível com coima. O Ministro pode proibir as concentrações que criem ou reforcem uma posição dominante, salvo se preencherem os requisitos normais de isenção ou contribuírem para reforçar a competitividade internacional dos intervenientes ⁷.

³ Cfr. artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 371/93.

⁴ Cfr. artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 371/93.

⁵ Os artigos 2.º e 3.º do Decreto-Lei n.º 371/93 reproduzem, respectivamente, os artigos 85.º e 86.º do Tratado CE.

⁶ A Portaria n.º 1097/93, de 29 de Outubro, regula as condições em que as empresas podem solicitar ao Conselho a declaração de legalidade, ou a isenção, dos acordos restritivos da concorrência. A isenção pode também ser o resultado de um processo de contra-ordenação.

⁷ No caso de entender que a concentração deve ser proibida ou submetida a condições, o Ministro deve obter previamente o parecer do Conselho da Concorrência. As decisões do Ministro são comunicadas aos interessados, que podem interpor recurso de anulação para o Supremo Tribunal Administrativo. Os negócios jurídicos que tenham por objecto a concentração proibida são nulos, e toda a concentração que viole as condições de autorização ou a proibição do Ministro é punível com coima.

O direito português da concorrência é pois muito semelhante ao direito comunitário. Apesar disso, ao nível do direito material e do direito processual, algumas diferenças importantes podem ser apontadas:

- a) A legislação portuguesa condena expressamente os abusos de dependência económica ⁸;
- b) as práticas restritivas da concorrência por parte de empresas em posição dominante podem ser objecto de isenção ⁹;
- c) as concentrações de empresas que criem ou reforcem uma posição dominante no mercado nacional podem ser autorizadas se preencherem todos os requisitos normais de isenção ou se reforçarem a competitividade internacional das empresas participantes ¹⁰;
- d) as sanções não têm natureza administrativa, mas sim contra-ordenacional, o que implica a aplicação subsidiária do direito penal e processual penal;
- e) a competência de instrução – que cabe à DGCC ¹¹ – é distinta da competência de decisão, que cabe ao Conselho da Concorrência ¹²;
- f) a isenção pode ser concedida pelo Conselho da Concorrência sem necessidade de notificação prévia, ou seja, em decisão proferida no âmbito de um processo de contra-ordenação;
- g) das decisões do Conselho cabe recurso para os Tribunais – com efeito meramente devolutivo, excepto no que se refere à aplicação das coimas – podendo estes anulá-las ou modificá-las, inclusive no que respeita à concessão ou à recusa de isenção ¹³.

Com a condenação dos abusos de dependência económica na reforma de 1993 terá havido a intenção de evitar a manipulação excessiva do conceito de posição dominante nos casos em que se tornasse necessário reprimir as práticas abusivas na parceria obrigatória, em particular ao nível das grandes cadeias de distribuição. Aparentemente inusitada, a possibilidade de isenção de certos “abusos” de posição dominante poderá justificar-se pela necessidade de

⁸ Cfr. artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 371/93.

⁹ Cfr. artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 371/93.

¹⁰ Cfr. artigo 10.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 371/93.

¹¹ Cfr. artigos 12.º, 23.º, 25.º e 26.º do Decreto-Lei n.º 371/93.

¹² Cfr. artigos 13.º, 24.º e 27.º do Decreto-Lei n.º 371/93.

¹³ Cfr. artigo 28.º do Decreto-Lei n.º 371/93.

apreciar diferentemente a instrumentalização abusiva do domínio de mercado e a adopção de práticas restritivas ao alcance de qualquer agente económico. A justificação das concentrações capazes de criar ou reforçar posições dominantes tem a sua razão de ser na política de apoio ao redimensionamento dos grupos económicos nacionais face à realização do mercado interno comunitário e à globalização da economia.

Dada a natureza contra-ordenacional das infracções ao direito da concorrência houve, por parte do legislador, a preocupação de conciliar o sistema de controlo com os princípios do direito penal e do direito processual penal. Por essa razão se preferiu confiar a instrução dos processos à DGCC, dependente da tutela do Ministério da Economia, e atribuir o poder de decisão e de aplicação de sanções ao Conselho da Concorrência. Por forma a evitar a inútil sobrecarga da DGCC e do Conselho, as isenções podem ser concedidas sem que para o efeito seja indispensável a notificação prévia das práticas restritivas¹⁴. Qualquer arguido pode, na pendência de um processo de contra-ordenação, demonstrar as vantagens e pressupostos da isenção. Por último, não sendo curial a subordinação do poder judicial às autoridades competentes, muito menos em matéria de contra-ordenações, o sistema jurídico reconhece aos Tribunais o direito de verificar o preenchimento, ou não, dos pressupostos da isenção.

2. A aplicação do direito comunitário pelas autoridades e pelos tribunais nacionais

As autoridades nacionais – o Ministro da Economia¹⁵, o Conselho da Concorrência, a DGCC e os tribunais quando decidam sobre recursos interpostos de decisões das referidas autoridades – são competentes para aplicar os artigos 85.º e 86.º do Tratado CE em conformidade com o seu artigo 88.º e com o artigo 9.º do Regulamento (CEE) n.º 17/62, não podendo conceder isenções ao abrigo do disposto no n.º 3 do artigo 85.º, nem prosseguir a instrução dos processos ou adoptar decisões a partir do momento em que a Comissão tenha aberto um processo de aplicação das disposições do Tratado¹⁶. As autoridades

¹⁴ O sistema de controlo prévio facultativo tornou desnecessária a adopção de “Portarias de isenção por categoria” apesar da sua publicação ter sido inicialmente prevista no n.º 2 do artigo 15.º do Decreto-Lei n.º 422/83.

¹⁵ Apenas no caso do controlo das concentrações.

¹⁶ Cfr. artigo 9.º, n.ºs 1 e 3, do Regulamento n.º 17/62.

nacionais devem, além disso, fazer respeitar a primazia do direito comunitário, em especial as Decisões e os Regulamentos de isenção, de cada vez que, tendo sido invocada uma disposição do direito nacional, esta proíbe restrições isentas com base no n.º 3 do artigo 85.º do Tratado CE.

Tendo o Decreto-Lei n.º 371/93 deixado de considerar restritivas da concorrência as práticas que como tal fossem qualificadas nas convenções ou acordos internacionais de que Portugal fizesse parte, os casos de aplicação do direito comunitário da concorrência pelas autoridades portuguesas são escasos e circunscrevem-se sobretudo ao período de vigência da anterior legislação de defesa da concorrência ¹⁷:

- a) Em 1986, a propósito do sistema de distribuição de cervejas posto em prática pela Centralcer, apesar de ter sido invocado pela arguida o benefício das isenções previstas nos Regulamentos CEE n.ºs 1983/83 e 1984/83, o Conselho entendeu que não os deveria ter em conta uma vez que os contratos de distribuição em causa não eram susceptíveis de afectar de maneira suficientemente sensível o comércio entre os Estados membros ¹⁸;
- b) em 1987, relativamente à oportunidade de adopção de uma proposta de Portaria de isenção dos contratos relativos à distribuição e serviço após venda de veículos automóveis, o Conselho entendeu que semelhante medida legislativa era desnecessária porquanto o Regulamento (CEE) n.º 123/85 era aplicável à generalidade dos acordos e redes de distribuição de âmbito nacional, sendo preferível efectuar uma aplicação casuística da legislação

¹⁷ Em dez anos – entre 1984 e 1994 – o Conselho adoptou 55 decisões em processos de contra-ordenação. Nenhuma dessas decisões se fundou na violação dos artigos 85.º ou 86.º do Tratado CE.

¹⁸ Esta decisão parece ter sido ditada pelo objectivo de encontrar uma solução rápida para um potencial problema de acesso ao mercado. Na verdade, se por um lado o Conselho se recusou a aplicar os Regulamentos comunitários de isenção por categoria, por outro, condenou a proibição de venda de produtos concorrentes imposta pela Centralcer aos distribuidores de modo a permitir a utilização do circuito de distribuição da Centralcer – empresa com 53% da quota de mercado da cerveja – por potenciais concorrentes. Dada a importância da empresa, o conjunto de acordos de distribuição era obviamente susceptível de dificultar o acesso ao mercado português por parte de outros fabricantes. Aparentemente, a recusa da aplicação dos Regulamentos CEE n.ºs 1983/83 e 1984/83 só pode ser explicada pela vontade de torpear as exigências de rigor processual que fariam depender a proibição da cláusula de não concorrência da prévia retirada do benefício da isenção por categoria pela Comissão (cfr. decisão de 17.12.1986 no processo de contra-ordenação n.º 5/86 (CONSELHO DA CONCORRÊNCIA, Lisboa – *Relatório de Actividade*, 1986, p. 88 e s.).

portuguesa aos casos de relevância estritamente doméstica, inspirando-a no direito comunitário¹⁹;

- c) em 1988, num processo em que a Tabaqueira era acusada de abuso de posição dominante devido à celebração de contratos de exclusividade e à imposição de volumes mínimos de compra, o Conselho entendeu que a circunstância de a Comissão Europeia ter apreciado esta última questão à luz do direito comunitário não lhe retirava competência para julgar a matéria na perspectiva do direito nacional²⁰;
- d) em 1991, o Conselho considerou que diversas cláusulas contratuais incluídas nos contratos celebrados entre a SIVA – representante da *Volkswagen* em Portugal – e os seus concessionários não podiam beneficiar da isenção prevista no artigo 15.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 422/83, nem do artigo 3.º, n.º 4, do Regulamento (CEE) n.º 123/85²¹;
- e) em 1993, a propósito do sistema de distribuição dos produtos *Yves Saint Laurent* e *Givenchy* em Portugal, o Conselho adoptou a sua primeira decisão em matéria de distribuição selectiva nos mercados dos produtos de perfumaria e cosmética em conformidade com as decisões da Comissão relativas à distribuição dessas marcas na Comunidade Europeia, tendo recordado a necessidade de essas decisões serem respeitadas a nível nacional e aproveitando para esclarecer o conteúdo de algumas das obrigações nelas impostas²²;

¹⁹ Cfr. CONSELHO DA CONCORRÊNCIA, Lisboa – *Relatório de Actividade*, 1987, p. 102-107. Neste parecer o Conselho, baseando-se no considerando n.º 29 do Regulamento (CEE) n.º 123/85, admitiu que a aproximação das políticas de concorrência a nível nacional e comunitário e a própria primazia do direito comunitário pudesse ter limites relacionados com exigências imperativas de defesa da concorrência no mercado nacional. As diferenças de mercado e de desenvolvimento devem por vezes justificar orientações de política de concorrência contrárias às preconizadas pela Comissão.

²⁰ Cfr. CONSELHO DA CONCORRÊNCIA, Lisboa – *Relatório de Actividade*, 1988, p. 45-67. Foi a primeira e a única vez em que ao Conselho foi colocada a questão da suspensão do processo ao abrigo do disposto no artigo 9.º, n.º 3, do Regulamento (CEE) n.º 17/62.

²¹ Cfr. CONSELHO DA CONCORRÊNCIA, Lisboa – *Relatório de Actividade*, 1991, p. 37-53.

²² Cfr. CONSELHO DA CONCORRÊNCIA, Lisboa – *Relatório de Actividade*, 1993, p. 43-52.

- f) em 1993, o Conselho reconheceu que o feixe de contratos de âmbito nacional celebrados entre a *BP* e os revendedores de combustíveis liquefeitos destinados ao consumo doméstico era susceptível de afectar o comércio intracomunitário razão pela qual se lhes devia aplicar o Regulamento (CEE) n.º 1984/83²³.

Não obstante a escassez de decisões baseadas nos artigos 85.º e 86.º do Tratado CE ou no direito deles derivado, a aplicação do direito português pelo Conselho da Concorrência inspirou-se frequentemente, de modo expresso²⁴, na interpretação que deles tem sido feita pela Comissão e pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias:

- a) Em 1986, pela primeira vez, o Conselho teve em conta as orientações seguidas pela Comissão na aplicação do artigo 85.º, n.º 3, do Tratado CE aos acordos de distribuição exclusiva e selectiva quando condenou o sistema de distribuição exclusiva de certos produtos cosméticos em farmácias²⁵;
- b) ainda em 1986, a propósito do já citado processo relativo ao sistema de distribuição da *Centralcer*, o Conselho, embora afastando a aplicação dos Regulamentos comunitários de isenção dos acordos de compra exclusiva e de distribuição exclusiva, entendeu que dos mesmos derivavam orientações que deviam influenciar a aplicação do direito nacional²⁶;

²³ Nesta decisão – em que estava em causa a questão de saber se uma recusa de venda era ou não justificável por força do sistema de distribuição posto em prática pela *BP* – o Conselho concluiu que, mesmo quando a afectação do comércio intracomunitário é pouco sensível e o Regulamento (CEE) n.º 1984/83 não é por isso aplicável, deve a isenção prevista no artigo 15.º do Decreto-Lei n.º 422/83 ser decretada em consonância com a orientação do dito Regulamento (cfr. CONSELHO DA CONCORRÊNCIA, Lisboa – *Relatório de Actividade*, 1993, p. 97-105).

²⁴ Para além dos casos em que, nas suas decisões ou pareceres, o Conselho se reportou expressamente à aplicação do direito nacional em conformidade com a política de concorrência comunitária e com o direito comunitário originário e derivado, a generalidade das suas decisões apresenta um elevado grau de consonância com a interpretação do Tratado CE por parte da Comissão e do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias. Esta sintonia é visível sobretudo no que se refere a conceitos fundamentais do direito da concorrência tais como os de empresa, de acordo entre empresas, de prática concertada, de restrição da concorrência, de posição dominante e de abuso de posição dominante.

²⁵ Cfr. decisão de 12.3.1986 nos processos de contra-ordenação n.ºs 3/85, 4/85 e 5/85 (CONSELHO DA CONCORRÊNCIA, Lisboa – *Relatório de Actividade*, 1986, p. 34 e s.).

²⁶ Cfr. decisão de 17.12.1986 no processo de contra-ordenação n.º 5/86 (CONSELHO DA CONCORRÊNCIA, Lisboa – *Relatório de Actividade*, 1986, p. 88 e s.). Foi a propósito desta decisão que o Conselho reconheceu pela primeira vez as bases do relacionamento entre o direito nacional e o direito comunitário – autonomia, primado e efeito directo – tal como desenhadas pelo

- c) em 1993, a propósito do sistema de distribuição de diversos produtos de perfumaria e cosmética, incluindo os da marca *Lancôme*, e em consonância com a decisão adoptada nesse mesmo ano relativamente à distribuição dos produtos *Yves Saint Laurent* e *Givenchy*, o Conselho confirmou a sua política nesta matéria aplicando o direito nacional da concorrência em sintonia com a política de isenção dos sistemas de distribuição selectiva vigente na Comunidade ²⁷;
- d) em 1993, na sua primeira decisão relativa a um sistema de franquia, o Conselho tomou como paradigma o Regulamento (CEE) n.º 4087/88 para considerar que o contrato em causa não deveria ser qualificado como de franquia em sentido próprio ²⁸;
- e) em 1994, a propósito dos sistemas de distribuição dos produtos de perfumaria e cosmética das marcas *Stendhal*, *Chanel* e *Clarins*, o Conselho aprofundou – em duas decisões distintas – a sua avaliação das condições de isenção dos sistemas de distribuição selectiva aplicando o direito nacional da concorrência em sintonia com a política de isenção seguida pela Comissão relativamente à Comunidade ²⁹;
- f) em 1994, à semelhança do que já havia acontecido nas decisões SIVA e BP, o Conselho reiterou a ideia de que a política de concorrência em matéria de contratos de distribuição exclusiva – em especial no caso do sector automóvel – deveria ser harmonizada

Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias no acórdão “Walt Wilhelm”, e afirmou que as decisões da Comissão, os Regulamentos de isenção e os acórdãos do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias contêm “... orientações de política de concorrência às quais não pode ser indiferente a aplicação do direito nacional nos casos em que, não se suscitando o primado do direito comunitário, não se impõe uma solução uniforme” (cfr. CONSELHO DA CONCORRÊNCIA, Lisboa – *Relatório de Actividade*, 1986, p. 25-28). A decisão análoga relativa à UNICER – a outra empresa cervejeira presente no mercado nacional – adoptada em 1985, antes da adesão, foi impugnada judicialmente por haver afastado a aplicação do direito comunitário, em especial o Regulamento (CEE) n.º 1983/83 (cfr. CONSELHO DA CONCORRÊNCIA, Lisboa – *Relatório de Actividade*, 1984-1985, p. 26-33). Sobre esta questão pronunciou-se o Tribunal Constitucional em acórdão de 2.7.1997, afirmando que, sem prejuízo da primazia do direito comunitário da concorrência, a aplicação divergente do direito nacional, em função das características próprias do mercado português, não viola o princípio da não discriminação em função da nacionalidade previsto no artigo 13.º, n.º 2, da Constituição da República (cfr. *Diário da República*, II Série, n.º 240, de 16.10.1997, p. 12 727 a 12 732).

²⁷ Cfr. CONSELHO DA CONCORRÊNCIA, Lisboa – *Relatório de Actividade*, 1993, p. 67-76.

²⁸ Cfr. CONSELHO DA CONCORRÊNCIA, Lisboa – *Relatório de Actividade*, 1993, p. 121-125.

²⁹ Cfr. CONSELHO DA CONCORRÊNCIA, Lisboa – *Relatório de Actividade*, 1994, p. 39-52 e p. 73-81.

com a vigente na Comunidade Europeia na generalidade dos casos e, muito em particular, naqueles em que a fronteira entre a aplicação do direito nacional e do direito comunitário é duvidosa³⁰;

- g) em 1996, nas três decisões que proferiu relativamente aos contratos de franquia *Multiópticas*, *Optivisão* e *Instituíptico*, o Conselho tornou a socorrer-se dos critérios de isenção fixados no Regulamento (CEE) n.º 4087/88 para fundamentar a sua avaliação à luz do artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 371/93³¹.

Das decisões do Conselho da Concorrência cabe recurso para os tribunais³². Foram raras as decisões judiciais proferidas neste contexto que abordaram a questão da aplicação do direito comunitário da concorrência. É em todo o caso útil notar os aspectos mais relevantes das que o fizeram:

- a) O direito comunitário da concorrência é directamente aplicável em Portugal e prevalece sobre o direito nacional, sendo esse o caso, designadamente, das decisões de isenção adoptadas pela Comissão das Comunidades Europeias³³;
- b) no caso de um acordo entre empresas estar abrangido por um regulamento comunitário de isenção por categoria não se lhe pode aplicar o direito nacional por forma a prejudicar o efeito dessa isenção³⁴;
- c) certas entidades administrativas podem ser consideradas como empresas para efeitos de aplicação das regras da concorrência em consonância com o disposto nos artigos 85.º e 90.º do Tratado CE³⁵.

³⁰ Cfr. decisão no processo de contra-ordenação n.º 12/93 em que era arguida a SAME Tractores (Portugal), L.ª (cfr. CONSELHO DA CONCORRÊNCIA, Lisboa – *Relatório de Actividade*, 1994, p. 39-52 e p. 83-92).

³¹ Cfr. CONSELHO DA CONCORRÊNCIA, Lisboa – *Relatório de Actividade*, 1993, *Diário da República*, II Série, de 31.12.1996, p. 209-218.

³² Entre 1984 e 1996 o Conselho da Concorrência adoptou 75 decisões em processos de contra-ordenação, das quais 47 foram condenatórias. Foram interpostos 33 recursos, tendo 10 sido julgados improcedentes, outros 10 considerados procedentes e 4 recusados por extemporaneidade ou irrecurribilidade da decisão (cfr. CONSELHO DA CONCORRÊNCIA, Lisboa – *Relatório de Actividade*, 1991, p. 21-26 e *Relatório de Actividade*, 1993, *Diário da República*, II Série, de 31.12.1996, p. 195-197).

³³ Cfr. decisão do Tribunal de Polícia de Lisboa de 28.11.1991 no processo n.º 157/91 SIVA.

³⁴ Cfr. decisão do Tribunal de Polícia de Lisboa de 28.11.1991 no processo n.º 157/91 SIVA.

³⁵ Cfr. decisão do Tribunal Cível da Comarca de Lisboa de 31.1.1992 no processo “Dragapor”.

Os tribunais portugueses podem igualmente aplicar o direito comunitário da concorrência a título incidental, quando tenham de pronunciar-se sobre as consequências cíveis do não respeito das regras de concorrência ³⁶. A competência dos tribunais não está nesta perspectiva limitada nos mesmos termos em que se encontra a das autoridades nacionais ³⁷. Em face da crescente tendência para a descentralização da aplicação do direito comunitário da concorrência, o papel dos tribunais portugueses é também reforçado pelo facto de o Decreto-Lei n.º 371/93 ter vedado às autoridades nacionais a possibilidade de instruírem processos de contra-ordenação por infracção aos artigos 85.º e 86.º do Tratado CE e de aplicarem sanções aos prevaricadores ³⁸.

Não obstante o interesse de que se pode revestir a aplicação do direito comunitário da concorrência a título incidental, as decisões dos tribunais portugueses são escassas. Até hoje nenhum dos acórdãos proferidos pelos tribunais superiores aprofundou a interpretação das regras de concorrência materiais e processuais da Comunidade, tendo a jurisprudência afirmado apenas que os artigos 85.º e 86.º do Tratado CE só visam os acordos e abusos relativamente aos quais seja possível determinar, com um grau suficiente de probabilidade, a susceptibilidade de virem a exercer uma influência directa ou indirecta, actual ou potencial, sobre as correntes de trocas entre Estados membros ³⁹, e reco-

³⁶ Será esse o caso da declaração da nulidade dos acordos restritivos da concorrência (cfr. artigo 85.º, n.º 2, do Tratado CEE e artigo 294.º do Código Civil), da declaração da responsabilidade civil do causador da restrição e da sua condenação a indemnizar os danos causados (cfr. artigo 483.º e seguintes do Código Civil) e da determinação das providências cautelares adequadas a prevenir lesões graves e dificilmente reparáveis decorrentes da infracção (artigos 381.º e seguintes do Código de Processo Civil).

³⁷ Cfr. artigo 9.º, n.º 3, do Regulamento (CEE) n.º 17/62.

³⁸ O n.º 2 do artigo 13.º do Decreto-Lei n.º 422/83 considerava restritivas da concorrência as práticas que como tal fossem qualificadas nas convenções ou acordos internacionais de que Portugal fizesse parte. Esta disposição conferia por isso ao Conselho da Concorrência, enquanto órgão administrativo responsável pela defesa da concorrência a título principal, e aos tribunais de recurso, a possibilidade de fazerem respeitar os artigos 85.º e 86.º do Tratado CE. O Decreto-Lei n.º 371/93 não contém porém qualquer norma semelhante e as atribuições da DGCC, decorrentes da Lei Orgânica do Ministério da Economia, não colmatam a lacuna (cfr. artigo 14.º, n.º 2, alínea e), do Decreto-Lei n.º 222/96, de 25 de Novembro). A ausência de uma disposição equivalente ao n.º 2 do artigo 13.º do Decreto-Lei n.º 422/83 torna assim impossível a aplicação dos artigos 85.º e 86.º do Tratado CE pelas autoridades portuguesas uma vez que o artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de Outubro, em consonância com o princípio da legalidade, estabelece que “só será punido como contra-ordenação o facto descrito e declarado passível de coima por lei anterior ao momento da sua prática”.

³⁹ Cfr. acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 2 de Julho de 1992 no recurso n.º 28 316 e acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 31 de Março de 1993 no recurso n.º 81 441. Neste último o Supremo Tribunal de Justiça entendeu que estando excluída a aplicação do direito comunitário da concorrência não havia qualquer fundamento para lançar mão do artigo 177.º do

nhecido a nulidade dos acordos proibidos pelo artigo 85.º, n.º 1, do Tratado CE enquanto negócios jurídicos contrários à lei⁴⁰.

3. Obstáculos à aplicação do direito comunitário

Dificuldades de diversa ordem têm caracterizado a aplicação do direito comunitário da concorrência e justificado que a ele não se recorra mais vezes. A este respeito há, uma vez mais, que distinguir a aplicação do direito comunitário da concorrência pelas autoridades nacionais, da que é feita pelos tribunais nacionais. Como vimos, a DGCC e o Conselho da Concorrência confrontam-se com uma limitação decisiva: nem o Decreto-Lei n.º 371/93, nem qualquer outra disposição do direito português, estabelece sanções para a violação dos artigos 85.º e 86.º do Tratado CE e reconhece às autoridades portuguesas competência para as aplicar. É pois natural que, por falta dos meios efectivos de coerção, o direito comunitário da concorrência não seja para as autoridades nacionais mais do que uma fonte de inspiração na aplicação do direito nacional análogo.

No entanto, ainda que este obstáculo de direito interno não existisse, outras razões justificariam a pouca aplicação do direito comunitário pelas autoridades nacionais e pelas jurisdições nacionais:

- a) O direito comunitário da concorrência não é porventura ainda suficientemente conhecido pelas empresas, pelos advogados e pelos magistrados, ou, pelo menos, não é tão conhecido quanto o direito nacional;
- b) dada a dimensão do mercado português e das empresas portuguesas, a maioria das práticas restritivas da concorrência têm

Tratado CEE parecendo assim dar a entender que não tem obrigação de efectuar o reenvio para esclarecer dúvidas sobre a questão de saber se determinado comportamento é, ou não, susceptível de afectar o comércio entre Estados membros. Esta posição foi confirmada em acórdão de 3 de Julho de 1993 que se pronunciou sobre a arguição de nulidades da sentença. Note-se que a jurisprudência evoluiu positivamente uma vez que em acórdão de 6 de Abril de 1992 relativo ao processo n.º 79 744, sobre factualidade semelhante, o Supremo Tribunal de Justiça havia afirmado que os acordos entre empresas sediadas em Portugal e relativos ao comércio interno português não eram susceptíveis de afectar o comércio entre Estados membros. Em acórdão de 14 de Janeiro de 1993, a propósito da arguição de nulidade por razões análogas, o Supremo Tribunal de Justiça entendeu que a errada aplicação dos artigos 85.º e 86.º constitui tão-somente um erro de decisão insusceptível de determinar a nulidade da sentença.

⁴⁰ Cfr. acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 18 de Abril de 1991 no recurso n.º 4404.

efeitos essencialmente domésticos, carecendo de “dimensão comunitária” e encontrando-se abrangidas pela comunicação *de minimis*;

- c) a aplicação do direito comunitário pode revelar-se bastante mais complexa do que a do direito nacional, não apenas em virtude de depender da verificação do requisito suplementar da afectação do comércio entre Estados membros, mas também devido à circunstância de qualquer interessado poder suscitar questões que necessitem de esclarecimento pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias ou de avaliação pela Comissão ⁴¹, muitas vezes apenas com intuítos dilatatórios;
- d) a “dependência interpretativa” dos tribunais nacionais no que respeita à aplicação do direito comunitário leva-os frequentemente a preferir a aplicação do direito nacional, e a tomar o direito comunitário apenas como fonte de inspiração;
- e) a autonomia relativa do direito nacional e do direito comunitário da concorrência e a possibilidade de ambos serem simultaneamente aplicáveis ⁴², justifica uma preferência natural pela aplicação do direito interno;
- f) por último, não sendo clara a repartição de competências entre as autoridades nacionais e a Comissão, a circunstância de esta poder chamar a si a exclusividade de aplicação do direito comunitário – sempre que o entenda conveniente e mediante a simples abertura de um processo – dissuade a colocação da questão da aplicação do direito comunitário à DGCC e ao Conselho da Concorrência.

Alguns dos factores que inibem a aplicação do direito da concorrência comunitário em Portugal poderiam ser removidos mediante a alteração dos ordenamentos material e processual vigentes. No que se refere ao direito português afigura-se-nos, sobretudo, indispensável ressuscitar o disposto no artigo 13.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 422/83 que considerava igualmente

⁴¹ Em Portugal, apesar de não serem muitos os casos de aplicação do direito comunitário pelas autoridades e jurisdições nacionais, foram detectadas situações em que as partes poderão ter suscitado a questão da necessidade de um reenvio prejudicial com o objectivo de atrasar a decisão judicial ou de impedir a aplicação do direito nacional (cfr. acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 31 de Março de 1993 no recurso n.º 81 441) e em que os arguidos pretenderam afastar a aplicação do direito nacional e o arquivamento dos processos de contra-ordenação com fundamento na circunstância de a matéria ter sido entretanto submetida à aplicação do direito comunitário (cfr. CONSELHO DA CONCORRÊNCIA, Lisboa – *Relatório de Actividade*, 1988, p. 45-67).

⁴² Com a excepção apenas do artigo 85.º, n.º 3, do Tratado CE e do controlo das concentrações.

restritivas da concorrência todas as práticas como tal qualificadas nas convenções ou acordos internacionais de que Portugal fosse parte. Por esta via se estabelecia a ilicitude contra-ordenacional da violação dos artigos 85.º e 86.º do Tratado CE e se reconhecia à DGCC e ao Conselho da Concorrência competência para instruir os necessários processos de contra-ordenação e aplicar as coimas previstas no direito interno.

4. A harmonização do direito nacional relativo à aplicação do direito comunitário

Do ponto de vista substantivo o direito português da concorrência é muito semelhante ao direito comunitário, não havendo necessidade de adaptação nesta matéria. Do ponto de vista processual, uma vez restabelecida a competência das autoridades nacionais para a aplicação do direito comunitário, seguir-se-á o procedimento previsto no Decreto-Lei n.º 371/93 e no Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de Outubro, que tem para o direito comunitário os mesmos inconvenientes que para o direito nacional. Na perspectiva do direito comunitário, o esclarecimento da repartição das competências entre a Comissão e as autoridades nacionais, tal como proposto na comunicação da Comissão sobre a matéria⁴³, poderá contribuir para incentivar uma maior aplicação dos artigos 85.º e 86.º pela DGCC e pelo Conselho da Concorrência⁴⁴. Apesar das afinidades existentes entre o direito nacional e o direito comunitário, em diversos aspectos o processo de aplicação das regras de concorrência portuguesas deveria ser melhorado:

- a) Ao Conselho deveria ser assegurada a possibilidade de acompanhar a fase instrutória por forma a que esta se adapte melhor à perspectiva da decisão;
- b) até ao envio do relatório final ao Conselho da Concorrência, a DGCC deveria ter a possibilidade de arquivar os processos de contra-ordenação mediante o acordo dos queixosos para os compromissos de cessação das infracções obtidos dos arguidos, uma vez ouvido o Conselho;

⁴³ Cfr. JO C 262, de 10.9.1996, p. 5-13.

⁴⁴ Algumas das entidades e profissionais consultados notaram também que a circunstância de o artigo 85.º, n.º 3, só poder ser aplicado pela Comissão desincentivaria a aplicação do direito comunitário pelas autoridades e, sobretudo, pelas jurisdições nacionais.

- c) os queixosos deveriam ser informados do andamento do processo e deveriam poder consultá-lo pelo menos a partir do momento em que o arguido fosse notificado da nota de ilicitude;
- d) tanto os arguidos como os queixosos deveriam ser notificados do relatório final da DGCC remetido ao Conselho para sobre o mesmo se pronunciarem;
- e) as sanções deveriam contemplar a possibilidade de cálculo com base no volume de negócios;
- f) das decisões do Conselho deveria caber recurso por parte do arguido ou do queixoso apenas para o Tribunal da Relação e, subsequentemente, para o Supremo Tribunal de Justiça.

B. A APLICAÇÃO DO DIREITO COMUNITÁRIO PELOS TRIBUNAIS NACIONAIS

1. Duração dos processos

Não existindo estatísticas disponíveis sobre a duração média dos processos em primeira instância, as conclusões relativas a esta matéria baseiam-se sobretudo na experiência, muito variada, dos advogados e das sociedades de advogados. Antes de mais, no direito processual português os processos podem, ou não, ter um carácter urgente. As acções declarativas – sejam de simples apreciação⁴⁵ ou de condenação⁴⁶ – seguem normalmente a forma de processo comum ordinário⁴⁷ e não são qualificadas como urgentes. Diversamente, as providências cautelares têm carácter urgente, precedendo os respectivos actos sobre o restante serviço judicial⁴⁸. Das sentenças e despachos judiciais que conheçam do mérito da causa pode apelar-se para o Tribunal da Relação⁴⁹ e do acórdão desta pode em regra interpor-se recurso de revista para o Supremo Tribunal de Justiça⁵⁰.

⁴⁵ Em que se vise, por exemplo, apenas a declaração de nulidade de uma cláusula contratual restritiva da concorrência por incompatível com o artigo 85.º do Tratado CE.

⁴⁶ Em que se pretenda que a outra parte seja condenada a cessar determinada conduta, ou a pagar uma indemnização pelos prejuízos derivados de uma prática restritiva da concorrência.

⁴⁷ Só excepcionalmente se empregará a forma sumária ou sumaríssima do processo de declaração uma vez que, pela natureza dos litígios, o valor da causa excederá normalmente a alçada da Relação (cfr. artigo 462.º do CPC).

⁴⁸ Cfr. artigo 382.º do CPC.

⁴⁹ Cfr. artigo 691.º do CPC.

⁵⁰ Cfr. artigo 721.º do CPC.

A experiência demonstra ser muito difícil prever a duração de um processo comum ordinário em primeira instância. Na prática o ritmo e a rapidez com que se desenrola a marcha do processo dependem em larga medida da complexidade do caso, dos incidentes que a propósito do mesmo se suscitam, da personalidade do juiz, do volume de trabalho que lhe é distribuído e da eficiência da secretaria. No mesmo tribunal há juízos e secções onde as diversas fases são percorridas com apreciável rapidez, e outros onde o processo se pode arrastar por diversos anos, ou onde a dactilografia de um simples despacho é capaz de levar meses. Não obstante, entre a propositura da acção e a sentença pode considerar-se normal, não existindo incidentes ou outros percalços, o decurso de ano e meio. São contudo porventura mais frequentes as situações em que este prazo é ultrapassado do que aquelas em que é reduzido.

2. Providências cautelares

Os artigos 381.º e seguintes do Código do Processo Civil admitem a possibilidade de se requererem ao tribunal as providências cautelares adequadas a assegurar a efectividade do direito ameaçado. Para tanto é necessário que se verifique a existência de fundado receio de que outrem cause uma lesão grave e dificilmente reparável de um direito do requerente. As providências cautelares podem ser decretadas mesmo antes da propositura da acção principal⁵¹. Apesar de o procedimento respeitar normalmente o princípio do contraditório⁵² – admitindo oposição escrita e audiência – a decisão final pode ser obtida no espaço de dois a seis meses. Até ao momento, não há porém jurisprudência dos tribunais portugueses relativa à determinação de providências cautelares fundadas na violação do direito da concorrência, seja ele nacional ou comunitário.

A jurisprudência tem entendido que quatro pressupostos devem estar reunidos para que uma providência cautelar seja ordenada: a existência de um *fumus boni juris*, ou seja, da forte probabilidade da existência de um direito; o risco sério de que, na ausência da providência, seja causada lesão grave e dificilmente reparável; o *periculum in mora*, isto é, a necessidade da providência para prevenir a lesão e assegurar a efectividade do direito; a pro-

⁵¹ Cfr. artigo 383.º do CPC.

⁵² Cfr. artigo 385.º do CPC.

porcionalidade da providência, ou, por outras palavras, não ser ela causadora de dano maior do que aquele que visa prevenir. Os tribunais portugueses têm sido porventura demasiado exigentes na avaliação dos requisitos relacionados com o nexo de causalidade, com a natureza irreparável da lesão ⁵³ e com a aplicação do critério da proporcionalidade, ignorando o real *periculum in mora* decorrente da excessiva duração dos processos.

3. Acatamento das providências cautelares

Estando a providência sempre dependente de uma causa que tenha por fundamento o direito acatelado ⁵⁴, caso seja ordenada antes de proposta a acção principal, o requerente deve instaurá-la no prazo de trinta dias sob pena de caducidade. As decisões que decretam as providências cautelares são normalmente acatadas pelos destinatários uma vez que, caso contrário, incorrem em crime de desobediência, cominação aplicável também aos representantes das pessoas colectivas ⁵⁵. As providências cautelares podem ser substituídas por caução adequada – desde que esta se mostre suficiente para prevenir a lesão ou repará-la integralmente ⁵⁶ – e a decisão que as defira é susceptível de recurso de agravo, embora sem efeito suspensivo. Na prática, os destinatários da providência, embora a respeitem, solicitam normalmente a sua substituição por caução e recorrem para o Tribunal da Relação.

4. Questões em aberto na aplicação do direito comunitário da concorrência pelos tribunais nacionais

Até 1996 parece ter constituído jurisprudência dominante do Supremo Tribunal de Justiça que a violação do direito português da concorrência não pode fundamentar qualquer pretensão indemnizatória decorrente de responsabilidade civil por facto ilícito. Apesar de ser incumbência prioritária do Estado assegurar a equilibrada concorrência entre agentes económicos ⁵⁷ e de o artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 422/83 ter esclarecido que a defesa da concor-

⁵³ Os tribunais têm tendência para considerar como não sendo dificilmente reparáveis os danos indemnizáveis.

⁵⁴ Cfr. artigo 383.º do CPC.

⁵⁵ Cfr. artigo 391.º do CPC.

⁵⁶ Cfr. artigo 387.º do CPC.

⁵⁷ Cfr. artigo 81.º, alínea f), da Constituição da República.

rência visa garantir a sua liberdade de acesso ao mercado, o Supremo Tribunal de Justiça vem entendendo que o reconhecimento desse interesse particular não confere aos respectivos titulares qualquer direito subjectivo⁵⁸. Uma inflexão desta jurisprudência será certamente bem-vinda e poderá ter sido já anunciada em acórdão de 20.5.1997 que, admitindo os demais pressupostos da responsabilidade delitual, mandou baixar os autos para novo julgamento da causa destinado a ampliar a decisão de facto relativa à questão do nexo causal⁵⁹.

A manter-se a corrente jurisprudencial que vem entendendo o Decreto-Lei n.º 371/93 apenas como um instrumento de regulação da economia na perspectiva do interesse público, ou seja, incapaz de conferir aos agentes económicos qualquer direito subjectivo⁶⁰, é também possível que venham a levantar-se obstáculos à determinação de providências cautelares adequadas a prevenir os danos causados pela violação do direito da concorrência. A determinação da suspensão ou modificação cautelar das práticas restritivas da concorrência ficará assim reservada ao Conselho da Concorrência, ao abrigo do artigo 24.º do Decreto-Lei n.º 371/93, limitação que é tanto mais absurda quanto o Conselho pode justamente ordenar medidas preventivas, não apenas no interesse do desenvolvimento económico e social, mas também no interesse dos agentes económicos⁶¹.

5. A cooperação entre a Comissão e os tribunais nacionais

Os tribunais portugueses podem ordenar a suspensão da instância por qualquer motivo justificado⁶², designadamente, devido à pendência de uma causa prejudicial, ou em virtude de qualquer outra situação similar. O direito processual nacional permite, conseqüentemente, a implementação dos mecanismos de cooperação com a Comissão previstos na Comunicação de 13 de Fevereiro de 1993, ou seja, que os tribunais aguardem que a Comissão se pronuncie, tanto no que respeita à confirmação do carácter ilícito de acordos e

⁵⁸ Cfr. acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 8 de Junho de 1995 no recurso n.º 86 365 e de 21 de Março de 1996 no recurso n.º 87 823.

⁵⁹ Cfr. acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 20.5.1997 no recurso n.º 916/96.

⁶⁰ Cfr. acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 8 de Junho de 1995 no recurso n.º 86 365 e de 21 de Março de 1996 no recurso n.º 87 823.

⁶¹ Cfr. artigo 24.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 371/93.

⁶² Cfr. artigo 279.º do CPC.

abusos de posição dominante relativamente aos quais a Comissão tenha dado início a um processo, como no que se refere a acordos notificados normalmente susceptíveis de isenção.

Até ao momento não há notícia de que os tribunais portugueses se tenham prevalecto da Comunicação de 13 de Fevereiro de 1993 sobre a cooperação entre a Comissão e as jurisdições nacionais relativamente à aplicação dos artigos 85.º, n.º 1, e 86.º do Tratado CE. Nada impede, porém, que tal venha a suceder no futuro. Não obstante, convirá realçar que, contrariamente ao que na dita Comunicação se dá a entender, as jurisdições portuguesas não têm, em nenhuma circunstância, qualquer obrigação de suspender a instância⁶³. Efectivamente o sistema do Regulamento n.º 17/62 continua a ser o de “controlo prévio obrigatório” pelo que os tribunais nacionais podem com absoluta justificação entender que o prosseguimento do processo em nada viola o dever de cooperação do artigo 5.º do Tratado CE.

Além disso – sem prejuízo das vantagens da cooperação com a Comissão, designadamente quanto à avaliação das probabilidades de isenção, e das perspectivas do seu desenvolvimento e melhoramento que em muito dependerão da capacidade e rapidez de resposta às solicitações das jurisdições nacionais – as soluções preconizadas pela Comunicação suscitam algumas reservas⁶⁴ porquanto podem ofender a concepção civilista tradicional da nulidade dos negócios jurídicos⁶⁵ e, além disso, o estatuto de independência do poder judicial, privilegiando o esclarecimento trazido por uma autoridade administrativa em matérias que não são da sua competência exclusiva, à cooperação com o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias no âmbito do reenvio prejudicial⁶⁶.

⁶³ Cfr. parágrafo 30.

⁶⁴ Cfr. Parecer do Conselho da Concorrência (CONSELHO DA CONCORRÊNCIA, Lisboa – *Relatório de Actividade*, 1992, p. 107-112).

⁶⁵ Insanável, invocável a todo o tempo e declarável oficiosamente pelo tribunal com efeito retroactivo (cfr. artigos 285.º e seguintes do Código Civil).

⁶⁶ Esta crítica não abrange, pois, a cooperação com a Comissão no âmbito da aferição da probabilidade de isenção.

C. A APLICAÇÃO DO DIREITO COMUNITÁRIO PELAS AUTORIDADES NACIONAIS

1. Poderes das autoridades nacionais

Como foi anteriormente referido, com a publicação do Decreto-Lei n.º 371/93 a DGCC e o Conselho da Concorrência deixaram de ter competência para aplicar quaisquer sanções relacionadas com a violação dos artigos 85.º e 86.º do Tratado CE. Por essa razão o direito comunitário da concorrência não é hoje, para as autoridades nacionais, mais do que uma fonte de inspiração na aplicação do direito nacional. Este factor de inibição pode ser removido mediante a alteração da actual legislação, consagrando-se de novo a ilicitude contra-ordenacional da violação dos artigos 85.º e 86.º do Tratado CE e reconhecendo-se à DGCC e ao Conselho da Concorrência competência para instruírem os necessários processos de contra-ordenação e aplicarem as coimas previstas no direito interno.

2. A aplicação do direito comunitário pelas autoridades nacionais

Como acima se indicou, não obstante ter sido possível – desde o início da vigência do Decreto-Lei n.º 422/83 e até à entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 371/93 – a determinação de sanções pela violação do direito comunitário, as decisões do Conselho da Concorrência relativas aos artigos 85.º e 86.º do Tratado CE pronunciaram-se apenas sobre a aplicação dessas disposições aos casos *sub judice* e nunca usaram a referida faculdade. Foi o que sucedeu a propósito da não aplicação dos Regulamentos CEE n.ºs 1983/83 e 1984/83 ao sistema de distribuição de cervejas ⁶⁷, à aplicação do Regulamento (CEE)

⁶⁷ Esta decisão parece ter sido ditada pelo objectivo de encontrar uma solução rápida para um potencial problema de acesso ao mercado. Na verdade, se por um lado o Conselho se recusou a aplicar os Regulamentos comunitários de isenção por categoria, por outro, condenou a proibição de venda de produtos concorrentes imposta pela Centralcer aos distribuidores de modo a permitir a utilização do circuito de distribuição da Centralcer – empresa com 53% da quota de mercado da cerveja – por potenciais concorrentes. Dada a importância da empresa, o conjunto de acordos de distribuição era obviamente susceptível de dificultar o acesso ao mercado português por parte de outros fabricantes. Aparentemente, a recusa da aplicação dos Regulamentos CEE n.ºs 1983/83 e 1984/83 só pode ser explicada pela vontade de torpear as exigências de rigor processual que fariam depender a proibição da cláusula de não concorrência da prévia retirada do benefício da isenção por categoria pela Comissão (cfr. decisão de 17.12.1986 no processo de contra-ordenação n.º 5/86 (CONSELHO DA CONCORRÊNCIA, Lisboa – *Relatório de Actividade*, 1986, p. 88 e s.).

n.º 123/85 à generalidade dos acordos e redes de distribuição de âmbito nacional ⁶⁸, à não aplicação do Regulamento (CEE) n.º 123/85 aos contratos de distribuição dos veículos *Volkswagen* ⁶⁹, e à aplicação do Regulamento (CEE) n.º 1984/83 aos contratos entre a *BP* e os revendedores de combustíveis liquefeitos destinados ao consumo doméstico ⁷⁰.

3. Experiência das autoridades nacionais

O Conselho da Concorrência foi instituído pelo Decreto-Lei n.º 422/83, de 3 de Dezembro, os seus membros foram nomeados pelo Primeiro-Ministro em 21.5.1984 e o início dos seus trabalhos teve lugar em 6.6.1984, ainda antes da posse pública. As primeiras medidas de organização de processo datam ainda de 1984, ano em que foram também emitidos 7 pareceres. A primeira decisão foi proferida em 13.2.1985 ⁷¹. Foi também o Decreto-Lei n.º 422/83 que cometeu à actual DGCC as diversas competências de que dispõe no âmbito do direito e da política de concorrência, designadamente a de identificar as práticas restritivas susceptíveis de infringir a lei e a de proceder à organização e instrução dos respectivos processos de contra-ordenação.

⁶⁸ Cfr. CONSELHO DA CONCORRÊNCIA, Lisboa – *Relatório de Actividade*, 1987, p. 102-107. Neste parecer o Conselho, baseando-se no considerando n.º 29 do Regulamento (CEE) n.º 123/85, admitiu que a aproximação das políticas de concorrência a nível nacional e comunitário e a própria primazia do direito comunitário possa ter limites relacionados com exigências imperativas de defesa da concorrência no mercado nacional. As diferenças de mercado e de desenvolvimento podem por vezes justificar orientações de política de concorrência contrárias às preconizadas pela Comissão.

⁶⁹ Cfr. CONSELHO DA CONCORRÊNCIA, Lisboa – *Relatório de Actividade*, 1991, p. 37-53.

⁷⁰ Neste caso – em que estava em causa a questão de saber se uma recusa de venda era ou não justificável por força do sistema de distribuição posto em prática pela *BP* – o Conselho concluiu que, mesmo no caso de a afectação do comércio intracomunitário ser pouco sensível e de o Regulamento (CEE) n.º 1984/83 não ser por isso aplicável, deveria a isenção prevista no artigo 15.º do Decreto-Lei n.º 422/83 ser decretada em consonância com a orientação do dito Regulamento (cfr. CONSELHO DA CONCORRÊNCIA, Lisboa – *Relatório de Actividade*, 1993, p. 97-105).

⁷¹ Cfr. CONSELHO DA CONCORRÊNCIA, Lisboa – *Relatório de Actividade*, 1984-1985, p. 7 e 26-33.

4. Harmonização do direito processual de aplicação das regras de concorrência

A aplicação do direito da concorrência em Portugal segue duas vias processuais distintas consoante esteja em causa um processo de contra-ordenação – regulado por processo próprio em conformidade com o Decreto-Lei n.º 433/82 – ou um processo de controlo prévio – regulado simultaneamente pela Portaria n.º 1097/93, de 29 de Outubro, e pelo Código de Procedimento Administrativo. No caso do processo de contra-ordenação pretende-se – na sequência de uma queixa ou por iniciativa das autoridades competentes – apurar a existência de uma infracção punível com coima. No caso do processo de controlo prévio são as próprias empresas que, ao abrigo de um diploma especial ⁷², solicitam ao Conselho da Concorrência que se pronuncie sobre a legalidade de determinado acordo ou sobre a possibilidade da sua isenção.

Antes de aberta a instrução pela DGCC, ou seja, antes de iniciado o processo de contra-ordenação propriamente dito, o procedimento tem natureza estritamente administrativa, aplicando-se-lhe o Código de Procedimento Administrativo (CPA). Admite-se que, nesta fase, o queixoso possa eventualmente prevalecer-se de certos direitos tais como o direito à informação sobre o andamento do processo e o direito de considerar tacitamente indeferido o pedido de intervenção da DGCC caso esta não seja iniciada no prazo legal de 90 dias (cfr. artigo 109.º do CPA). Nestas condições o queixoso pode, pelo menos teoricamente, socorrer-se dos meios legais de oposição à carência da administração, tais como a reclamação, ou a impugnação por via de recurso hierárquico.

Uma vez iniciado o processo de contra-ordenação, o arguido tem os direitos de audiência e defesa constitucionalmente garantidos ⁷³. O processo contra-ordenacional rege-se subsidiariamente pelas disposições do processo penal ⁷⁴ e reconhece expressamente ao arguido o direito de se fazer acompanhar por advogado ⁷⁵ e o direito de audiência e defesa antes de ser determinada qualquer sanção ⁷⁶. A decisão do Conselho da Concorrência que aplicar sanções tem de ser fundamentada ⁷⁷ e é susceptível de impugnação judi-

⁷² Cfr. a Portaria n.º 1097/93, de 29 de Outubro.

⁷³ Cfr. artigo 32.º, n.º 10, da Constituição da República.

⁷⁴ Cfr. artigo 41.º do Decreto-Lei n.º 433/82.

⁷⁵ Cfr. artigo 53.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 433/82.

⁷⁶ Cfr. artigo 50.º do Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de Outubro, e artigo 25.º do Decreto-Lei n.º 371/93.

⁷⁷ Cfr. artigo 58.º do Decreto-Lei n.º 433/82.

cial ⁷⁸, sendo neste caso proibida a *reformatio in pejus* ⁷⁹. A consulta do processo por parte do arguido é limitada pelo dever de sigilo e de protecção dos segredos de negócio ⁸⁰ e as disposições do Código de Processo Penal em matéria de segredo de justiça restringem a consulta do auto e a obtenção de certidões antes de concluída a instrução ⁸¹.

O processo de controlo prévio ao abrigo da Portaria n.º 1097/93, de 29 de Outubro, tem índole estritamente administrativa sendo-lhe aplicáveis as disposições do Código de Procedimento Administrativo. As empresas que solicitarem a apreciação graciosa dos seus comportamentos têm o direito de consultar o processo e de obter certidões do mesmo com excepção das partes que revelem segredos industriais ou comerciais ⁸². Uma vez concluída a instrução, as empresas interessadas têm ainda o direito de ser ouvidas antes de ser tomada a decisão final ⁸³. Os terceiros directamente interessados podem também apresentar as suas observações relativamente ao conteúdo essencial do pedido obrigatoriamente publicado no *Diário da República* e num jornal de expansão nacional ⁸⁴. Os requerentes podem também, nos termos gerais, reclamar da decisão ou impugná-la.

O aspecto mais frágil do sistema processual vigente em Portugal diz respeito aos direitos do queixoso no processo de contra-ordenação. A DGCC tem-lhe reconhecido o direito de ser informado sobre o andamento do processo em conformidade com o disposto no artigo 61.º do Código de Procedimento Administrativo. Contudo os direitos de que dispõe parecem não ir além disso. Em geral o procedimento é indiferente à posição do queixoso. Feita a queixa, o denunciante não vê assegurada qualquer articulação entre a sua intervenção e as diversas fases do processo. Pode certamente carrear aos autos os elementos de informação e as apreciações que bem entender. Mas não pode estabelecer qualquer relação dialéctica entre essa contribuição, os resultados da instrução e a tendência decisória do Conselho.

Acresce que o Decreto-Lei n.º 371/93 não contém qualquer referência à legitimidade para recorrer de uma decisão de arquivamento. O artigo 59.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 433/82 expressamente afirma que a decisão sancionatória

⁷⁸ Cfr. artigos 59.º e seguintes do Decreto-Lei n.º 433/82, e artigo 28.º do Decreto-Lei n.º 371/93.

⁷⁹ Cfr. artigo 72.º do Decreto-Lei n.º 433/82.

⁸⁰ Cfr. artigos 19.º e 25.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 371/93.

⁸¹ Cfr. artigos 86.º e 89.º do Código de Processo Penal.

⁸² Cfr. artigo 62.º do Código de Procedimento Administrativo.

⁸³ Cfr. artigo 100.º do Código de Procedimento Administrativo.

⁸⁴ Cfr. artigo 11.º da Portaria n.º 1097/93.

pode ser impugnada pelo arguido ou pelo seu defensor. A constituição do queixoso como assistente ou como parte civil no processo de contra-ordenação é duvidosa ⁸⁵ pondo conseqüentemente em causa a sua legitimidade para recorrer à luz das disposições do processo penal subsidiariamente aplicáveis ⁸⁶. Por outro lado, os tribunais têm perspectivado restritivamente a legitimidade do queixoso enquanto “pessoa directa e efectivamente prejudicada pela decisão” nos termos do artigo 680.º do Código de Processo Civil. Na prática o Conselho da Concorrência tem, por norma, admitido o recurso, mas as decisões judiciais têm sido desencontradas ⁸⁷.

5. Actividade e eficácia das autoridades nacionais

O quadro de pessoal da DGCC é actualmente composto por cerca de 200 funcionários dos quais apenas cerca de 70 podem ser qualificados como quadros técnicos superiores. A Direcção-Geral exerce porém diversos tipos de atribuições para além das que lhe são cometidas pelo Decreto-Lei n.º 371/93. Cabe-lhe, em especial, aplicar e fiscalizar os diversos regimes de controlo de preços e superintender em vários domínios relacionados com o acesso e exercício das actividades comerciais. O Conselho da Concorrência, composto por um presidente e seis vogais, é apoiado por um secretariado administrativo e assessorado apenas por dois técnicos superiores. O Conselho, sendo um órgão independente, não tem qualquer relação hierárquica, nem com o Ministro da Economia, nem com a Direcção-Geral. Esta procede à instrução dos processos, elabora um relatório final sobre os mesmos, e remete-os ao Conselho da Concorrência para decisão. O Conselho pode solicitar a realização de diligências complementares de instrução, ou efectuá-las ele mesmo, não existindo qualquer outro mecanismo de coordenação com a Direcção-Geral durante a fase de instrução.

A escassez de recursos humanos e técnicos qualificados e a sua deficiente organização, a inexistência de mecanismos de coordenação que assegurem uma maior sintonia entre a Direcção-Geral e o Conselho e a subordinação das prioridades instrutórias da Direcção-Geral às conveniências políticas do

⁸⁵ Cfr. artigos 68.º e 74.º do Código de Processo Penal.

⁸⁶ Cfr. artigo 401.º do Código de Processo Penal.

⁸⁷ Assim o acórdão da 6.ª Secção do Tribunal da Relação de Lisboa de 3.12.1991, no Proc. n.º 2482 julgou o queixoso carecido de legitimidade para recorrer. Em contrapartida, a sentença do Tribunal de Pequena Instância Criminal de Lisboa, de 2.5.1994, no Proc. n.º 1/93, reconheceu legitimidade ao queixoso e admitiu o recurso.

Governo são porventura as principais causas de uma irregular eficácia da política de concorrência em Portugal. Se é certo que em inúmeros casos a actuação das autoridades pode ter sido julgada acertada e oportuna, e que, inclusivamente, nos últimos anos, se assistiram a alguns episódios de pragmatismo e informalismo por parte da Direcção-Geral, também é verdade que foram diversos os processos que as conveniências políticas votaram ao esquecimento e alguns aqueles em que as autoridades competentes se mostraram incapazes de intervir atempadamente deixando a resolução dos problemas nas mãos do Governo e, inclusivamente, da Assembleia da República.

Entre 1984 e 1996 o Conselho da Concorrência adoptou 75 decisões em processos de contra-ordenação, 40 relativas a acordos entre empresas e 12 relativas a abusos de posição dominante, sendo as restantes decisões sobre práticas individuais restritivas⁸⁸. Destes 75 processos, 49 tiveram origem em queixas submetidas directa ou indirectamente por interessados de diversa ordem e 26 em iniciativas da Direcção-Geral do Comércio e Concorrência e, por vezes, do próprio Conselho da Concorrência. Durante o mesmo período, apenas 9 processos de controlo prévio foram abertos a pedido de empresas interessadas na declaração de legalidade ou na isenção de acordos restritivos da concorrência⁸⁹. Das 75 decisões adoptadas pelo Conselho entre 1984 e 1996, apenas 47 proibiram as práticas em causa ou exigiram a sua modificação⁹⁰.

6. Iniciativa das autoridades nacionais

Os dados anteriormente referidos permitem concluir que apenas cerca de 35% dos processos de contra-ordenação teve origem na iniciativa das autoridades competentes. Se tivermos em conta que, normalmente, os processos relativos às práticas individuais são de iniciativa particular, a DGCC abriu officiosamente apenas cerca de 22% dos processos com base nos quais foram adoptadas decisões relativas a acordos entre empresas e a abusos de posição dominante.

⁸⁸ Cfr. CONSELHO DA CONCORRÊNCIA, Lisboa – *Relatório de Actividade*, 1991, p. 21-26 e *Relatório de Actividade* 1996, *Diário da República*, II Série, de 31.12.1996, p. 195-197.

⁸⁹ Conclusões extraídas dos relatórios de actividade do Conselho da Concorrência de 1984 a 1996.

⁹⁰ Cfr. CONSELHO DA CONCORRÊNCIA, Lisboa – *Relatório de Actividade*, 1991, p. 21-26 e *Relatório de Actividade*, 1996, *Diário da República*, II Série, de 31.12.1996, p. 195-197. Em média, contando com os pedidos de controlo prévio, o Conselho adopta 6 a 7 decisões por ano, 3 a 4 das quais são condenatórias.

7. Controlo jurisdicional das decisões das autoridades nacionais

Como vimos, das decisões do Conselho da Concorrência cabe recurso para o tribunal judicial da comarca de Lisboa⁹¹. O recurso tem efeito meramente devolutivo excepto no que respeita à aplicação de coimas, matéria relativamente à qual o efeito é suspensivo. O tribunal pode anular ou reduzir as coimas e pode também anular ou modificar a decisão que ordene a cessação das práticas restritivas. A decisão do Conselho não pode todavia ser modificada em prejuízo dos arguidos⁹². Entre 1984 e 1996 o Conselho da Concorrência adoptou 47 decisões condenatórias em processos de contra-ordenação. Destas decisões foram interpostos 33 recursos, tendo 10 sido julgados improcedentes, outros 10 considerados procedentes e 4 recusados por extemporaneidade ou irrecurribilidade da decisão⁹³.

Um dos aspectos mais justamente criticados do sistema processual português prende-se com o controlo jurisdicional das decisões do Conselho da Concorrência. Com efeito, se as decisões do Conselho da Concorrência aplicarem coimas, cabe recurso para o Tribunal de Pequena Instância Criminal de Lisboa⁹⁴, e da decisão deste cabe ainda recurso para o Tribunal da Relação de Lisboa. Todavia, se a decisão se limitar a ordenar a cessação ou a modificação da prática restritiva da concorrência, cabe recurso para o Tribunal Cível da Comarca de Lisboa e da decisão deste para o Tribunal da Relação de Lisboa. Acresce que, se a questão da aplicação do direito da concorrência for suscitada incidentalmente em processo cível, a matéria pode vir a ser decidida pelo Supremo Tribunal de Justiça em última instância. Na prática, o sistema de recurso para qualquer dos tribunais de primeira instância não contribui para dignificar as decisões do Conselho nem para assegurar a uniformidade da jurisprudência. Por outro lado, é criticável que uma questão de direito da concorrência não possa ser apreciada pelo Supremo Tribunal de Justiça quando se suscita a propósito do recurso de uma decisão do Conselho, e possa sê-lo a propósito de um litígio entre particulares.

⁹¹ Cfr. artigo 59.º do Decreto-Lei n.º 433/82 e artigo 28.º do Decreto-Lei n.º 371/93.

⁹² Cfr. artigo 72.º do Decreto-Lei n.º 433/82.

⁹³ Cfr. CONSELHO DA CONCORRÊNCIA, Lisboa – *Relatório de Actividade*, 1991, p. 21-26 e *Relatório de Actividade*, 1996, *Diário da República*, II Série, de 31.12.1996, p. 195-197.

⁹⁴ Trata-se de uma categoria de tribunais com competência em matéria de pequenos delitos e de modo algum vocacionados para a análise de questões com o grau de complexidade das que se colocam a propósito da aplicação do direito da concorrência.

8. Cooperação entre as autoridades nacionais e a Comissão

Não existem, aparentemente, mecanismos especiais de coordenação entre a actividade das autoridades portuguesas, em especial a DGCC, e a da Comissão Europeia. A DGCC considera, não obstante, que até aqui as relações com a Comissão se vêm articulando de uma forma positiva ao nível da transmissão da documentação e de informações relativas aos processos. Admite todavia que poderia ser útil alargar o âmbito das discussões preparatórias dos assuntos objecto de discussão formal obrigatória por forma a facilitar o seu acompanhamento por parte das autoridades nacionais competentes.

No caso português, a cooperação entre as autoridades competentes e a Comissão Europeia, designadamente no âmbito da execução das orientações resultantes da Comunicação sobre o assunto, pode vir a confrontar-se com alguns problemas adicionais. Na realidade não pode esquecer-se que só a DGCC tem assento nos comités consultivos. Ora a competência da Direcção-Geral esgota-se na instrução e apenas o Conselho da Concorrência tem poderes de decisão. Até hoje o Conselho tem sido mantido afastado do relacionamento com a Comissão. Neste contexto pode perguntar-se que garantias pode a Direcção-Geral dar à Comissão relativamente à repartição de tarefas e à cessação das práticas restritivas.

D. A APLICAÇÃO DO DIREITO COMUNITÁRIO PELOS INSTITUTOS REGULADORES NACIONAIS

1. Poderes dos institutos reguladores nacionais

A DGCC e o Conselho da Concorrência são as únicas entidades competentes para aplicação do direito da concorrência. Não obstante, em certos casos o Conselho da Concorrência não pode adoptar decisões sem prévia consulta dos institutos reguladores. É o que sucede no que se refere às medidas de suspensão preventiva das práticas proibidas que não podem ser determinadas sem ter sido ouvido, consoante os casos, o Banco de Portugal, a Comissão do Mercado dos Valores Mobiliários ou o Instituto de Seguros de Portugal ⁹⁵.

⁹⁵ Cfr. artigo 24.º do Decreto-Lei n.º 371/93.

Alguns diplomas relativos ao exercício de determinadas actividades económicas, fazendo uso de uma técnica legislativa de duvidoso interesse, prevêm expressamente o dever de respeito pelo direito da concorrência, mas não conferem aos institutos reguladores qualquer competência nesse domínio ⁹⁶. Outros, determinam expressamente a exclusão da aplicação das regras de concorrência a certas práticas ⁹⁷.

2. Regimes de homologação administrativa de preços convencionados

Com a publicação da Portaria n.º 450/83, de 19 de Abril, foi instituído em Portugal, para os produtos ou sectores determinados pelo Governo, um regime de controlo de preços nos termos do qual os aumentos máximos são acordados entre a DGCC e associações empresariais, ou entre a DGCC e certas empresas. Uma vez subscrita a convenção de preços podem a ela aderir empresas não associadas e a prática de preços superiores ao acordado é considerada crime de especulação. Em alguns casos os organismos reguladores intervêm nestas convenções que por vezes são também ratificadas pelos Ministérios da tutela. Em 1997, por exemplo, foram concluídas convenções de preços com a EDP – Electricidade de Portugal, com a GDL – Sociedade Distribuidora de Gás Natural de Lisboa, S.A., com a APEL – Associação Portuguesa de Editores e Livreiros, com a ANTRAL – Associação Nacional dos Transportadores Rodoviários em Automóveis Ligeiros ⁹⁸. Também em 1997 foram convencionados entre a DGCC o Instituto das Comunicações de Portugal e a Portugal Telecom, S.A., os aumentos de diversos serviços de telecomunicações ⁹⁹.

O Conselho da Concorrência tem reiteradamente defendido que a aprovação ou ratificação governamental de um acordo restritivo da concorrência não o coloca ao abrigo da disciplina do Decreto-Lei n.º 371/93, nem das

⁹⁶ Cfr. artigo 16.º do Decreto-Lei n.º 91/97, de 1 de Agosto, que define as bases gerais a que obedece o estabelecimento, gestão e exploração de redes de telecomunicações e a prestação de serviços de telecomunicações.

⁹⁷ Cfr. artigo 87.º do Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de Dezembro, que instituiu o Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras.

⁹⁸ Cfr. DGCC, Lisboa – *Boletim Concorrência*, n.º 1, Abril, 1997, p. 137-145.

⁹⁹ Cfr. DGCC, Lisboa – *Boletim Concorrência*, n.º 2, Agosto, 1997, p. 117-123.

sanções nele previstas, a menos que essa autorização seja dada com base em disposições que permitam essas restrições e que se configurem como exceções decorrentes de lei especial na acepção do artigo 1.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 371/93 ¹⁰⁰.

O regime de preços convencionados encontra-se justificado nessa perspectiva. Todavia, atendendo à jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias no Processo 66/86 “Tarifas Aéreas” ¹⁰¹, a implementação desse regime de preços pode em certos casos revelar-se contrária às obrigações decorrentes dos artigos 5.º e 90.º do Tratado CE, sobretudo quando as convenções de preços se aplicam na importação e na comercialização em todo o território nacional e são celebradas com as associações de empresas ou com o conjunto das empresas mais representativas de determinado sector, sendo posteriormente ratificadas pelos Ministérios da tutela.

¹⁰⁰ Cfr. decisão no Processo n.º 8/95, CONSELHO DA CONCORRÊNCIA, *Relatório de Actividade*, 1996, *Diário da República*, II Série, de 31.12.1996, p. 197-203.

¹⁰¹ Cfr. acórdão de 11.4.1989, *Colectânea*, 1989, p. 803 e s.