

Lisboa, 6 de maio de 2016

Exmo. Sr. Prof. Doutor António Ferreira Gomes

Presidente da Autoridade da Concorrência

Assunto: Resposta à Consulta Pública sobre Anteprojeto de Diretiva *Private Enforcement* – transição de processos pendentes

Começo por felicitar a Autoridade da Concorrência pelo modo como conduziu e está a conduzir o processo de transposição da Diretiva 2014/104/UE.

Enquanto membro do grupo de trabalho que foi convidado pela AdC a acompanhar o processo de preparação desta transposição, já tive oportunidade de expressar as minhas considerações nas fases que antecederam esta consulta pública, pelo que seria, à partida, supérflua a minha participação nesta fase.

Existe, no entanto, um ponto que ainda não foi acolhido no Anteprojeto de transposição e que, pela sua importância prática, considero importante sugerir que seja introduzido no diploma. Refiro-me à questão da transição para o TCRS dos processos pendentes.

Embora a regra geral, no nosso ordenamento, seja a de que a alteração da competência dos tribunais só vale para o futuro, tem-se verificado que, quando se opta por criar um juízo ou tribunal de competência especializada, o legislador estabelece, expressamente, normas de transição que ordenam que as ações pendentes nos juízos ou tribunais de competência genérica transitem para os juízos/tribunais especializados, assim como que os que se encontravam pendentes nos tribunais de competência especializada transitem para os novos tribunais especializados de competência territorial alargada – cfr., e.g., artigo 104.º do Regime aplicável à organização e funcionamento dos tribunais judiciais (Decreto-Lei n.º 49/2014, de 27 de março).

A *ratio legis* prende-se com o objetivo de garantir, assim que possível, o efeito útil da decisão de criar juízos/tribunais especializados. Se o legislador reconheceu que a complexidade de determinadas matérias recomenda, em nome do princípio do Estado de direito e da eficiente administração da justiça, que esses casos devam ser decididos por tribunais especializados, essa conclusão vale tanto para os processos pendentes como para as futuras ações.

Assim, quando o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão foi criado, só tinha competência para os novos casos de impugnação de decisões da AdC que viessem a ser intentados (Lei n.º 46/2011, de 24 de junho, artigo 18.º). Mas, por força do Decreto-Lei n.º 49/2014, de 27 de março, foram transferidos para o TCRS processos que se encontravam, anteriormente, pendentes perante o Tribunal do Comércio de Lisboa (com efeitos, por exemplo, nos processos 350/08.8TYLSB e 924/04.6TYLSB).

De modo semelhante, só após a criação do TCRS se notou que, nos termos das regras gerais, por força da sua sede em Santarém, passaria a ser competente para o conhecimento de recursos deste

tribunal o Tribunal da Relação de Évora. Assim se perderia todo o conhecimento adquirido e experiência do Tribunal da Relação de Lisboa, que até então recebia os recursos de decisões da AdC. Este lapso foi retificado pelo legislador no artigo 188.º, n.º 5, da Lei de Organização do Sistema Judiciário (Lei n.º 62/2013, de 26 de agosto), que atribuiu ao TRL esta competência, inclusivamente para processos pendentes.

Ora, a conjugação do anteprojeto de transposição da Diretiva com as regras gerais vigentes no nosso ordenamento parece significar que o TCRS só será competente para as ações de *private enforcement* que venham a ser intentadas após a entrada em vigor do diploma de transposição (sem prejuízo da discutível margem de interpretação do artigo 24.º, n.º 2, do Anteprojeto). Entendo que tal levaria à repetição dos lapsos do passado, que são facilmente evitáveis, e que constituiria uma injustiça para as partes dos processos pendentes.

A decisão de se propor a concentração no TCRS das competências para ações de *private enforcement* assenta na constatação de que as questões jurídicas e económicas que se suscitam no âmbito destes processos são extremamente complexas e específicas. A realidade do nosso sistema judiciário significa que, afastando idealismos, não é possível aos magistrados judiciais, face à sua carga de trabalho, dedicarem a estes processos o tempo que seria necessário para estudarem em grau suficiente o direito da concorrência. Trata-se de um ramo do direito que assenta, fundamentalmente, em jurisprudência, e não em normas detalhadas que possam ser facilmente identificadas e aplicadas pelos magistrados, exigindo anos de estudo.

A consequência prática desta realidade é que, por maiores que sejam os esforços e a dedicação dos magistrados dos tribunais cíveis de 1ª instância, não é realisticamente possível uma análise aprofundada das questões jurídico-concorrenciais que se discutem nestes processos (dos quais terão provavelmente apenas um em toda a carreira), sem substancial prejuízo para os restantes processos do mesmo magistrado.

Se achamos que as ações de *private enforcement* do direito da concorrência devem ser apreciadas pelo TCRS¹ (ver §§84-85 e 87 da Exposição de Motivos), e se vamos aplicar o novo regime “a ações de

¹ Incidentalmente, não posso deixar de realçar que é previsível que a nova redação proposta pelo Anteprojeto para o artigo 112.º, n.os 3 e 4, da Lei n.º 62/2013, de 26 de agosto, venha a suscitar dúvidas quanto ao âmbito da competência do TCRS. A utilização do termo “exclusivamente” poderá dar azo a tentativas de recusar a competência do TCRS para decidir todo e qualquer processo de *private enforcement*. Com efeito, é impossível configurar uma ação de *private enforcement* da concorrência em que não se suscitem também, forçosamente, pelo menos, questões de direito civil. O problema não passou despercebido durante os trabalhos preparatórios, não tendo sido possível encontrar uma formulação alternativa (e.g. “predominantemente” ou “fundamentalmente”) que fosse mais clara, trazendo mais benefícios do que os problemas novos que criaria. Continuo a considerar que esta questão só poderá ser corretamente resolvida por via da interpretação judicial, trabalhando na base de uma formulação legislativa reconhecidamente imperfeita, mas cuja intenção e efeito pretendido parece clara: que as ações em que as pretensões dos autores se fundam numa violação do direito da concorrência sejam discutidas perante o TCRS, sem prejuízo de implicarem, incidentalmente, a discussão de questões de outros ramos do direito. A Exposição de Motivos é especialmente clara ao referir que se pretende que caiba ao TCRS o julgamento de ações “follow-on” (§87), mas a sua competência não se limita a estas. É importante garantir que não se venha a adotar uma interpretação da norma de competência que resulte na privação de todo o seu sentido útil, ficando absolutamente esvaziada, na prática, esta competência do TCRS. Por último, deverá ainda refletir-se sobre a possibilidade de o TCRS, confrontado com uma ação com uma causa de pedir mista, vir a decidir conhecer apenas de parte do pedido que lhe seja submetido – a parte de concorrência relativamente à qual é competente.

indemnização intentadas após 26 de dezembro de 2014” (artigo 24.º, n.º 2, do Anteprojeto), então esclareçamos, de modo a que não reste margem para dúvidas, que as ações pendentes serão transferidas para o TCRS.

À semelhança do que aconteceu após a criação do TCRS, também neste caso o número de processos afetados por esta transferência será muito limitado, atento o modo restrito como é definida a competência do TCRS no Anteprojeto (ações exclusivamente de *private enforcement*). Sem prejuízo da existência de outras ações de que não me tenha chegado notícia, só conheço 4 processos pendentes que poderiam vir a ser transferidos para o TCRS, dependendo duma apreciação detalhada do preenchimento dos requisitos da competência do TCRS nos casos concretos, do momento em que o diploma viesse a ser aprovado e do estado do respetivo processo (processos n.ºs 1774/11.9TVLSB, 5754/15.7T8LSB, 7074/15.8T8LSB e 16725/15.3T8LSB, todos perante o Tribunal Judicial da Comarca de Lisboa).

Em conclusão, proponho que o Anteprojeto seja revisto nos seguintes termos:

“Artigo 24.º

Aplicação no tempo

1 – [...]

2 – [...]

3 – *As ações previstas no n.º 3 do artigo 112.º da Lei n.º 62/2013, de 26 de agosto, que se encontrem pendentes transitam para o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão.”*

Com os melhores cumprimentos,

Miguel Sousa Ferro

Professor Auxiliar Convidado

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa