

A APLICAÇÃO NO TEMPO DO NOVO REGIME JURÍDICO DA CONCORRÊNCIA

*João Espírito Santo Noronha**

ABSTRACT: *This article discusses the submission to the new Portuguese Competition Act (Law n.º 19/2012) of the procedures on anti-trust and merger control that were initiated by the Portuguese Competition Authority before it came into force.*

SUMÁRIO: 1. Conspecto geral. 2. Direito contraordenacional. 3. Direito da supervisão.

1. CONSPECTO GERAL

O vigente regime jurídico da concorrência foi aprovado pela Lei n.º 19/2012, de 8 de maio (doravante, LdC), revogando a Lei n.º 18/2003, de 11 de junho.

O art. 100, n.º 1, da LdC¹ determina, sob a epígrafe de *aplicação da lei no tempo*, que o *novo regime jurídico da concorrência*, por ela aprovado², se aplica: (a.) aos processos de contraordenação cujo inquérito seja aberto após a entrada em vigor da presente lei; (b.) às operações de concentração que sejam notificadas à Autoridade da Concorrência (doravante, AdC) após a entrada em vigor da lei; (c.) aos estudos, inspeções e auditorias cuja realização seja deliberada pela AdC após a entrada em vigor da lei, e (d.) aos pedidos apresentados à AdC após a entrada em vigor da lei.

* Vogal do Conselho da Autoridade da Concorrência.

1 Na numeração de artigos de diplomas legais utiliza-se o ordinal até nove e o cardinal de dez em diante, por tal corresponder ao modo gramaticalmente correto de o fazer (cfr. Celso Cunha/Luís F. Lindley Cintra, *Nova gramática do português contemporâneo*, 19.ª ed., Edições João Sá da Costa, 2010, p. 374), pelo que nos afastamos da tradição legislativa portuguesa, que não temos por justificada.

2 A utilização, nesta norma, do vocábulo *novo* é inapropriada, uma vez que o mesmo não faz parte da designação oficial do regime jurídico aprovado pela LdC, como resulta do art. 2.º.

As regras das diversas alíneas do n.º 1 do art. 100 da LdC constituem direito transitório. É *direito transitório*, em sentido técnico, aquele que soluciona as hipóteses que se colocam na *fronteira temporal* entre o início de vigência de uma lei nova e o termo da vigência de uma lei antiga¹. Para o que aqui interessa, é *lei nova* a LdC e *lei antiga* a Lei n.º 18/2003; a *fronteira temporal* entre ambas coloca-se na transição entre os dias 6 e 7 de julho de 2012, sendo o indicado em primeiro lugar o último dia de vigência da lei antiga e o indicado em segundo lugar o primeiro dia de vigência da lei nova: a LdC foi publicada em 8 de maio de 2012 e fixa a sua *vacatio legis* em 60 dias (art. 101).

Porque as disposições do n.º 1 do art. 100 da LdC constituem direito transitório é incompreensível que às regras do n.º 1 se tenha acrescentado a do n.º 2, que tem por objeto o Regulamento da AdC n.º 214/2006 (Procedimento administrativo relativo à tramitação necessária para a obtenção de dispensa ou atenuação especial da coima nos termos da Lei n.º 39/2006, de 25 de agosto). Na verdade, o objecto da regra do n.º 2 não é determinar a aplicação no tempo da LdC, mas impedir a caducidade do referido regulamento, por mero efeito da revogação da Lei n.º 18/2003, pelo que a sua inserção sistemática lógica seria numa disposição final autónoma.

A terminar esta visão geral sobre o disposto no art. 101, reportar-se-á que a regra da alínea *d*) é *estranhamente inespecífica*: passe o facto de o termo técnico-jurídico *requerimentos* ter sido preterido a favor da comum locução *pedidos*, banalizando-se a linguagem legislativa, não é claro quais sejam esses *pedidos*.

2. Direito contraordenacional

Determina-se na alínea *a*) do n.º 1 do art. 100 da LdC que o regime jurídico da concorrência, pela mesma aprovado, se aplica *aos processos de contraordenação cujo inquérito seja aberto após a entrada em vigor da presente lei*. Há, pois, que determinar o sentido e alcance da lei, tendo sempre em mente que, para o efeito, não pode o intérprete cingir-se à sua expressão escrita [art. 9.º, n.º 1, do Código Civil (doravante, CC)].

Crê-se que o sentido implícito da norma da alínea *a*) do n.º 1 do art. 100 da LdC é o de que os processos contraordenacionais abertos durante a vigência da lei antiga (Lei n.º 18/2003), mas que, à data do início de vigência da lei nova, ainda não tenham sido objecto de decisão que lhes ponha fim, nos

¹ Ascensão, 2005: 547; Sousa, 2012: 283.

termos dessa mesma lei – no que respeita às *práticas proibidas*, decisão de arquivamento, nos termos do art. 25, n.º 1, *a)*, tratando-se de inquérito, ou, decorrendo a instrução, decisão, nos termos do art. 28, n.º 1; no que respeita ao *sancionamento da realização de operações de concentração de empresas suspensas*, nos termos da lei, decisão de arquivamento ou de aplicação de sanção [art. 43, n.º 1, *b)*] –, continuam a ser pela mesma regulados, ainda que em termos total ou parcialmente remetidos para outros conjuntos normativos, num fenómeno que a doutrina qualifica como *ultra atividade ou sobrevivência da lei antiga*². A não ser essa a boa interpretação, a regra não se justificaria, uma vez que não é dubitativo que a um inquérito aberto depois do início de vigência da lei nova só esta é aplicável... porque não esteve em contacto com nenhuma outra.

O enunciado linguístico do proémio do n.º 1 do art. 100 da LdC deve ser objeto de interpretação restritiva, que o faça coincidir com o seu sentido, que é limitado ao direito contraordenacional adjetivo contido na lei nova. É manifesto que o legislador não pode com essa formulação ter pretendido significar que o direito contraordenacional substantivo concretamente aplicável – o da lei antiga ou o da lei nova, que, aliás, não sofreu modificação relevante na transição entre uma e outra – depende da data da abertura do inquérito, o que, em abstrato, constituiria violação do art. 29, n.º 4, da Constituição. Crê-se, assim, que o direito contraordenacional de carácter substantivo contido na LdC se submete, em matéria de aplicação no tempo, ao princípio geral relativo ao direito sancionatório, de aplicação, com *ultra atividade* ou *retroatividade*, da lei – antiga ou nova, respetivamente – que concretamente se mostrar mais favorável ao arguido e que se manifesta no Regime Geral das Contraordenações no art. 3.º, n.ºs 1 e 2, do DL n.º 433/82, de 27 de outubro.

Não obstante o que se deixa referido, merece ser destacado que, tendo sido afastado no art. 100, n.º 1, *a)*, o princípio geral sobre aplicação no tempo de leis adjetivas, de que a lei nova se aplica aos processos pendentes à data do início de vigência da lei nova, por ser presumida mais perfeita, não se nos afigura que a aplicação do direito adjetivo da Lei n.º 18/2003 aos processos contraordenacionais pendentes à data do início de vigência da LdC corresponda a um direito indisponível do arguido, razão pela qual se sustenta que os institutos processuais da lei nova que não tenham correspondência na antiga podem aplicar-se a tais processos, a requerimento do arguido, se forem

2 Cfr., por exemplo, Sousa, 2012: 287.

compatíveis com a fase em que o processo se encontre, no momento em que forem requeridas.

Refira-se, por último, que à contagem de prazos que estiverem em curso à data do início de vigência da LdC se aplica o disposto no art. 279, *ex vi* art. 296, ambos do CC.

3. Direito da supervisão

O reparo que atrás se efetuou à regra da alínea *a*) do n.º 1 do art. 100 é repliável relativamente à da sua alínea *b*): o sentido implícito da mesma é o de que as operações de concentração notificadas durante a vigência da lei antiga, mas cuja tramitação decorra ainda à data do início de vigência da lei nova, continuam a ser reguladas por essa lei (*sobre vigência da lei antiga*). A não ser essa a boa interpretação da regra, a mesma não se justificaria, uma vez que não é dubitativo, por um lado, que a uma operação de concentração notificada depois do início de vigência da lei nova só esta é aplicável... porque não esteve em contacto com nenhuma outra. A linha de raciocínio exposta só tem em conta, porém, o direito adjetivo, sendo que a letra da alínea *b*) do n.º 1 é suficiente genérica para abranger quer os aspetos substantivo do controlo de operações de concentração de empresas – como o dever de notificar a operação projetada (art. 37, n.º 1, da LdC) à AdC –, quer os adjetivos, relativos à tramitação procedimental. Cremos, porém, que o sentido da lei só alcança o direito adjetivo novo relativo ao controlo de operações de concentração de empresas, num resultado de interpretação restritiva. Para tanto militam dois argumentos: (i) por um lado, a conexão próxima com a regra da alínea *a*); (ii) por outro lado, a imanência, no procedimento administrativo, de um princípio geral de direito adjetivo, em matéria de sucessão de leis, de aplicação imediata da lei nova às tramitações pendentes à data do seu início de vigência, que a doutrina administrativista costuma reconduzir a uma particular manifestação do princípio *tempus regit actum*³, que, interpretada a regra da alínea *b*) do n.º 1 do art. 100 da LdC como determinativa da aplicação à lei nova aos procedimentos iniciados após a sua vigência, constituiria a mesma mera duplicação do princípio e, por ser assim, em rigor desnecessária.

Isto dito, não parece questionável que o sentido da norma do art. 100, n.º 1, *b*), é o de que a lei nova em matéria de operações de concentração *apenas* é aplicável às que sejam notificadas após o seu início de vigência, continuando

3 Nesse sentido, entre outros, Queiró, 1976: 525 e ss.; Almeida, 2002: 706 e ss.; Casetta, 2000: 390.

a aplicar-se a Lei n.º 18/2003 aos procedimentos cuja tramitação esteja em curso à data do seu início de vigência.

A norma do art. 100, n.º 1, *b)*, não abrange, assim, questões de direito substantivo, como a do dever de notificação prévia da operação de concentração à AdC, por verificação das condições que o determinam, que, por isso, se submete ao princípio da aplicação imediata da lei nova (art. 12, n.º 1, do CC). O dever de notificação prévia de uma operação de concentração estabelece-se na Lei n.º 18/2003 no seu art. 9.º, n.º 1, e, na LdC, no seu art. 37, n.º 1, determinando ambos os preceitos para tal efeito, mas em moldes não inteiramente coincidentes e em termos alternativos, um critério de *quota de mercado pura* de um bem ou serviço no mercado nacional ou numa parte substancial do mesmo, como consequência da operação projetada, e um critério de *volume de negócios puro* das empresas participantes na operação de concentração; no art. 37, n.º 1, *b)*, da LdC estabelece-se ainda, para tal efeito, um critério misto de quota de mercado (entendida nos termos anteriormente referidos) e de volume de negócios. Do cruzamento dos critérios presentes em ambas as leis resulta que, por um lado, estimando-se a quota de mercado do produto ou do serviço no mercado nacional ou numa parte substancial deste, na *pós-concentração*, entre 30,1% e 49,9%, e se, por outro lado, na operação projetada não participarem pelo menos duas empresas com volume de negócios igual ou superior a 5 milhões de euros, não há dever de notificação prévia da operação à AdC nos termos da LdC, mas também que tal dever existiria relativamente a uma operação de concentração que devesse ser notificada por aplicação da regra do n.º 2 do art. 9.º da Lei n.º 18/2003, com referência à da alínea *b)* do n.º 1 do mesmo artigo.

A questão relevante que pode suscitar-se a este propósito é, pois, a de saber qual é a solução a dar a uma operação de concentração que tenha sido notificada à AdC nos termos do n.º 2 da Lei n.º 18/2003, com referência à norma da alínea *b)* do n.º 1, e cujo procedimento não tenha ainda sido objeto de decisão final à data do início de vigência da LdC. A uma primeira análise, não pareceria existirem causas de extinção do procedimento administrativo do controlo que pudessem fundar-se diretamente na superveniência da LdC, pelo que, sem a presença de vicissitudes que justificassem a extinção não fundada numa decisão de mérito, deveria o mesmo prosseguir a sua tramitação até que, nos termos da LdC, aplicada a título de lei *temporalmente competente*, fosse proferida a decisão. Tenha-se, porém, na devida conta que, nas circunstâncias identificadas de quota de mercado e de volume de negócios de duas,

pelo menos, das empresas participantes na operação, a apreciação jus-concorrencial de mérito não poderia senão redundar na não oposição da AdC à operação, porque a lei nova (LdC) é *lei confirmativa*⁴ quanto à licitude, sem notificação prévia, da operação de concentração em causa. Crê-se, por essa razão, que as operações de concentração de empresas em que, por um lado, se estima uma quota de mercado do produto ou do serviço no mercado nacional ou numa parte substancial deste, na *pós-concentração*, entre 30,1% e 49,9%, e, por outro lado, na operação projetada não participem pelo menos duas empresas com volume de negócios igual ou superior a 5 milhões de euros, com procedimento administrativo de controlo pela AdC em tramitação à data do início de vigência da LdC, se extinguirão por inutilidade superveniente (art. 112, n.º 1, do Código do Procedimento Administrativo), o que deve ser formalmente verificado pela AdC. Mais do que isso, o carácter *confirmativo* da LdC em relação a tais operações de concentração impede a AdC de desenvolver em relação às mesmas procedimento oficioso de controlo (art. 56, n.º 1, da LdC), se lhe não tiverem sido notificadas.

O que se acaba de referir sobre o procedimento administrativo típico de controlo de operações de concentração de empresas é aplicável, *mutatis mutandis*, ao procedimento administrativo disposto no Capítulo IV da LdC (*Estudos, inspeções e auditorias*), sem que, todavia, se deixe de recordar que a Lei n.º 18/2003 não continha disciplina procedimental especialmente pre-disposta para a realização de estudos, inspeções e auditorias, não obstante a referência do art. 17, n.º 1, *d*), dos Estatutos da AdC (aprovados pelo DL n.º 10/83, de 18 de janeiro), à competência do Conselho da AdC para ordenar a realização de *inspeções ou auditorias*.

Uma última palavra para referir que a norma do art. 100, n.º 1, *b*), da LdC se tem por analogicamente aplicável (art. 10, n.º 1, do CC) aos procedimentos administrativos oficiosos de controlo de operações de concentração de empresas, nos termos do art. 56, n.º 1, da LdC, que se iniciam, não com a notificação da iniciativa das empresas, mas antes com a comunicação da AdC para cumprimento do dever de notificação.

4 Sobre a noção de *lei confirmativa*, cfr., entre outros, Machado: 1997, 248 e ss.

BIBLIOGRAFIA

- ALMEIDA, Mário Aroso de
2002 *Anulação de atos administrativos e relações jurídicas emergentes*, Coimbra: Almedina.
- ASCENSÃO, Oliveira
2005 *O Direito - Introdução e Teoria Geral*, 13.^a ed., Coimbra: Almedina.
- CASSETTA, Elio
2000 *Manuale di diritto amministrativo*, 2.^a ed., Milão: Giuffrè.
- MACHADO, João Baptista
1997 *Introdução ao Direito e ao Discurso legitimador*, 12.^a reimp., Coimbra: Almedina.
- QUEIRÓ, Afonso Rodrigues
1976 *Lições de Direito Administrativo*, I, (ed. offset), Coimbra.
- SOUSA, Miguel Teixeira de
2012 *Introdução ao Direito*, Coimbra: Almedina.