

O CONTENCIOSO DA CONCORRÊNCIA: BALANÇO E PERSPETIVAS EM FUNÇÃO DA REFORMA DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA PORTUGUÊS*

*Paulo de Sousa Mendes***

ABSTRACT: This article addresses the litigation on competition, analysing the cases decided by the Portuguese courts, concerning the previous Competition Act (“Lei n.º 18/2003, de 11 de junho”). It also forecasts the probable developments of the case law, on the basis of the new Competition Act (“Lei n.º 19/2012, de 8 de maio”), currently in force from the 7 July. The main topics dealt with by this article are the object/effect distinction in agreements, concerted practices and decisions by associations of undertakings and the burden of proof of objective justification on abuse of a dominant position.

SUMÁRIO: Introdução. I. Duas questões de direito material. 1. A distinção entre infrações por objeto e pelos efeitos no artigo 4.º da Lei n.º 18/2003. A. Decisões judiciais condenatórias em infração por objeto. a) Sentença do TCL, de 9 de dezembro de 2005, Proc. n.º 1307/05.6TYLSB. b) Sentença do TCL, de 12 de janeiro de 2006, Proc. n.º 1302/05.5TYLSB. c) Sentença do TCL, de 18 de janeiro de 2007, Proc. n.º 851/06.2TYLSB. B. Uma decisão judicial importante. a) Sentença do TCL, de 15 de fevereiro de 2007, Proc. n.º 766/06.4TYLSB. C. Decisão judicial condenatória em infração por objeto e por efeitos. a) Acórdão do TRL, de 7 de novembro de 2007, Proc. n.º 7251/07. 2. O ónus de produção de prova quanto à justificação objetiva. II. Uma questão de direito processual – O recurso judicial de jurisdição plena.

* Texto revisto e acrescentado das apresentações realizadas na Conferência Perspetivas sobre a Reforma do Regime de Defesa da Concorrência, em 11 de maio de 2012, na Fundação Calouste Gulbenkian (Lisboa), organizada pelo Instituto de Direito Económico Financeiro e Fiscal da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (IDEFF – FDUL), e na Conferência Internacional sobre Concorrência e Regulação Económica – Reformas em Curso nos Dois Lados do Atlântico (Brasil e Portugal), em 31 de maio de 2012, no Auditório da Universidade S. Judas Tadeu – Butantã (S. Paulo), por ocasião do Lançamento do N.º duplo 7/8 da *Revista de Concorrência e Regulação (C&R)* com dossiê temático especial dedicado ao Brasil.

** Professor da FDUL e Diretor do Departamento Jurídico e do Contencioso da Autoridade da Concorrência. As opiniões expressas neste artigo são da inteira responsabilidade do A. e não vinculam, de forma alguma, a Autoridade da Concorrência. Agradeço ao Dr. Fernando Pereira Ricardo, à Dr.ª Helena Martinho e à Dr.ª Inês Nascimento os comentários, críticas e sugestões que fizeram a uma versão preliminar deste artigo.

INTRODUÇÃO

É minha intenção falar-vos sobre o contencioso da concorrência, fazendo um balanço da jurisprudência do Tribunal do Comércio de Lisboa (doravante, “TCL”) e do Tribunal da Relação de Lisboa (doravante, “TRL”), no âmbito da Lei n.º 18/2003, de 11 de junho (doravante, “Lei n.º 18/2003”), e traçando perspectivas em função da recentíssima reforma do direito da concorrência português, através da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio (doravante, “Lei n.º 19/2012”), que, como todos sabem, entrará em vigor no dia 7 de julho próximo¹.

Obviamente, as questões de que eu me poderia ocupar neste contexto são muitas. No tempo disponível, selecionei apenas três para tratamento *ex professo*: duas de direito material e uma de direito processual.

Quanto às questões de direito material, tratarei, em primeiro lugar, da receção na jurisprudência portuguesa da distinção legal entre infrações pelo objeto e pelos efeitos, no âmbito do artigo 4.º da Lei n.º 18/2003, e assinalarei se são, ou não, de esperar evoluções nesta matéria ao abrigo da Lei n.º 19/2012. Em seguida, tratarei da questão do ónus da prova da justificação objetiva no abuso de posição dominante, previsto no artigo 6.º da Lei n.º 18/2003, tal como tem sido até agora considerada pela jurisprudência portuguesa, e, também aqui, formularei o meu juízo e traçarei perspectivas de evolução.

Quanto à questão adjetiva, escolhi tratar da consagração na Lei n.º 19/2012 da jurisdição plena do tribunal para julgar o recurso da decisão final condenatória da Autoridade da Concorrência (doravante, “AdC”) em processos de contraordenação por infração às regras de concorrência, podendo o tribunal reduzir ou aumentar a coima ou a sanção pecuniária compulsória. Escolhi esta questão processual por ter notado que é uma das alterações ao regime jurídico da concorrência que tem suscitado mais celeuma na comunidade jurídica e que, por isso mesmo, merece consideração atenta do ponto de vista das garantias de defesa.

1 Publicação no *Diário da República* em 8 de maio de 2012 e entrada em vigor 60 dias após a sua publicação, nos termos do artigo 101.º da Lei n.º 19/2012.

I. DUAS QUESTÕES DE DIREITO MATERIAL

1. A distinção entre infrações por objeto e pelos efeitos no artigo 4.º da Lei n.º 18/2003

No artigo 4.º, n.º 1, da Lei n.º 18/2003 (artigo 9.º, n.º 1, da Lei n.º 19/2012), na linha do artigo 101.º, n.º 1, do Tratado de Funcionamento da União Europeia (doravante, “TFUE”), são proibidos os acordos, as práticas concertadas e as decisões de associações de empresas que tenham “por objeto” ou “como efeito” restringir a concorrência.

Na maioria dos casos decididos pela nossa jurisprudência, as empresas foram condenadas apenas em infração por objeto.

Só num caso as empresas foram condenadas por objeto e pelos efeitos.

Não conheço casos de qualquer empresa que tenha sido condenada, entre nós, apenas pelos efeitos (mas na União Europeia já houve condenações baseadas tão-somente numa análise dos efeitos, em acordos de distribuição com cláusulas de exclusividade cujos efeitos cumulativos dificultavam o acesso de outros fornecedores ao mercado)².

A possibilidade de haver uma infração cujo tipo legal pode ser preenchido por objeto ou pelos efeitos é uma singularidade do direito da concorrência, quando este é considerado na ótica de um penalista, como é o meu caso, uma vez que a prática da infração pelo objeto configura, diria eu, uma antecipação da tutela jurídica que é característica dos chamados delitos de perigo e que, por isso mesmo, dispensaria a análise dos efeitos restritivos da concorrência, que mais parecem um elemento característico dos chamados delitos de lesão ou de dano³.

Não obstante, compreende-se a lógica subjacente a estas infrações, se considerarmos que o legislador atendeu primacialmente à potencialidade lesiva dos acordos entre empresas, que, por sua natureza, são especialmente aptos a produzir efeitos restritivos da concorrência.

Nesta perspetiva, a possibilidade de preenchimento do tipo da infração também pelos efeitos parece desempenhar uma função ancilar da infração pelo objeto, diria mesmo uma função sobretudo enfática, na medida em que a prova de concretos efeitos restritivos da concorrência surge como argumento contra a eventual invocação da falta de aptidão de um concreto acordo por

2 Cf. Waelbroek, 2005: 160.

3 Cf. Morais, 2009: 63 ss.

alegada impossibilidade de verificação de quaisquer efeitos, que é um argumento recorrente quando se ataca a imputação de um delito de perigo, seja de perigo abstrato, seja de perigo abstrato-concreto (*i.e.*, de aptidão)⁴.

Seja como for, a prova dos efeitos é geralmente muito difícil de produzir, considerando que, para além de exigir uma demonstração econométrica, nem sempre existe prova testemunhal ou documental de suporte, tal como, por exemplo, a descoberta de esquemas de compensação entre as empresas no quadro de um acordo de repartição de mercados.

As infrações por objeto são consideradas pela jurisprudência da União Europeia as mais nocivas para o estabelecimento de uma concorrência não falseada⁵, além de que acabam geralmente proporcionando lucros muito significativos às empresas infratoras⁶.

Nos casos já transitados em julgado, o TCL e o TRL têm seguido uma orientação uniforme, aliás de acordo com a jurisprudência da União Europeia.

Designadamente, a nossa jurisprudência tem considerado que basta a prova da infração pelo objeto para a condenação por facto consumado e tem considerado que a infração pelo objeto é grave, notando-se inclusive uma tendência para considerar que é necessariamente dolosa (o que pode resultar de alguma confusão entre aptidão e intenção)⁷.

A. DECISÕES JUDICIAIS CONDENATÓRIAS EM INFRAÇÃO POR OBJETO

Passarei de imediato a citar alguns casos de condenação em infração por objeto, escolhidos por conterem as referências mais relevantes à questão em apreço:

a) Sentença do TCL, de 9 de dezembro de 2005, Proc. n.º 1307/05.6TYLSB

Num caso referente a uma ordem profissional, vejamos os seguintes trechos:

“Para que uma decisão seja proibida nos termos do artigo 4.º, ela não tem que ter como efeito restringir, falsear ou impedir a concorrência. Basta que tenha por objeto restringir,

4 Por todos, cf. Figueiredo Dias, 2007: 310-311.

5 Sendo a fixação de preços uma das espécies mais graves de infrações.

6 Veja-se o Acórdão do Tribunal de Justiça de 7 de junho de 1983, *Musique diffusion française* e o. c. Comissão Europeia, 100/80 a 103/80, Recueil 1983, p. 1906.

7 Cf. Acórdão do TRL, de 7 de novembro de 2007, Proc. n.º 7251/07, p. 33 (em *obiter dictum*).

*falsear ou impedir a concorrência, conforme resulta expressamente do próprio artigo em que é empregue a conjunção 'ou'*⁸.

*“Significa isto que não está em causa um ilícito de dano mas de perigo: basta que o bem jurídico seja posto em perigo, ou seja, basta a possibilidade de lesão para que a infração se considere cometida”*⁹.

*“[F]ixar preços através de tabelas de honorários é uma prática que tem como efeito impedir a concorrência. E prever a existência dessas mesmas tabelas de honorários? Afigura-se-nos claro que se trata de uma prática que tem como objeto impedir a concorrência. A simples previsão no Código Deontológico da existência de tabelas de honorários a elaborar pela ordem bem como a referência expressa a que tal tabela tem de ser respeitada, tem por objeto interferir na livre fixação de preços, ou seja, tem por objeto interferir na livre concorrência, tem por objeto impedir a concorrência”*¹⁰.

Esta Sentença desenvolve os conceitos de objeto e efeito restritivos da concorrência e a relação entre ambos, que caracteriza como sendo de concurso de normas (ou aparente). Não creio que sejam pertinentes os desenvolvimentos do aresto sobre o concurso de normas, mas aqui só importa ressaltar que a condenação se baseou simplesmente na previsão no Código Deontológico da existência de tabelas de honorários a elaborar pela ordem, ou seja, uma decisão de associação de empresas que tinha um objeto restritivo da concorrência.

b) Sentença do TCL, de 12 de janeiro de 2006, Proc. n.º 1302/05.5TYLSB
Noutro caso referente a outra ordem profissional, destacamos os seguintes excertos:

*“O bem jurídico protegido [pelo artigo 4.º da Lei n.º 18/2003] é [...] o livre jogo do mercado”*¹¹.

“Há ainda que prevenir tratar-se de uma infração de perigo concreto – não se exige a verificação do resultado (impedir, falsear ou restringir a concorrência), patente na

8 Sentença do TCL, de 9 de dezembro de 2005, Proc. n.º 1307/05.6TYLSB, p. 24.

9 *Ibidem*.

10 *Idem*, p. 25.

11 Sentença do TCL, de 12 de janeiro de 2006, Proc. n.º 1302/05.5TYLSB, p. 16.

*expressão legal ‘que tenha por objeto **ou** por efeito’, mas é exigível a adequação a produzir tal resultado”¹².*

Tecnicamente, a Sentença confunde o perigo concreto com o perigo abstrato-concreto (ou aptidão), mas percebe-se bem que é a este último que se quer referir, ao falar em “adequação a produzir tal resultado”. Se fosse uma infração de perigo concreto, exigir-se-ia, de facto, a verificação de um resultado de perigo. Mas é um detalhe de pura dogmática jurídica, pois o que importa aqui ressaltar é que o tribunal se bastou com a demonstração da aptidão da decisão de associação em análise para produzir efeitos restritivos da concorrência para, em função disso, condenar a ordem profissional por decisão de associação de empresas.

c) Sentença do TCL, de 18 de janeiro de 2007, Proc. n.º 851/06.2TYLSB

Em mais outro caso referente a outra ordem profissional, consideremos agora os seguintes fragmentos:

“A fixação de forma direta ou indireta de preços é, desde logo, uma das práticas proibidas pelas legislação nacional e comunitária [...]”¹³.

“E compreende-se porquê. A fixação de preços constitui desde logo uma limitação ao funcionamento do mercado, vinculando os agentes económicos a praticar preços pré-determinados, não vinculando a discussão entre os intervenientes negociais e não permitindo o livre jogo da oferta e da procura, tendo em atenção que desde logo o mercado tem agentes de dimensões, poderes económicos e atividades comerciais de estruturas bem diversas”¹⁴.

“Tratando-se de preços máximos, a fixação dos mesmos permite ao concorrente saber qual o ‘teto’ de preços fixados pelos concorrentes, aproximando os preços praticados ao mesmo, independentemente do jogo de mercado”¹⁵.

“Tratando-se de preços mínimos, a fixação dos mesmos permite ao concorrente saber ‘o mínimo’ que o concorrente fixará, limitando a autonomia entre os agentes económicos e

12 *Idem*, p. 17.

13 Sentença do TCL, de 18 de janeiro de 2007, Proc. n.º 851/06.2TYLSB, p. 37.

14 *Ibidem*.

15 *Ibidem*.

*impedindo que os mesmos fixem preços mais baixos. Essa fixação permite igualmente que se reforcem obstáculos aos novos concorrentes no mercado, e à entrada dos mesmos, uma vez que, podendo concorrer no mercado, através do fator 'diminuição do preço', relativamente aos seus concorrentes, de forma a conquistarem clientela inicial, estão impedidos de o fazer*¹⁶.

A Sentença vincula assim a proibição da fixação de preços, quer máximos quer mínimos, à aptidão dessa fixação para distorcer a livre concorrência e impor obstáculos à entrada de novos concorrentes no mercado. Por isso apontamos esta Sentença como mais um exemplo das decisões judiciais condenatórias focadas exclusivamente numa análise ao objeto restritivo da concorrência inerente à prática em causa, que neste caso era uma decisão de associação de empresas.

B. UMA DECISÃO JUDICIAL IMPORTANTE

Nem só de condenações se faz a jurisprudência relevante.

a) Sentença do TCL, de 15 de fevereiro de 2007, Proc. n.º 766/06.4TYLSB

Trata-se de um caso referente a uma empresa, do qual destacamos os seguintes excertos:

*“Face à forma como o tipo é descrito afigura-se-nos claro que estamos perante uma infração de perigo uma vez que não se exige a verificação do resultado. Considerados os interesses relevantes, a lei não exige a sua lesão efetiva, basta-se com o colocar desses interesses em perigo, ou seja, o criar-se uma situação tal que seja possível a sua lesão”*¹⁷.

*“Se estiver em causa um acordo que tenha por objeto restringir a concorrência, não há que ir analisar os seus efeitos (efetivos ou potenciais). Porém, para se concluir que um acordo tem por objeto restringir de forma sensível a concorrência temos sempre de dar por assente que se trata de uma empresa e de um acordo para efeitos do artigo 4.º, bem como delimitar o mercado relevante – mercado de produto, mercado geográfico e quota de mercado. Temos ainda de concluir que o acordo afeta de modo significativo a concorrência”*¹⁸.

¹⁶ *Idem*, pp. 37-38.

¹⁷ Sentença do TCL, de 15 de fevereiro de 2007, Proc. n.º 766/06.4TYLSB, p. 61.

¹⁸ *Ibidem*.

Esta Sentença é importante para a discussão dos conceitos, não obstante ter sido o processo remetido para a AdC por preterição de direitos de defesa. Com efeito, o TCL acabou por julgar procedente a nulidade suscitada nas alegações de recurso, de violação do direito de defesa da arguida, resultante de parte da acusação se fundamentar em elementos confidenciais a que a arguida não teve acesso, declarando a nulidade de todo o processado a partir da audição oral dos representantes da arguida e determinando a remessa dos autos à AdC¹⁹.

Não acompanhamos a contraposição que a Sentença estabelece entre perigo e resultado, uma vez que são classificações que não se opõem necessariamente. Seja como for, a Sentença assinala corretamente que a infração em causa é de perigo, embora não entre em pormenores quanto à qualificação do perigo, se abstrato, abstrato-concreto ou concreto. No segundo parágrafo acima citado, a Sentença explica que a análise de qualquer acordo que tenha por objeto restringir a concorrência dispensa a consideração dos seus efeitos, mas não prescinde de uma análise cuidadosa dos mercados, de produto e geográfico, e da quota de mercado da empresa em causa, assim como dos termos em que o acordo é suscetível de afetar significativamente a concorrência, o que, por outras palavras, significa que o perigo tipicamente relevante é abstrato-concreto. Ou seja, trata-se aqui da aptidão genérica de um acordo com tais características para falsear a concorrência.

C. DECISÃO JUDICIAL CONDENATÓRIA EM INFRAÇÃO POR OBJETO E POR EFEITOS

Tanto quanto tenho conhecimento, só houve uma decisão judicial condenatória por objeto e efeito restritivos da concorrência.

a) Acórdão do TRL, de 7 de novembro de 2007, Proc. n.º 7251/07

No chamado processo do cartel do sal, que era um cartel que tinha por objeto a repartição de mercados através da fixação de quotas, foram considerados alguns efeitos na motivação da matéria de facto.

Nos arestos do TCL e do TRL, a tomada em consideração dos efeitos serviu apenas para complementar o preenchimento da mesma infração pelo objeto.

¹⁹ *Idem*, p. 73.

Repare-se que os efeitos considerados não foram diretamente os efeitos restritivos da concorrência, mas foram os relativos à vantagem económica para as empresas decorrente da infração. A AdC tinha conseguido apurar o valor mínimo do benefício económico com base num documento que fora apreendido durante as buscas e que descrevia o esquema de compensação entre as empresas participantes. Deste documento foi possível extrapolar que, no final de cada ano, as empresas em causa teriam retirado um benefício económico que tinha de ser pelo menos igual ao valor da compensação paga pelas outras empresas. Quanto às empresas que venderam acima da sua quota, retiraram um benefício que tinha de ser pelo menos igual ao montante recebido pelas vendas acima da quota, descontado o montante a título de compensação aos restantes membros do cartel²⁰.

Tratou-se, portanto, de uma demonstração indireta de alguns efeitos restritivos da concorrência, mas, mesmo assim, útil para a prova da infração, nem que seja porque a potencialidade lesiva do acordo se torna, intuitivamente, mais clara e tangível a partir dos efeitos. Enfim, é uma conclusão discutível do ponto de vista do juízo de probabilidade em que assenta a análise da aptidão da prática, mas não deixa de ser importante para a motivação da matéria de facto dada como provada.

Neste tocante, acredita-se que a jurisprudência portuguesa já está suficientemente consolidada e que, em face da nova lei, não é de esperar grandes diferenças de abordagem, tanto mais que o tipo legal de infração não sofreu alterações significativas, mas só de forma.

Contudo, vão ser novos tribunais a julgar, agora que já está instalado o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, em Santarém. Esperemos que esta jurisprudência uniforme se mantenha.

2. O ónus de produção de prova quanto à justificação objetiva

As decisões da AdC de condenação por abuso de posição dominante não têm, até à data, sido confirmadas pelo TCL, nem pelo TRL.

É certo que há processos pendentes e outro prescrito, mas limitar-me-ei a referir genericamente aquele que me parece ter sido o principal motivo para a diferença de juízos entre a AdC e os tribunais nesta matéria, a saber: a questão do ónus de produção de prova quanto à existência de uma justificação

20 Cf. Camacho & Rodrigues, 2011: 299.

objetiva para o comportamento com efeitos restritivos da concorrência em causa.

Segundo a jurisprudência da União Europeia e a prática da Comissão Europeia, cabe à acusação apresentar prova dos factos constitutivos da infração, nomeadamente o mercado relevante, a posição dominante da empresa e o tipo de abuso em causa, mas já cabe à empresa apresentar prova dos factos impeditivos, excludentes ou extintivos.

A AdC tem seguido esta linha nas suas decisões finais condenatórias, em tema de abuso de posição dominante.

No entanto, o TCL e o TRL parecem exigir antes que a acusação produza prova não só dos factos constitutivos, mas também dos extintivos.

Caso contrário, os tribunais aplicam o princípio *in dubio pro reo*, enquanto decorrência da presunção de inocência.

Nunca os tribunais consideraram que cabia à empresa em posição dominante a produção de prova da justificação objetiva para a sua conduta.

Parece que neste ponto a jurisprudência portuguesa se fez eco de uma tendência maioritária na doutrina penal portuguesa que, ao contrário da doutrina alemã, nega a vigência do próprio ónus da prova objetivo em direito penal, mas a verdade é que AA. mais modernos têm vindo a demonstrar que se pode falar de um *onus probandi* da acusação e que não se pode simplesmente dizer que o ónus da prova em direito penal é substituído pelo *in dubio pro reo*²¹.

Não pode, pois, invocar-se simplesmente o *in dubio pro reo* para dizer que a AdC não produziu prova da falta de justificação objetiva da prática anti-concorrencial. Mas é preciso acrescentar que, sendo legítima a utilização do conceito de ónus da prova objetivo em direito penal, isso não significa que ele não onere por inteiro à acusação. Sendo assim, nada se avançou, se considerarmos que o direito sancionatório da concorrência é penal, em sentido muito amplo, segundo a jurisprudência do TEDH, atendendo às sanções pecuniárias aplicáveis.

Só que, por outra parte, esta jurisprudência não deixa de reconhecer que não se trata de um direito em tudo equiparável às garantias do direito penal e processual penal, o que já foi reconhecido em vários domínios do direito administrativo sancionatório e valerá também para o direito contraordenacional da concorrência português.

21 Cf. Múrias, 2000: 26.

Creio, pois, que nesta matéria a jurisprudência portuguesa terá uma larga margem para acompanhar esta discussão, sobretudo considerando que uma empresa em posição dominante tem especiais responsabilidades por causa da sua posição e estará em condições, melhor do que a acusação, de produzir prova para justificar objetivamente o seu comportamento, com base na assimetria informativa que sempre se verificará em qualquer investigação.

Considerando a legislação da União Europeia, nos termos do artigo 2.º do Regulamento n.º 1/2003, cabe à empresa ou associação de empresas que invoque o benefício de um meio de defesa produzir prova de que se encontram reunidas as condições de tal defesa.

Na jurisprudência da União Europeia, veja-se a seguinte passagem:

“[I]mporta referir, a título preliminar, que, embora o ónus da prova quanto à existência das circunstâncias constitutivas de uma violação do artigo 82.º CE [atual 102.º do TFUE] impenda sobre a Comissão, é, todavia, à empresa dominante em causa, e não à Comissão, que incumbe, se for o caso, antes do fim do procedimento administrativo, invocar uma eventual justificação objetiva e apresentar argumentos e elementos de prova a esse respeito. Compete, em seguida, à Comissão, se pretender concluir pela existência de um abuso de posição dominante, demonstrar que os argumentos e os elementos de prova invocados pela referida empresa não procedem e que, por conseguinte, a justificação apresentada não pode ser acolhida” (considerando 688)²².

Relativamente a este ónus da prova, a Comunicação da Comissão – Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82.º do Tratado CE [atual artigo 102.º do TFUE] a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante²³, sintetizando a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, refere o seguinte:

“Na aplicação do artigo 82.º, a Comissão pretende analisar igualmente as alegações apresentadas pela empresa em posição dominante de que o seu comportamento é justificado. Uma empresa em posição dominante pode fazê-lo, quer demonstrando que o seu comportamento é objetivamente necessário, quer demonstrando que o seu comportamento produz ganhos de eficiência substanciais, que compensam qualquer efeito anticoncorren-

²² Acórdão do Tribunal de Primeira Instância (atual Tribunal Geral da União Europeia), de 17 de setembro de 2007, Proc. T 201/04, *Microsoft c. Comissão*.

²³ JO C 45, de 24 de fevereiro de 2009.

cial a nível dos consumidores. Neste contexto, a Comissão irá avaliar se o comportamento em questão é indispensável e proporcionado ao objetivo alegadamente pretendido pela empresa em posição dominante” (ponto 28).

“É da responsabilidade da empresa em posição dominante apresentar todas as provas necessárias para demonstrar que o comportamento em causa é objetivamente justificado. Compete depois à Comissão fazer a avaliação final sobre se o comportamento em questão é ou não objetivamente necessário e se, com base na análise dos efeitos anticoncorrenciais aparentes e dos ganhos de eficiência alegados ou demonstrados, é provável que resulte num prejuízo para os consumidores” (ponto 31).

II. UMA QUESTÃO DE DIREITO PROCESSUAL – O RECURSO JUDICIAL DE JURISDIÇÃO PLENA

Nos termos do artigo 88.º, n.º 1, da Lei n.º 19/2012, o tribunal passa a conhecer com plena jurisdição dos recursos interpostos das decisões em que tenha sido fixada pela AdC uma coima ou uma sanção pecuniária compulsória, podendo reduzir ou aumentar a coima ou a sanção pecuniária compulsória.

Não obstante ser uma solução que tem paralelo noutras áreas, tais como o Código de Valores Mobiliários, esta alteração já começou a suscitar viva celeuma, havendo quem a considere contrária a um suposto princípio de proibição da *reformatio in peius*. Esclareça-se, desde logo, que este princípio não existe no nosso ordenamento jurídico processual penal, pois a regra em processo penal é que o tribunal de recurso conhece de jurisdição plena. A proibição da *reformatio* é uma norma excecional, para os casos em que o recurso é interposto no interesse exclusivo do arguido, pelo próprio ou até pelo Ministério Público (doravante, “MP”) no interesse do arguido.

Acontece que, no domínio da Lei n.º 18/2003, não podendo a AdC, nem o MP recorrer das decisões finais condenatórias da AdC, acabava o recurso só podendo ser interposto pelo arguido, parecendo assim vigorar um princípio de proibição da *reformatio*. Que não existia tal princípio, via-se logo pela possibilidade de a coima ser agravada em 2.º instância, se porventura a AdC ou o MP recorressem contra o arguido.

A lei nova veio, pois, introduzir coerência neste sistema, aliás aproximando-o do direito da União Europeia. Em particular, o artigo 31.º do Regulamento n.º 1/2004 permite que o Tribunal de Justiça da União Europeia (doravante, “TJUE”) conheça com plena jurisdição dos recursos interpostos das decisões em que tenha sido fixada pela Comissão uma coima ou uma sanção pecuniária-

ria compulsória, podendo suprimir, reduzir ou aumentar a coima ou a sanção pecuniária compulsória aplicada.

Que esta solução não é contrária às garantias de defesa é algo que até se pode retirar por interpretação do recente acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (doravante, “TEDH”), no caso *Menarini c. Itália*²⁴ e, mais claramente ainda, do voto de vencido do juiz Paulo Pinto de Albuquerque, especialmente bem fundamentado, na parte em que diz que o essencial do *due process* é a garantia de recurso judicial das decisões da Comissão Europeia, desde que o tribunal de recurso conheça de jurisdição plena. Aliás, neste voto de vencido, o juiz Paulo Pinto de Albuquerque convoca o artigo 31.º do Regulamento n.º 1/2004 como exemplo, pela positiva, de um recurso de jurisdição plena²⁵. O que é tanto mais significativo num momento em que, pelo artigo 6.º do Tratado da União Europeia (doravante, “TUE”), a União Europeia e, segundo certas interpretações, os Estados-membros (doravante, “EM”) ficam obrigados pela CEDH e pela jurisprudência do TEDH. Aliás, os EM já eram todos signatários da CEDH, no âmbito do Conselho da Europa.

24 Acórdão do TEDH, de 27 de setembro de 2011, Petição n.º 43509/08, *A. Menarini Diagnostics SLR c. Itália*.

25 Para um comentário ao Acórdão do TEDH, cf. Martinho, 2012: 335 ss.

BIBLIOGRAFIA

- CAMACHO, Cristina & RODRIGUES, Jorge
“Using Economic Evidence in Cartel Cases: A Portuguese Case Study”, in *Revista de Concorrência & Regulação*, n.º 6 (abril – junho 2011), pp. 297-314.
- DIAS, Jorge de Figueiredo
Direito Penal – Parte Geral, Tomo I (Questões fundamentais – A doutrina geral do crime), 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2007 (1.ª ed., 2004).
- MARTINHO, Helena Gaspar
“Comentário de jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem – Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem de 27 de setembro de 2011, Petição n.º 43509/08, A. Menarini Diagnostics SLR c. Itália”, in *Revista de Concorrência & Regulação*, n.º 9 (janeiro – março 2012), pp. 335-351.
- MORAIS, Luís D. S.
Os conceitos de objeto e efeito restritivos da concorrência e a prescrição de infrações de concorrência, Coimbra: Almedina, 2009.
- MÚRIAS, Pedro Ferreira
Por uma distribuição fundamentada do ónus da prova, Lisboa: LEX, 2000.
- WÆLBROEK, Denis
“Michelin II: A Per Se Rule Against Rebates by Dominant Companies?”, in: *Journal of Competition Law & Economics*, vol. 1, n.º 1 (março 2005), pp. 149-171.

JURISPRUDÊNCIA

Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, de 27 de setembro de 2011, Petição n.º 43509/08, *A. Menarini Diagnostics SLR* c. Itália.

União Europeia

Acórdão do Tribunal de Justiça de 7 de junho de 1983, *Musique diffusion française* e o. c. Comissão, 100/80 a 103/80, p. 1906, n.º m. 107.

Acórdão do Tribunal de Primeira Instância, de 17 de setembro de 2007, Proc. T 201/04, *Microsoft* c. Comissão Europeia.

Nacional

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 7 de novembro de 2007, Proc. n.º 7251/07.

Sentença do Tribunal do Comércio de Lisboa, de 9 de dezembro de 2005, Proc. n.º 1307/05.6TYLSB.

Sentença do Tribunal do Comércio de Lisboa, de 12 de janeiro de 2006, Proc. n.º 1302/05.5TYLSB.

Sentença do Tribunal do Comércio de Lisboa, de 18 de janeiro de 2007, Proc. n.º 851/06.2TYLSB.

Sentença do Tribunal do Comércio de Lisboa, de 15 de fevereiro de 2007, Proc. n.º 766/06.4TYLSB.