PREFÁCIO

*Francisca Van Dunem**

Justiça e economia são duas realidades que tendem a um convívio de condicionamento recíproco.

Podemos confirmar a veracidade de duas afirmações que vemos hoje insistentemente repetidas: a justiça influencia o desempenho da economia e a economia tem reflexos nas respostas da justiça.

A lentidão da justiça distorce o mercado e as crises económicas criam entropias acrescidas no funcionamento do sistema judicial.

O direito da concorrência é o cruzamento formal e material, por excelência da economia e justiça, em várias dimensões.

O direito da concorrência tem como função a preservação das estruturas concorrenciais do mercado contra o comportamento dos agentes económicos nesse mesmo mercado. É garantia da igualdade de oportunidades e de um sistema equilibrado de desconcentração de poderes, assegurando que o Estado permanece imune ao domínio e influência de grupos de particulares.

A justiça é também um bem fundamental de cuja manifestação instrumental, neste momento no tempo, cuidamos e queremos melhorar.

O exercício consistente em olhar o passado para enfrentar o futuro, além de razoável, torna-se indispensável quando se cuida da coisa pública.

É, por isso, curial a interrogação: como se tem desenvolvido a relação entre a justiça e a concorrência? Que desafios nos reserva o próximo futuro?

A instituição do sistema de defesa da concorrência é contemporânea da adesão de Portugal à então Comunidade Económica Europeia, com a publicação e entrada em vigor do Decreto-lei n.º 422/83, de 3 de dezembro.

Esta primeira lei de defesa da concorrência veio a ser substituída pelo regime do Decreto-lei n.º 371/93, de 29 de outubro, o qual foi, por sua vez, revogado

---

* Ministra da Justiça.

pela Lei n.º 18/03, de 11 de junho, que, complementada pela Lei n.º 39/2006, de 25 de agosto, vigorou até 2012.

Se a criação do sistema foi motivada pela adesão europeia, a alteração da legislação portuguesa de 2003 deu-se no quadro de uma reforma global do direito da concorrência, quer nacional, quer a nível comunitário, no qual se criou a Autoridade da Concorrência (Decreto Lei n.º 10/03, de 18 de janeiro) e se teve em conta o denominado pacote de modernização e, bem assim, o Regulamento (CE) n.º 1/2003, de 16/12/2002, que descentralizou a aplicação do direito comunitário da concorrência.

A Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, aprovou o Regime Jurídico da Concorrência e revogou os diplomas supra referidos, introduzindo, para além de um regime profundamente diferenciado e desenhado à medida, um novo modelo de impugnação, que vem a ser completado com a criação do Tribunal da Concorrência, Supervisão e Regulação, pela Lei n.º 46/2011, de 24 de junho[1].

A defesa da concorrência constitui, conjuntamente com a propriedade privada e a livre iniciativa, um dos pilares em que assenta o sistema de livre economia e mercado, seu pressuposto e condição de funcionamento. Essa a razão pela qual a defesa da concorrência surge consagrada ao nível de Lei Fundamental, quer na Constituição da República Portuguesa [art. 81.º, al. f)] quer no Tratado que instituiu a Comunidade Europeia (arts. 3.º n.º 1, al. g) e 4.º n.º 1), que encara a concorrência como um instrumento da própria construção europeia.

Vistas atomisticamente, as regras relativas à concorrência assemelham-se restrições à livre iniciativa. Porém, o seu carácter instrumental revela que o seu funcionamento visa, precisamente, garantir o livre funcionamento do mercado, assim protegendo – de forma nem sempre evidente numa análise perfunctória –, interesses fundamentais, como a livre iniciativa privada e o bem estar dos consumidores.

"A função das regras comunitárias da concorrência é dupla. Por um lado, uma função genérica de garantia de correto funcionamento de um sistema de economia de mercado, procurando assegurar os fundamentos deste sistema, nomeadamente a liberdade de acesso ao mercado e as liberdades de determinação da oferta e da procura. Este objetivo deve ser articulado com a prossecução de finalidades económicas mais concretas, como o crescimento, o equilíbrio ou

1 Instituído mediante o Decreto-Lei n.º 67/2012, de 20 de março, e instalado pela Portaria n.º 84/2012, de 29 de março.

pleno emprego, o que obriga a ter em consideração o quadro concreto de cada mercado e a compatibilizar a concorrência com outros instrumentos suscetíveis de atingir os fins enunciados no art. 2.º do Tratado de Roma"[2].

Por força destas suas natureza e função, a política da concorrência é encarada pelo Tratado não como um fim em si mesmo mas como um instrumento para o mercado único e a plena integração. Daí que desde o seu início o Tratado regule a matéria da concorrência (inicialmente nos seus arts. 85.º e ss., depois 81.º e ss., e hoje 101.º e seguintes, do Tratado).

O controlo jurisdicional da aplicação das regras da concorrência, vg., o direito da concorrência na vertente de defesa do interesse público, encontra-se centralizado há vários anos.

O Tribunal do Comércio de Lisboa foi, entre 2003 e 2012 o tribunal competente para conhecer de todos os recursos das decisões relativas ao direito da concorrência, abrangendo todas as decisões da Autoridade da Concorrência (AdC), quer decisões sancionatórias proferidas em processos de contraordenação, quer decisões proferidas no âmbito de processos administrativos, i.e., no exercício de poderes de supervisão, e ainda as decisões ministeriais proferidas no âmbito do controlo das concentrações de empresas (arts. 50.º e 54.º da Lei 18/2003).

Entendeu o legislador de 2003 que seria vantajoso que todas as decisões fossem apreciadas pelo mesmo tribunal, atendendo aqui a critérios de especialização. Unificou-se, assim, num único tribunal, a competência para apreciar decisões que cabiam antes nas atribuições de três tribunais distintos. Assim:

- os recursos das decisões proferidas em processos de contraordenação eram apreciados pelo Tribunal de Pequena Instância Criminal de Lisboa;
- os recursos das restantes decisões proferidas pelo então Conselho da Concorrência eram apreciados pelos tribunais cíveis de Lisboa (art. 28.º do Decreto-Lei n.º 371/93, de 29 de outubro);
- os recursos das decisões ministeriais proferidas no âmbito de controlos de concentração de empresas eram apreciados pelo Supremo Tribunal Administrativo (art. 35.º do Decreto-Lei n.º 371/93, de 29 de outubro).

2 Santos, Gonçalves & Leitão Marques, 2001: 296.

Em junho de 2011 foi criado o Tribunal nacional (de competência territorial alargada) de Concorrência, Regulação e Supervisão, ao qual foi atribuída competência material nacional para conhecer, entre outras, as matérias que eram da competência do Tribunal do Comércio de Lisboa no que respeita à concorrência (arts. 84.º e 89.º). No dia 1 de março de 2012 foi aprovada a instalação deste tribunal em Santarém, tendo o Tribunal sido efetivamente instalado no final de março.

Em suma, na aplicação das regras da concorrência na defesa do interesse público, há, desde 2003, um único tribunal nacional de 1.ª instância, primeiro o Tribunal do Comércio de Lisboa e, desde março de 2012, o Tribunal da Concorrência, Supervisão e Regulação.

No que concerne à competência em segunda instância, pese embora a competência material do Tribunal do Comércio de Lisboa, parte da jurisprudência superior foi entendendo aplicar, como critério de competência territorial para o conhecimento dos recursos, o local da prática da infração, o que determinou que parte dos recursos em matéria de concorrência tivesse sido espalhado por vários tribunais da Relação, embora o maior número se tenha mantido na Relação de Lisboa.

Com a criação do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, a competência em razão do território passou para o Tribunal da Relação de Évora.

Desde a entrada em vigor da LOSJ (Lei n.º 62/2013, de 26 de agosto), a competência material e territorial para os recursos em matéria de concorrência estabilizou-se no Tribunal da Relação de Lisboa.

Porque a especialização foi desde cedo eleita, nesta matéria, como essencial, importa assegurar que o modelo eleito a garante.

A formação específica prévia à colocação de magistrados em tribunais especializados tem-se revelado de difícil exequibilidade, por várias razões – transversais a esta e outras matérias –, em que avulta a instabilidade da organização judiciária do território, que tem conhecido, nos últimos anos, vicissitudes consideráveis.

A formação dirigida aos magistrados já colocados, para produzir frutos, implica garantias de continuidade. Esse um dos desafios próximos, face às opções tomadas em relação ao Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, nomeadamente quanto à sua localização.

Mas mais temas se perfilam no horizonte. A interpretação que o Supremo Tribunal de Justiça tem feito da noção legal de "entidades administrativas independentes com funções de regulação e supervisão" releva sobremaneira

para o pensamento estruturado sobre o futuro deste tribunal. Todos os contributos são bem-vindos, nomeadamente os dos especialistas e protagonistas do sistema.

Ainda no plano interno uma nova interpelação se avizinha – a transposição da Diretiva 2014/104/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de novembro de 2014, relativa a certas regras que regem as ações de indemnização no âmbito do direito nacional por infração às disposições do direito da concorrência dos Estados-Membros e da União Europeia, a Diretiva *Private Enforcement*. Também a justiça será chamada a contribuir na conceção do sistema e na operacionalização da solução.

E não podemos deixar de referir, em nota final, um desafio mais compreensivo e global. Os tempos de crise não são favoráveis às regras de sã concorrência. Em tempos difíceis, são fortes as tentações de protecionismo, as pulsões para a mudança de regras voluntariamente aceites e comummente partilhadas, o fecho de mercados e fronteiras em busca da salvação individual.

A verdade é que a história não se apaga e que o mercado único subsiste como única aposta válida num mundo cada vez mais globalizado. Por isso precisamos de encontrar, em conjunto, respostas à altura de uma unidade que se foi consolidando paulatinamente e que garantiu um dos mais longos períodos de paz e de prosperidade à escala europeia.

E em matéria de concorrência mantenhamos firme a defesa de regras ajustadas e eficazes.

BIBLIOGRAFIA

Pego, José Mariano
2001 *A Posição Dominante Relativa no Direito da Concorrência*, Almedina.
Xavier, Alberto
1970 "Subsídios para uma Lei de Defesa da Concorrência", 136 *Cadernos de Ci*ência e Técnica Fiscal
Santos, António Carlos dos, Gonçalves, Maria Eduarda & Leitão Marques, Maria Manuel
2001 *Direito Económico*, Almedina.