

AUTORIDADE OU AUTORIDADES DA CONCORRÊNCIA – DIVIDIR PARA REINAR? ONDE ESTÁ A FRONTEIRA ENTRE AS ATRIBUIÇÕES DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA E A ATRIBUIÇÃO DE SANCIONAR ILÍCITOS CONCORRENCIAIS?

*Miguel Pena Machete / Catarina Pinto Xavier**

Alguém um dia disse, com muita sapiência, que a vida real é bem mais criativa do que a nossa imaginação. O Direito, entendido, em termos simples e gerais, como “conjunto de normas gerais e abstractas, dotadas de coercitividade, que regem os comportamentos e as relações numa sociedade”¹, é, por natureza, campo fértil para a verificação prática daquela constatação. Afinal, por mais atento, ponderado, racional e abrangente que o legislador possa e deva ser, depois de entrar em vigor, a lei, aprovada com determinado sentido e propósito, bem claros, por sinal, para quem a criou, acabará sempre, conforme a sua vigência seja mais ou menos longa e as suas normas mais ou menos aplicadas, por ser enredada na vida real e interpretada e aplicada com tantos sentidos ou propósitos que vão bem mais além do que o legislador imaginou. Resta saber, em cada caso, se a vida real tem assim tanto poder ou se a racionalidade subjacente à Ciência Jurídica lhe impõe limites.

Em Portugal, a promoção e defesa da concorrência, enquanto desígnio constitucionalmente consagrado, começou por ser inicialmente fomentado pelo Direito da União Europeia e está hoje amplamente sedimentado no ordenamento jurídico português. Além das atribuições conferidas à Autoridade da

* Advogados na SLCM // Serra Lopes, Cortes Martins & Associados.

1 *Direito* in Dicionário infopédia da Língua Portuguesa [em linha]. Porto: Porto Editora, 2003-2018. Disponível na Internet: <https://www.infopedia.pt/dicionarios/lingua-portuguesa/direito>

Concorrência (AdC), a generalidade das autoridades públicas, em especial, as entidades reguladoras sectoriais, têm atribuições em matéria de concorrência, que surgem normalmente identificadas na lei como atribuições de “*promoção da concorrência*”, “*defesa da concorrência*” ou “*promoção e defesa da concorrência*” no âmbito do sector económico que regulam. Vejam-se, por exemplo, os Estatutos da Autoridade Nacional de Comunicações (ANACOM)², da Autoridade da Mobilidade e dos Transportes (AMT)³, da Autoridade Nacional da Aviação Civil (ANAC)⁴, da Entidade Reguladora da Saúde (ERS)⁵ ou da Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos (ERSE)⁶.

Mas, se há Estatutos que traçam uma fronteira entre as atribuições cometidas à AdC em matéria concorrencial e aquelas conferidas à entidade reguladora, através da expressa menção à necessidade de articulação com a AdC ou por meio da expressão “*sem prejuízo das competências expressamente atribuídas por lei à Autoridade da Concorrência*”, outros há em que a referência a “*promoção e defesa da concorrência*” na lista das suas atribuições, desgarrada daquelas advertências, tem permitido às entidades reguladoras chegarem, no plano da vida real, aos mesmos resultados a que chegaria a AdC no pleno exercício dos seus poderes sancionatórios: pôr fim a uma concreta prática restritiva da concorrência.

Confrontados com tal situação na vida real, a questão que se coloca é a seguinte: à luz do princípio da legalidade do Direito Administrativo, aplicável às entidades reguladoras, e à luz da Lei da Concorrência, (Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio), podem as entidades reguladoras sectoriais com atribuições de promoção e defesa da concorrência, através, por exemplo, de uma instrução vinculativa, determinar a um operador económico com actividade no mercado sobre o qual têm poderes de regulação a cessação de determinada conduta comercial com fundamento em violação da concorrência? Por outras palavras: podem as entidades reguladoras pôr fim a práticas restritivas da concorrência?

2 Aprovados em anexo ao Decreto-Lei n.º 39/2015, de 16 de Março.

3 Aprovados em anexo ao Decreto-Lei n.º 78/2014, de 14 de Maio, rectificado pela Declaração de Rectificação n.º 33/2014, de 2 de Julho, e alterado pelo Decreto-Lei n.º 18/2015, de 2 de Fevereiro.

4 Aprovados em anexo ao Decreto-Lei n.º 40/2015, de 16 de Março.

5 Aprovados em anexo ao Decreto-Lei n.º 126/2014, de 22 de Agosto.

6 Aprovados em anexo Decreto-Lei n.º 97/2002, de 12 de Abril, alterados pelos Decretos-Leis n.ºs 200/2002, de 25 de Setembro, 212/2012, de 25 de Setembro, e 84/2013, de 25 de Junho.

Se é certo que a generalidade das entidades reguladoras têm competência para emitir instruções vinculativas no âmbito dos seus poderes de regulação, de promoção e defesa da concorrência e de supervisão, importará sempre atender ao fundamento e resultado de tais instruções vinculativas para perceber se as mesmas são, de facto, emitidas no âmbito das atribuições conferidas à entidade reguladora, ou se as extravasam. É que, por exemplo, uma instrução vinculativa (ou acto administrativo) que ordene a extinção de uma condição contratada entre dois operadores económicos privados, tendo por fundamento preocupações jus-concorrenciais, e a alegada verificação da existência de uma prática restritiva da concorrência provocada por essa condição contratual, traduz-se, em bom rigor, no exercício de um poder sancionatório, diferente da aplicação de contra-ordenações, é certo, mas que apenas à AdC é conferido. É que, no caso do Direito da Concorrência, sancionar ou punir não passa apenas pela aplicação de contra-ordenações, mas também – e sobretudo – pela modelação dos comportamentos dos operadores económicos, mediante a imposição de condições ou remédios, pela monitorização de contratos, etc.

Ainda que, de um modo geral, além da própria AdC, todas as autoridades reguladoras sectoriais possuam atribuições de promoção e defesa da concorrência, a verdade é que apenas a AdC tem poderes sancionatórios no âmbito dessa atribuição. De acordo com o disposto no n.º 2 do artigo 6.º dos Estatutos da AdC, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 125/2014, de 18 de Agosto, no exercício dos seus poderes sancionatórios incumbe à AdC *«Identificar e investigar os comportamentos suscetíveis de infringir a legislação de concorrência nacional e da União Europeia, nomeadamente em matéria de práticas restritivas da concorrência e de controlo de operações de concentração de empresas, proceder à instrução e decidir sobre os respetivos processos, aplicando, se for caso disso, as sanções e demais medidas previstas na lei»*.

Por sua vez, analisando os Estatutos de várias entidades reguladoras, não se encontra, no elenco dos poderes de fiscalização e sancionatórios que lhes são conferidos, referência a quaisquer poderes que visem a punição ou cessação de práticas restritivas da concorrência. Aliás, por regra, a promoção e defesa da concorrência surgem por referência aos seus poderes de supervisão. Ou seja, conjugando a Lei da Concorrência e os vários Estatutos das entidades reguladoras sectoriais, fazendo uma interpretação sistemática e teleológica dos mesmos, verifica-se que tais entidades devem promover a concorrência apenas numa lógica preventiva e de regulação do mercado, antecipando e prevenindo questões concorrenciais ou, numa perspectiva geral e abstracta, emitindo

normas regulamentares que, por exemplo, fomentem melhores condições de concorrência ou resolvam problemas de violação de direito da concorrência já identificados pela AdC e em cooperação com esta.

Decorre da Lei da Concorrência que, existindo um indício de uma prática restritiva da concorrência, é exclusivamente à AdC que cabe avaliar se uma infracção se verifica e, em caso afirmativo, sancioná-la (cfr. *v.g.* artigos 13.º e 67.º). É, por isso, que existe a obrigação, nos termos do artigo 17.º, n.º 3, da Lei da Concorrência, para todas as entidades públicas, em especial para autoridades administrativas independentes (entenda-se, as entidades reguladoras sectoriais), de participar à AdC os factos de que tomem conhecimento e que sejam susceptíveis de serem qualificados como práticas restritivas da concorrência. E é também por isso que, sempre que, no âmbito das respectivas atribuições, uma autoridade reguladora sectorial apreciar, officiosamente, ou a pedido de entidades reguladas (como é o caso de existir uma denúncia), questões que possam configurar uma violação do disposto na Lei da Concorrência, está obrigada a dar imediato conhecimento à AdC (cfr. artigo 35.º, n.º 3). Dever que, aliás, vem também expressamente determinado em alguns Estatutos de entidades reguladoras.

Tal significa que só a AdC tem atribuições que compreendem o poder (a competência concreta) de fazer cessar práticas restritivas da concorrência. Mas, ainda assim, a lei nem sequer lhe confere o poder de, com uma decisão única e imediata, fazer cessar definitivamente qualquer prática restritiva. O mais próximo que existe dessa situação é a figura das medidas cautelares, previstas no artigo 34.º da Lei da Concorrência, e no âmbito da qual a AdC pode ordenar, preventivamente, a imediata suspensão da prática restritiva em causa, ou quaisquer outras medidas provisórias necessárias à imediata reposição da concorrência ou indispensáveis ao efeito útil da decisão a proferir no termo do processo, desde que as investigações realizadas indiciem que a prática que é objecto do processo está na iminência de provocar prejuízo grave e irreparável ou de difícil reparação para a concorrência. A cessação da prática restritiva, fora do âmbito das medidas cautelares, não pode sequer ser directamente ordenada pela AdC, decorrendo da Lei da Concorrência que deverão ser os próprios agentes económicos a fazer cessar e/ou alterar as práticas em causa. Para alcançar esse resultado, a AdC tem o poder de sancionar tais práticas, mediante a imposição de condições na fase do inquérito ou mediante processo contra-ordenacional, contribuindo assim para a alteração voluntária dos comportamentos pelos agentes económicos.

Em conclusão e por maioria de razão, se nem a própria AdC – o regulador máximo da concorrência – tem o poder de, fora de um processo sancionatório, ordenar a cessação de uma prática anticoncorrencial, uma entidade reguladora sectorial também não o pode fazer, por falta de atribuições. E contra isso não vale o argumento de que a AdC fecha os olhos às actuações das entidades reguladoras, incentivando-as, até, em certos casos, a sancionarem elas próprias, à margem da Lei da Concorrência e ao abrigo da ampliação insuflada das suas atribuições, mediante ordens directas de cessação de comportamentos, alegadas práticas restritivas da concorrência. Nesta matéria, o princípio da legalidade é o limite à vontade das entidades reguladoras, incluindo da própria AdC, não valendo aqui o princípio *dividir para reinar*. Só há uma e única Autoridade da Concorrência!

Abril de 2018