

## A PROPÓSITO DOS DEZ ANOS DO CÍRCULO DOS ADVOGADOS PORTUGUESES DE CONCORRÊNCIA

*Carlos Pinto Correia\**

Assinalar um aniversário é sempre um pretexto para olhar para trás. Ao falarmos do aniversário do CAPDC, é necessário passar em revista a origem e a evolução da proteção da concorrência em Portugal, o que leva a uma conclusão incontornável: o processo de desenvolvimento do direito da concorrência em Portugal foi particularmente lento. Durante boa parte do século em que, por motivos vários, a tutela jurídica da concorrência se afirmou na Europa, vivemos num sistema jurídico, ordenado a partir da Constituição de 1933, que tinha uma relação ambígua com o mercado e era alheio fundamentalmente à liberdade económica individual. Num tal quadro, a tutela jurídica dos valores da concorrência não tinha lugar assegurado.

Na sua fase final este quadro jurídico conheceu episódios surpreendentes. O mais relevante destes foi a publicação, ainda na vigência da Constituição de 1933, de um estudo fundador sobre a necessidade e a estrutura de uma lei da concorrência<sup>1</sup>. Fê-lo em 1972 um notável professor da Faculdade de Direito de Lisboa, o Prof. Alberto Xavier que, infelizmente para quem se interessa pelo direito da concorrência, nunca mais voltou ao tema. Assinalo também que, também nessa mesma escola, o Prof. António Sousa Franco por diversas vezes se aproximou destas questões, mesmo numa altura em que elas não eram ainda objeto de tratamento legislativo autónomo. É notável que, numa altura em que os quadros jurídicos tinham as limitações que se conhecem, que na vigência da Constituição de 1933, quer já após a aprovação da Constituição de 1974, tivesse havido a percepção de que uma economia de mercado só pode funcionar bem, tanto na ótica de garantir eficiência e crescimento, como

---

\* Advogado, presidente do Círculo dos Advogados Portugueses de Direito da Concorrência. O autor expressa-se a título pessoal.

1 Subsídios para uma lei de defesa da concorrência, Lisboa, 1970.

na de proteção dos direitos dos que nela participam, se estiver protegida por uma ordem pública da economia juridicamente tutelada.

Foi só na preparação da adesão de Portugal às então Comunidades Europeias que foram adoptadas regras de concorrência, em 1983 por um regime alterado depois em 1993. Os sistemas criados no domínio dos Decretos-Lei n.ºs 422/83 e 371/93 tinham limites óbvios, quer pela imprecisão do estatuto da autonomia privada face à Constituição da República de 1976 (sobretudo na vigência do regime criado em 1983), quer pelos limites da estrutura institucional encarregue da aplicação da lei (em ambos os casos). Apesar disso, é forçoso constatar que foram proferidas, em particular ao abrigo do Decreto-Lei n.º 371/93 diversas decisões interessantes, e conceptualmente sólidas, pelos órgãos de investigação e sanção previstos naqueles diplomas. Mas podemos afirmar que o primeiro regime de concorrência que reuniu condições para uma aplicação eficaz do direito da concorrência, na sua vertente nacional e da União, pelas autoridades portuguesas foi o introduzido pela criação da Autoridade da Concorrência e pela Lei n.º 18/2003.

O interesse e as tentativas de criar uma associação reunindo os advogados que se ocupam do direito da concorrência surgiu logo depois da adopção da Lei n.º 18/2003 em resposta aos desafios criados pela aplicação da mesma, e a associação veio a ser criada em março de 2009. Ao criar o Círculo mais não fizemos do que seguir um exemplo que nos vem de outros países europeus. Em muitos, senão em todos os países em que as questões desta área do direito são objecto de uma prática consistente, há associações deste tipo. Por vezes, é verdade, em ligação com os temas da concorrência desleal e da propriedade intelectual. Mas na maior parte dos casos, com associações próprias limitadas ao direito da concorrência. Assinale-se, pela sua importância, o exemplo alemão, com o prestigiado Studievereinigung Kartellrecht, com um grande número membros, que foi criado em 1965, sete anos após a adopção do GWB.

As razões desta necessidade de reunião dos advogados, e nalguns casos de economistas, resultam evidentes para quem estuda e aplica o direito da concorrência. O seu interesse resulta da constatação liminar de que esta é uma área onde o resultado da aplicação das regras é marcado pela incerteza jurídica, a fluidez de conceitos, o modo como eles podem oscilar em função do que a análise económica de comportamentos nos diz, e, como é evidente, a orientação política, através da chamada – e temida – política industrial. Esta complexidade é ainda reforçada pela necessidade de recorrer a regras de matriz penal – providas de um outro universo –, para reger os temas do

processo e da prova. Com efeito, as sanções aplicadas neste domínio têm uma natureza contra-ordenacional e o legislador sempre entendeu referir-se, indiretamente, ao quadro normativo dos ilícitos de mera ordenação. Essa decisão é fonte de grande número de problemas dada a dificuldade de articulação dos dois regimes. Mas é inegável que o ilícito de mera ordenação é o universo normativo que mais se aproxima das regras sobre liberdade de acção no mercado e que qualquer tentativa de cortar a ligação com o mesmo careceria da elaboração de um quadro específico que teria de ser completo.

É por isso que nos países em que as associações congêneres melhor funcionam, o reduzido corpo de advogados praticantes se associa às entidades administrativas de tutela, e aos órgãos judiciais, para tentar debater em conjunto e, se possível para reduzir, as imensas áreas de incerteza que rodeiam a aplicação das normas incriminadoras. Trata-se de uma tarefa que a todos interessa e que só se pode fazer com a reflexão conjunta de todos, no respeito da margem de autonomia, de cada interveniente e do papel que a cada um cabe. O interesse público que as autoridades de tutela devem proteger não será nunca posto em causa pelo facto de aceitarem debater temas de interesse comum com os advogados. Pelo contrário, esse diálogo pode ser útil na definição de boas regras que reforce a posição das autoridades ao esclarecer os limites da sua prática. Quanto aos advogados, um tal diálogo deve fazer-se no respeito das limitações da sua posição, já que têm um dever deontológico – não nos esqueçamos que a nossa é até certo ponto uma posição regulada –, de utilizar em defesa do interesse que patrocinam, os argumentos que a lei lhes faculta. E é justamente o facto de o número de envolvidos ser limitado, tanto ao nível das autoridades como dos advogados, que permite em geral um diálogo frutífero.

Foi isso que o Círculo tentou desde o início fazer. Recordo que se estabeleceu uma prática com a associação espanhola que permitiu a realização de conferências regulares, ora em Lisboa, ora em Espanha. Realizaram-se até agora seis dessas conferências, nas quais tivemos o gosto de ouvir representantes das autoridades nacionais de ambos os países, além naturalmente de advogados. Destaco em particular o facto de nas duas últimas conferências terem sido envolvidas associações congêneres, de Itália e, em Lisboa em 2018, também de França. Também na última conferência realizada em Lisboa tivemos o enorme prazer de beneficiar da participação dos senhores magistrados do Tribunal de concorrência e regulação, que, numa atitude que devemos absolutamente saudar, aceitaram debater estes temas com a Autoridade e com os advogados.

Além deste trabalho regular, que no que nos diz respeito ocorre a cada dois anos, o Círculo associou-se a iniciativas da Associação Portuguesa de direito Europeu, quer sobre os 60 anos do Tratado de Roma, quer sobre o brexit. Mas sobretudo participou de modo intenso no processo de adopção da actual lei da Concorrência. Fê-lo por duas formas: preparando um projecto autónomo que envolveu um grande número de membros, e participando no grupo de trabalho que funcionou junto do Governo de então. Assinalamos também duas iniciativas de grande significado da Autoridade, às quais associou o Círculo: a participação no grupo de trabalho que preparou a transposição da diretiva sobre o ressarcimento dos danos causados pelas violações das regras de concorrência; e mais recentemente, a participação no grupo que prepara a transposição da Diretiva ECN plus.

Esta última tarefa, por cuja iniciativa a Autoridade merece aplauso, e que foi discutida na conferência que assinalou o décimo aniversário da criação do Círculo, permitirá pelo menos tentar esclarecer, no domínio do exigido pela citada Diretiva, os aspectos da Lei n.º 19/2012 que a prática tem revelado serem menos acertados, e bem assim, espero-o sinceramente a título pessoal, esclarecer de uma vez por todas a posição da empresa, enquanto titular de informação potencialmente confidencial, no contexto de um processo de matriz contra-ordenacional. Essa é a principal tarefa que nos ocupa e espero que a colaboração do Círculo com Autoridade da Concorrência e com os senhores magistrados do Tribunal de Concorrência e Regulação possa contribuir para tornar mais previsível a aplicação do direito da concorrência em Portugal.