

A aplicação das Leis da Concorrência em Portugal: A Autoridade e os Tribunais

Abel M. Mateus
Presidente Autoridade da Concorrência

Digníssimos Magistrados do Ministério Público
Meritíssimos Juízes
Excelentíssimos advogados da concorrência
Caros Colegas

1. Importância das Leis da Concorrência

A concorrência é o jogo que se estabelece entre as empresas numa economia de mercado, e que leva os agentes económicos a optimizarem a eficiência económica e a maximizar a utilidade dos consumidores. É também o processo que conduz ao progresso técnico.

Em Portugal, a política económica tradicional tem dado especial atenção à acumulação dos factores produtivos, e em especial do capital físico,¹ ou às políticas que têm como objecto o sector público. Mas são as empresas que produzem a maioria dos bens e serviços e são elas a quem compete fazer subir o PIB. É pois necessário aumentar a produtividade/competitividade da economia, e para isso é fundamental a política da concorrência. Só através dela podemos fazer subir a produtividade.

A economia portuguesa está a atravessar o período mais longo de divergência nos últimos 100 anos. A quase-estagnação da economia nos últimos 8 anos, e a divergência continuada em relação à UE (já perdemos 9 pontos percentuais desde 2000) diz-nos que é necessário dar maior importância às políticas microeconómicas, que têm a ver com a afectação eficiente dos recursos produtivos. Fazer investimentos criteriosos e eficientes, dar aos agentes económicos os incentivos apropriados para a eficiência e fazer respeitar o estado de direito, são importantes áreas de políticas estruturais.²

É evidente que é necessária a inovação, e a teoria mostra que no actual estágio de desenvolvimento temos que dar mais importância à modernização das instituições. O crescimento do PIB não vai depender de novas descobertas científicas que se façam em Portugal, pois não temos a base de capital humano que o permita. O crescimento económico futuro depende em grande parte da produtividade total dos factores, o que está intimamente ligado à reorganização e re-engenharia empresarial e modernização institucional.

¹ Em termos históricos, a formação de capital humano contribuiu com um terço e a produtividade total dos factores também com cerca de um terço para o crescimento do PIB. Cálculos feitos em A. Mateus, *Economia Portuguesa*, 3ª edição, Verbo, 2006.

² Este problema tem sido repetidamente levantado por organismos internacionais independentes, nos últimos 5 anos, como a OCDE e o FMI, nos seus relatórios anuais, e tem tido também eco nos relatórios da Comissão Europeia sobre telecomunicações e energia.

Ao longo dos últimos anos temos procurado fundamentar a importância da política da concorrência à luz da teoria económica e dos fundamentos jurídicos. O bem público da concorrência é um bem protegido pela Constituição, é objecto dos Tratados Comunitários que são lei directamente aplicável pelos tribunais portugueses e está claramente vertida na Lei da Concorrência Portuguesa de 2003, a Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho.

Como será possível reduzir os sobre-custos de cerca de 20 a 30% nas infraestruturas portuguesas sem uma maior concorrência? Como é possível reduzir o grau de ineficiência em empresas de bens não transaccionáveis que se demonstrou atingirem 30% ou mais dos seus custos totais sem que a pressão da concorrência os obrigue? Estes problemas não se resolvem por decreto ou apenas por regulação, pois estamos numa economia de mercado!

É à Autoridade da Concorrência que compete a aplicação da Lei da Concorrência de uma forma transversal à economia portuguesa. A Autoridade defende o interesse público, e em última análise os consumidores. Quando a empresa que viola as leis da concorrência deixa de ser punida quem perde não é a autoridade administrativa, mas é toda a sociedade, nas pessoas de cada um dos consumidores. E o acumular destas violações é na economia de mercado uma das causas mais graves de redução do bem-estar social. Esta é uma das mais importantes conclusões da moderna economia industrial.

2. Porque é que as regras da concorrência são importantes? E, em Portugal, porque é que é difícil a sua aplicação?

As práticas restritivas da concorrência são proibidas por lei, tendo de ser necessariamente perseguidas e sancionadas, com vista a promover-se o respeito pelo bem público livre concorrência.. Só assim se consegue o poder dissuasivo necessário para que prevaleça o Estado de Direito, essencial numa sociedade democrática. Os órgãos da comunicação social relatavam recentemente que uma agência internacional referia que “Portugal tem uma das leis contra o crime de branqueamento de dinheiro mais evoluídas do mundo, mas não existe uma única condenação”.

Depois de uma primeira onda de entusiasmo e “curiosidade social” pela política da concorrência, associados aos primeiros anos de actuação da AdC, parece registar-se alguma reacção de receio desta política. É um facto que “a dinâmica social” que se estabelece entre uma autoridade de concorrência e os grupos sociais são geralmente “desfavoráveis” à autoridade, em termos da “opinião pública”.

Vejamos, quando uma empresa que viola as regras é punida, é evidente que reage negativamente. As empresas suas concorrentes, que são muitas vezes prejudicadas pelo comportamento, não reagem necessariamente. Seja porque estão dependentes da empresa infractora por relações verticais, ou porque receiam “retaliação” ou uma “concorrência mais agressiva”. No caso de uma concentração, as concorrentes são contra a operação quando esta tem efeitos pró-competitivos. Ora é quando as possíveis eficiências geradas reduzem os preços no mercado, que os concorrentes receiam uma redução das suas margens. E, por outro lado, quando são favoráveis à concentração é que há razões intrínsecas para que a autoridade se preocupe com os efeitos no mercado: aumento dos preços para os consumidores. Em todos os casos anteriores, a autoridade pode encontra-se no lado contrário às empresas, unicamente preocupadas com os seus interesses próprios e não motivadas pelo interesse público. E como a influência dos

grupos económicos na comunicação social é maior do que a do “consumidor anónimo”, estas reacções são amplificadas.³

Mas esta posição não é aquela que corresponde ao interesse público, ao interesse colectivo da sociedade. Todos os empresários defendem uma concorrência mais efectiva. Se o(s) incumbente(s), isto é, as empresas que se encontram estabelecidas em mercados que começam a registar novas entradas, utilizar(em) comportamentos exclusionários, ou se um conjunto de empresas concorrentes utilizarem cartéis ou acordos restritivos, levarão à redução dos seus lucros ou, em última análise, à sua falência.

Finalmente, os grupos sociais que mais beneficiam de uma concorrência efectiva e equilibrada são os consumidores. Mas em sociedades onde não estão suficientemente organizadas, estes não têm uma “voz audível” no jogo social.

É por isso que em países onde é fraca a cultura da concorrência é essencial a actuação da autoridade administrativa e dos tribunais para fazer cumprir a lei da concorrência, em defesa do bem público, e muitas vezes sem apoio da chamada “opinião pública”.

Poderá pensar-se que a Autoridade está a reagir excessivamente às violações da Lei da Concorrência. Temos ouvido a mesma crítica por advogados de empresas em relação à Comissão Europeia. Existirá *over-enforcement*? Rejeitamos veementemente tal ideia. Primeiro, porque até agora foram tomadas 12 decisões condenatórias de relevo num total de cerca de 50 processos abertos pela Autoridade, e a Autoridade é obrigada a perseguir todos os casos em que existem indícios de violação da lei. Segundo, porque todas as estatísticas disponíveis mostram que a taxa de detecção é bastante inferior ao número total de violações: 13% no caso de cartéis nos EUA! E terceiro, porque os indicadores disponíveis mostram que no sector dos bens não transaccionáveis, os seus preços finais são bastante superiores aos da média europeia, e o grau de ineficiência uma clara barreira ao crescimento económico.

E, finalmente, um outro indicador muito concreto. É conhecido da teoria que o estatuto de clemência é eficaz quando o custo de detecção para as empresas é elevado, o que acontece quando as coimas aplicadas – e confirmadas pelos tribunais – são elevadas e a taxa de detecção é significativa. Ora, ao contrário da Comissão Europeia e das agências *anti-trust* americanas, que têm recebido dezenas de pedidos nos últimos anos, em Portugal o instituto da clemência ainda não produziu os efeitos esperados.

3. O papel da Autoridade e o controlo dos Tribunais

A Autoridade é o órgão persecutório para as leis da concorrência em Portugal, em conjugação com a Comissão Europeia, no que respeita à defesa deste bem público. Mas sendo a maioria das suas decisões recorridas para os Tribunais, o papel de punição e a capacidade de dissuasão das violações depende da actuação conjunta com estas entidades. Cabe aos tribunais um papel determinante relativamente à condenação das práticas restritivas da concorrência e, claro, ao montante da sanção aplicada. E só perante um custo elevado é que quem viola a lei se sentirá incentivado a cumpri-la. Isto porque os benefícios que resultam da violação da Lei da Concorrência são enormes. É

³ Os problemas aqui identificados são sentidos na generalidade dos países. Contudo, existe uma grande diferença entre países onde a sociedade civil está mais organizada, ou a democracia mais madura. Por exemplo, nos EUA uma grande parte dos casos de concorrência resultam de queixas das próprias empresas e de litigação privada, na França as associações de consumidores constituem-se como contra-interessados nas operações de concentrações ou intervêm nas decisões ministeriais sobre as mesmas.

comum encontrar benefícios para as empresas da ordem dos 15 a 30% dos preços finais, o que faz multiplicar os lucros muitas vezes 2 a 5 vezes enquanto dura a violação. E o custo em termos de bem-estar social, para toda a sociedade, é enorme. A OCDE estimava recentemente para Portugal em cerca de 10% do PIB o custo de falta regulação eficaz, no qual inclui a falta de cumprimento das regras de concorrência.

Segundo os seus Estatutos, a AdC é a entidade administrativa responsável pelo “enforcement” da Lei da Concorrência. Segundo o artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 10/2003, cabe à Autoridade “assegurar o respeito pelas regras de concorrência, tendo em vista o funcionamento eficiente dos mercados, a repartição eficaz dos recursos e os interesses dos consumidores.” E no artigo 6.º a primeira função é a de “velar pelo cumprimento das leis, regulamentos e decisões destinadas a promover a defesa da concorrência”. É, pois, claramente uma agência persecutória das violações da Lei da Concorrência, e o seu grau de sucesso perante os cidadãos e os poderes públicos que os representam depende acima de tudo do grau em que satisfaz esta missão.⁴ Segundo o artigo 7.º, “Para o desempenho das suas atribuições, a Autoridade dispõe de poderes sancionatórios, de supervisão e de regulamentação.” Quanto ao primeiro, “cumpre à Autoridade identificar e investigar as práticas susceptíveis de infringir a legislação de concorrência nacional e comunitária, proceder à instrução e decidir sobre os respectivos processos, aplicando, se for caso disso, as sanções previstas na lei; e adoptar medidas cautelares, quando necessário.” Quanto ao segundo, “compete à Autoridade proceder à realização de estudos, inquéritos, inspecções ou auditorias que, em matéria de concorrência, se revelem necessários; instruir e decidir procedimentos administrativos relativos à compatibilidade de acordos ou categorias de acordos entre empresas com as regras de concorrência; e instruir e decidir procedimentos administrativos respeitantes a operações de concentração de empresas sujeitas a notificação prévia.”

Até ao momento foram decididos 21 casos de práticas restritivas da concorrência: 12 decisões condenatórias, 3 decisões de arquivamento com compromissos, e 6 arquivamentos simples. Presentemente, e como constam do seu Relatório de Actividades, a AdC tem abertos mais de duas dezenas de processos.

Até esta data, o montante das coimas aplicadas pela AdC nas suas decisões aproxima-se dos 90 milhões de euros, o que corresponde a uma média inferior a 2% do volume de negócios das empresas envolvidas, sendo a percentagem máxima de 10% do volume de negócios.

Das decisões da Autoridade cabe recurso judicial para o Tribunal do Comércio de Lisboa. Segundo o artigo 38.º dos Estatutos, “as decisões da Autoridade proferidas em processos de contra-ordenação são impugnáveis junto do Tribunal de Comércio de Lisboa,” bem assim como “as decisões da Autoridade em procedimentos administrativos, respeitantes a matéria de concorrência”, como as decisões de concentração.

Da matéria de direito cabe depois recurso para o Tribunal da Relação de Lisboa, e das decisões deste para o Supremo Tribunal de Justiça (no caso apenas dos procedimentos administrativos relativos ao controlo das concentrações de empresas).

⁴ No caso do Reino Unido e da Holanda, casos em que existe um contrato entre a tutela e as autoridades da concorrência, que têm um estatuto de independência, o principal critério de avaliação da sua performance é exactamente o número de decisões condenatórias que adoptam em dado ano.

Todas as decisões da Autoridade (excepto as aprovações de concentrações) têm sido objecto de recurso para o Tribunal do Comércio e até às instâncias superiores. Esta prática, que porventura é importante para estabelecer uma jurisprudência nacional sobre estas matérias, faz repousar sobre os Tribunais, e em especial sobre o Tribunal do Comércio de Lisboa, que é quem aprecia em estágio final a matéria de facto, a responsabilidade de decisão sobre os processos, bem como lhe cria uma exposição mediática significativa, dados os interesses económicos em causa.

Um dos problemas mais sérios com o regime de contra-ordenações aplicável às decisões contra práticas restritivas da concorrência é que um tribunal que aprecia o caso em recurso nunca pode aumentar a coima, e como por vezes não concorda com parte da apreciação de cada um dos elementos da moldura que a estabelece, ou constata haver alguma “falha processual” então reduz a coima, quando não anula o processo. Esta é a função de controlo exercida pelos tribunais. De facto, a legitimidade da actuação de uma entidade independente como a Autoridade só é possível mediante as garantias que são asseguradas pelos tribunais em qualquer Estado de direito. Estamos todos ainda a aprender nesta fase de criação de novas instituições e de novas leis, e a Autoridade tem contemplado os ensinamentos que resultam das decisões judiciais nos seus Manuais de Procedimentos para poder aperfeiçoar os seus métodos de trabalho.

Permitam-me, e com todo o respeito pela independência dos Tribunais, fazer uma reflexão. A sentença proferida no caso Agepor parece-nos um bom exemplo daquilo que é necessário: sempre que possível, compatibilizar o escrupuloso respeito pelos direitos de defesa e de audição constitucionalmente reconhecidos aos arguidos em processo contra-ordenacional, com a necessidade de uma decisão que, não sendo apenas legal, é oportuna e dissuasora da prática de ilícitos anti-concorrenciais. Neste caso, o Tribunal do Comércio de Lisboa entendeu ter ocorrido uma irregularidade no acesso ao processo pela arguida, pelo que deu oportunidade a esta de ter acesso aos elementos em questão, após a Autoridade se ter pronunciado sobre os casos onde se justificava a recusa devido à protecção do segredo de negócio de terceiros, e proferiu uma decisão de mérito, reduzindo a coima aplicada de 195 mil para 130 mil euros, por entender que a moldura abstracta tinha sido incorrectamente definida.

Mas não posso concluir sem sublinhar que, mesmo com casos como o apontado, o regime nacional mantém substanciais incentivos à impugnação das decisões da Autoridade, independentemente da bondade dos argumentos que contra elas possam ser apontados. Sublinho aqui apenas o facto de o pagamento da coima ser suspenso até o caso transitar em julgado. Como a duração previsível de um caso vai de 4 a 5 anos só este factor reduz cerca de 25 a 40% do valor monetário da coima inicialmente aplicada pela Autoridade, aplicando a metodologia de cálculo do custo de oportunidade de capital da empresa. Cem mil euros a pagar daqui a 4 ou 5 anos valem menos do o mesmo montante a pagar hoje, como sabe qualquer cidadão que tenha empréstimos bancários para pagar a sua habitação. Assim, claramente que recorrer compensa! E pode ser a diferença entre o “crime” compensar ou não. Estes são incentivos perversos do sistema legal português que urge corrigir.⁵

⁵ Uma solução seria obrigar ao pagamento imediato da coima, ficando esta num fundo à guarda do tribunal ou a revogação legal da proibição de *reformatio in pejus* neste domínio, a exemplo do que sucede com os tribunais comunitários, que podem agravar as sanções impostas pela Comissão. Outra solução,

4. Casos de cartéis e outros acordos restritivos

Os cartéis que são acordos horizontais (num mesmo mercado) entre empresas para fixar preços, limitar a produção, limitar investimentos ou repartir mercados, são por todo o mundo considerados os casos mais graves de violação da Lei da Concorrência. Estudos académicos mostram que no mercado onde actuam fazem aumentar os preços, em média de 20 a 30%, com a consequente redução no bem-estar dos consumidores, redução no bem-estar social. Os seus efeitos são também sérios para a competitividade da economia, porque encarecem as matérias-primas ou os produtos intermédios usados por outras empresas.

Existem dois tipos: aqueles que afectam directamente o sector privado, e os que afectam o sector público (bid rigging). Este último tipo de cartéis que afecta os concursos públicos para fornecimento de bens ou serviços ao Estado é já hoje criminalizado em muitos países. E Portugal também terá para lá caminhar mais tarde ou mais cedo. A Comissão Europeia já puniu dois cartéis em que participaram empresas portuguesas, nos últimos anos: o cartel do cimento em 1995⁶ e recentemente o cartel dos asfaltos. Neste último ponto, deve ser sublinhado que as coimas mais elevadas foram aplicadas à Repsol e à Cepsa (mais de 80 milhões de euros cada), as quais representam cerca de 70% do mercado em causa, enquanto que à Galp, com um volume de vendas substancialmente inferior a 10%, foi aplicada uma coima de 8,6 milhões de euros. E também merece reflexão o facto de aquelas empresas espanholas terem beneficiado de reduções de 40% e 20%, respectivamente, devido à colaboração com a Comissão, enquanto que a Galp, não tendo colaborado, não teve qualquer atenuação da coima. A BP, que deu origem ao processo, foi dispensada da coima, a qual teria, de outra forma, ascendido a mais de 65 milhões de euros.⁷

A jurisprudência comunitária estabelece hoje claramente que os cartéis são puníveis só pelo objecto, não sendo sequer necessário provar que houve efeito, embora este possa ajudar na fixação do montante da coima. E o que é que isto significa?

Na economia portuguesa, para além dos casos acima referidos, têm sido detectados cartéis nos mais variados sectores: desde os produtos alimentares aos serviços, desde a indústria farmacêutica aos transportes marítimos. E os indícios continuam.

As empresas são cada vez mais sofisticadas na formulação dos acordos, no tipo de comunicação e nas formas de ocultação dos acordos, pelo que na última sessão que tivemos com o Parlamento, vários grupos manifestaram a sua preocupação com a eventual necessidade de reforçar os poderes de investigação da Autoridade

acolhida pelo sistema anglo-saxónico, para dissuadir a litigação-pela-litigação, é obrigar quem perde a pagar as custas de advogados da outra parte.

⁶ A Cimpor foi condenada pelo Tribunal de Primeira Instância em 15.3.2000 numa coima de 4,3 milhões de euros e a Secil em 1,4 milhões. A decisão da Comissão tinha sido proferida em 1994, o que dá bem ideia da importância das coimas à época.

⁷ Comunicado de imprensa da Comissão Europeia, IP/07/1438, de 3.10.2007, disponível em <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/07/1438&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>.

Mas não bastam estes poderes, é necessário que as sanções sejam dissuasoras. E, neste momento, Portugal faz parte de um grupo de países onde estas são menos graves. A moldura sancionatória concreta que é aplicada aos cartéis pela Comissão Europeia é mais rigorosa, e são cada vez mais os países que criminalizam estas práticas.

A este respeito ocorreu um importante desenvolvimento com o instrumento da clemência introduzido pela Lei n.º 39/2006. Mas este só é eficaz se for elevado o custo de ser detectado. Para isso, é essencial haver condenações confirmadas em tribunal, para que as empresas que violam a lei sejam obrigadas a pagar as multas e que estas sejam dissuasoras de comportamentos futuros.

Neste aspecto, basta pensarmos no caso do cartel do sal, onde um dos dirigentes máximos de uma das empresas envolvidas prestou declarações à televisão, posteriormente à condenação pela Autoridade, onde assumia a autoria do acordo – facto que ocultou durante a nossa investigação – e se mostrou mesmo disposto a voltar a fazê-lo... Isto apesar de à empresa em causa ter sido aplicada uma coima de 225 mil euros, por beneficiar de uma atenuante devido à colaboração no reconhecimento e prova do acordo. Cabe perguntar: até onde teremos de ir para garantir uma prevenção especial (para já não falar da geral) adequada aos ilícitos em causa? Certamente só com uma posição mais dura, como aquela que a Autoridade tem assumido desde a sua criação, poderá, com o contributo das autoridades judiciais, contribuir para alterar este quadro de prevaricação.

A Comissão e as autoridades dos EUA praticamente só trabalham com cartéis que são denunciados por clemência, e têm dezenas de decisões por ano, enquanto que em Portugal, após um ano de vigência do novo regime legal, houve até agora um número reduzido de casos. Ao contrário do que se esperava, não há “filas” para denunciar cartéis, apesar dos indícios!

E apesar do esforço da Autoridade na formação dos responsáveis por concursos públicos ainda não houve nenhuma denúncia.

Falámos de acordos horizontais, mas os acordos verticais também são punidos pela Lei, porque podem representar restrições significativas à concorrência. Acordos de exclusividade fecham os mercados e reduzem as escolhas do consumidor, travam a inovação e aumentam os preços.

É indispensável para a consolidação da cultura de concorrência actuar também ao nível das relações entre produtores e distribuidores, sobretudo os pequenos retalhistas que tendem a ser vinculados por contratos de adesão a redes de cobertura nacional que, devido ao seu efeito cumulativo ou individualmente, encerram o acesso por parte de outros concorrentes, em detrimento da variedade de escolha dos consumidores e dos benefícios da concorrência inter-marcas ao nível dos preços.

5. Casos de abusos de posição dominante

A nível comunitário está hoje em dia claramente confirmada a especial responsabilidade de respeito pelas regras da concorrência pelas empresas em posição dominante, o que implica que comportamentos que podem ser tolerados quando o agente não dispõe de uma posição significativa no mercado podem e devem ser punidos com dureza quando

levados a cabo por empresas dominantes, sobretudo em mercados onde a concorrência está ainda a emergir e a conduta daquelas empresas é susceptível de impedir a entrada ou expansão dessa concorrência, sempre em prejuízo da inovação e do bem-estar dos consumidores. Tal acaba de ser confirmado pelo Tribunal de Primeira Instância no caso Microsoft, sendo que, apesar da dimensão da coima aplicada, a maior até agora imposta a uma única empresa (500 milhões de euros), não só a confirmou plenamente como condenou a Microsoft a pagar 80% dos custos suportados pela Comissão devido ao recurso judicial.

O acórdão do TPI sobre a Microsoft confirma toda a doutrina tradicional sobre os abusos de posição dominante. Em particular confirma a gravidade dos comportamentos adoptados pela Microsoft. Confirma plenamente a doutrina em *Magill* e *IMS Health* de que mesmo num caso em que existem direitos de propriedade intelectual (da interoperabilidade do sistema operativo), uma recusa de serviço é ilegal quando limita o desenvolvimento tecnológico, tem possibilidade de eliminar a concorrência e não tem justificação objectiva. Rejeita os argumentos da Microsoft de que os seus comportamentos não devem ser punidos porque não tiveram efeitos no mercado (por exemplo o tying) e a especial responsabilidade das empresas em posição dominante em respeitar as leis da concorrência. Esta tem sido, aliás, a posição que a Autoridade portuguesa tem defendido na revisão das Guidelines que está em curso na Comissão Europeia.

6. Controlo de concentrações

Nesta matéria, verifica-se que, desde a criação da Autoridade, e apesar de terem sido proferidas já três decisões de proibição, existe apenas um caso de recurso judicial de suas decisões, pendente no Tribunal de Comércio há 2 anos.

Também aqui me permitiria sugerir uma reflexão sobre a forma de tornar o processo mais eficiente. No modelo comunitário permite-se uma maior concentração no objecto do litígio e da prova mediante prévio acordo entre a recorrente e a Comissão Europeia. Só depois da adopção deste procedimento é que se tornou possível ter um controlo judicial em tempo útil, seja para as interessadas na concentração, que vêem o interesse na transacção diminuir em inversa proporção com a duração do processo, seja para a Comissão, que muito beneficiou da apreciação crítica exercida pelo Tribunal de Primeira Instância.

7. Necessidade de colaboração institucional com MP e qualidade do controle judicial

O Ministério Público é a entidade que defende os interesses do Estado e por isso é a entidade acusatória nos processos da Autoridade, os quais são lesivos do interesse público. Mas são as decisões da Autoridade que constituem o instrumento acusatório em julgamento, podendo a AdC recorrer independentemente.

Tem sido prática no âmbito dos processos judiciais relativos à impugnação das decisões da AdC que os instrutores da AdC compareçam enquanto testemunhas. Sem dúvida alguma, compete à AdC dar o seu contributo para o pleno esclarecimento dos factos que são objecto de prova em audiência. Mas temos de pensar melhor se será este o

enquadramento adequado à função de interesse público que está subjacente ao papel da AdC. E gostava de o sublinhar: a Autoridade não tem um interesse próprio, não é uma parte com um interesse particular a defender em juízo. A Autoridade representa o Estado na sua função de aplicação das regras da concorrência enquanto garantia de bem-estar e progresso da economia portuguesa.

E temos que aprender com as melhores práticas internacionais, sobretudo para tornar o sistema desde a decisão até ao controle judicial o mais célere e eficiente possíveis, respeitando todos os preceitos legais. Aqui importa considerar o exemplo que nos vem do Luxemburgo, onde o Tribunal de Primeira Instância, tendo plena jurisdição em casos de aplicação de coimas por infracção aos artigos 81.º e 82.º do Tratado, apenas anula decisões com fundamento em vícios processuais quando estes são essenciais, isto é, inquinam de forma irreversível a legalidade do processado e não podem ser ultrapassados mediante uma diligência que esteja à sua disposição, enquanto instância judicial.

8. Conclusão

Existe por vezes a ideia de que o que é bom para uma empresa é bom para o país.⁸ Também assim foi para outros países: “o que é bom para a Krupp é bom para a Alemanha”; “o que é bom para a General Motors é bom para os EUA”. E as consequências históricas foram desastrosas, como é de todos bem conhecido – em especial se pensarmos na forma como regimes totalitários instrumentalizaram esses campeões nacionais.⁹ Nem sempre os interesses privados coincidem com o interesse colectivo. Em termos de concorrência, quando uma empresa monopoliza um sector através de práticas predatórias, e não pelo exercício genuíno da inovação e eficiência, reduz o bem-estar dos consumidores e a inovação, causando danos graves à sociedade. E, mais ainda, pode ser uma ameaça à democracia, através da influência do poder económico sobre o poder político. É, por todos conhecido, como a política anti-trust nos EUA, país berço desta política, surgiu como medida de preservação da democracia.

Os poderes de investigação da Autoridade face à sofisticação dos meios utilizados pelas empresas na violação das Leis da Concorrência podem tornar-se insuficientes. São, por exemplo, cada vez mais as empresas que usam escritórios especializados de advogados para fazerem uma “inspecção sanitária” nas suas instalações.

Temos que criar um regime jus-concorrencial específico, considerando muitos dos problemas aqui levantados, fugindo das remissões e omissões que resultam da aplicação

⁸ Na maioria dos casos porque se argumenta que protegendo a empresa esta aumenta a produção e assim contribui para o aumento do PIB. É também importante referir que na empresa moderna, os interesses da empresa correspondem normalmente ao interesse dos accionistas que controlam a empresa, mas em diversos casos de dispersão de capital, é a tecno-estrutura (ou management) que é o mais vocal na formulação dos interesses da empresa.

⁹ Antes da Segunda Guerra Mundial, a empresa alemã participante no cartel internacional da borracha natural reservou para si, em conluio com os concorrentes, inclusivamente os dos Estados Unidos, o direito de exploração da patente da borracha sintética. Quando a guerra rebentou e o Japão ocupou os principais países produtores de borracha, e os Estados Unidos tiveram de construir fábricas de raiz porque não dominavam o processo de fabrico da borracha sintética, atrasando o esforço de guerra. Naturalmente, uma das prioridades da autoridade norte-americana de ocupação da Alemanha foi desmantelar o gigante químico alemão, IG-Farben em três empresas-

de um regime de contra-ordenações: o regime das “bagatelas”. Pois as violações da Lei da Concorrência, como vimos acima, não são “bagatelas”.

Repousa hoje sobre os Tribunais uma enorme responsabilidade: a de construírem um corpo de jurisprudência que possa guiar o processo de actuação futura das autoridades e dos agentes económicos, e que sirva de interpretação das Leis e instrumento dissuasório da violação da Lei. A sociedade tem que proteger os “mais fracos” que são os consumidores, e Portugal não pode permitir que, no seu território, como parte do espaço comunitário, os cartéis ou as em empresas dominantes violem a lei impunemente. Para isso, é essencial que se faça justiça e que as empresas respeitem as leis da concorrência, para bem dos consumidores e das gerações futuras que beneficiarão de um maior desenvolvimento.

Centro de Congressos do Estoril, 12 de Outubro de 2007.