

Algumas das soluções previstas na proposta de revisão da Lei da Concorrência “estão demasiado preocupadas com a eficiência e eficácia da ‘polícia’ da concorrência e menos com o controlo das suas decisões e com as garantias de defesa”, diz Joaquim Vieira Peres, especialista em Direito da Concorrência e no sector da distribuição, que espera que o resultado final seja diferente do projecto que esteve em discussão pública

**Joaquim Vieira Peres**, sócio da **Morais Leitão, Galvão Teles, Soares da Silva**

## Concorrência em discussão



nFactos

**Advocatus | Como avalia a legislação portuguesa na área da distribuição? Acompanha as tendências europeias, tem algumas particularidades específicas?**

**Joaquim Vieira Peres |** Quando diz “a distribuição”, presumo que se esteja a referir à distribuição moderna e nessa área existe legislação específica que abrange determinados

aspectos próprios desse tipo de actividade. Falemos de três exemplos de normas específicas dirigidas ou quase exclusivamente aplicadas a este sector. Primeiro, as regras dos horários de funcionamento. Trata-se de uma área de grande tensão e com normas específicas dirigidas à distribuição moderna. Um segundo exemplo é o da proibição das vendas

com prejuízo. Um terceiro é, na área do Direito da Concorrência (que, em Portugal, e no seu âmbito geral, não tem normas especificamente direccionadas para a área da distribuição), o abuso de dependência económica. Há uma figura próxima, muito conhecida e estudada, aplicada a qualquer sector da economia que é o abuso de posição dominante mas o abuso

de dependência económica é algo de diferente.

**Advocatus | Pode detalhar cada um destes exemplos? Começemos pelos horários de funcionamento...**

**JVP |** Finalmente, e ao fim de vários anos, o Governo, em 2010, revogou uma portaria que continha um regime específico para as chamadas grandes

superfícies, isto é aquelas que tinham uma área de venda igual ou superior a 2000 m<sup>2</sup>. Ao fazê-lo, afastou da lei o critério da área de venda como critério de diferenciação e, implicitamente transferiu alguma competência na regulamentação dos horários de funcionamento para os municípios. Foi retirado um fulcro de distorção do mercado – aliás, será estudado o impacto que teve na intensidade do desenvolvimento de vários formatos – já que é inegável que a forma de desenvolvimento do equipamento instalado teve muito a ver com aquela regulamentação. Houve operadores que decidiram optar por um formato abaixo dos 2000 m<sup>2</sup> e outros que arranjam formas de se adaptar a esta realidade, por exemplo, segmentando as suas operações e autonomizando as áreas de vestuário, electrónica, desporto ou outras. É um caso típico em que existe uma tentativa de protecção de outros interesses e valores mas que leva a uma situação prejudicial em termos de condições de mercado, na medida em que há operadores com determinado formato (ou área de vendas) que podem estar abertos e outros que não. Isto, do ponto de vista do Direito da Concorrência, é mau. Porquê? Porque restringe a oferta ao consumidor: pelo menos numa determinada parte do dia ou num determinado dia, o consumidor não pode fazer compras onde quer e quando quer.

#### **Advocatus | No caso da proibição das vendas com prejuízo como é que estamos em termos de legislação?**

**JVP** | É um tema muito discutido em termos teóricos, designadamente do ponto de vista do seu mérito face à legislação de protecção da Concorrência, mas, mais uma vez, não faz sentido. Porquê? Porque é impedir um determinado *player* de competir com os outros no que diz respeito ao preço. Como as regras da Concorrência são desenhadas, interpretadas e aplicadas em função do bem-estar económico, medido pela óptica do consumidor, esta figura é dificilmente enquadrável. Aliás, na legislação da União Europeia de defesa da Concorrência, que é a matriz que marcadamente influencia a lei nacional, esta figura não existe. Pelo contrário, a ideia prevalecente

**“Se há um operador que está disposto a competir com os outros com um preço inferior, isso é precisamente a concorrência a funcionar”**

é que os consumidores beneficiam com preços mais baratos. Portanto, se há um operador que está disposto a competir com os outros com um preço inferior, isso é precisamente a concorrência a funcionar.

#### **Advocatus | A Lei da Concorrência está neste momento em discussão?**

**JVP** | A Lei vigente tem cerca de oito anos e estava a precisar de ser revista pois, na altura em que foi adoptada, a legislação europeia estava a registar alguma evolução. Por isso, quando entrou em vigor ficou um pouco “descoordenada” em relação à União Europeia. Por outro lado, com a entrada em funcionamento da Autoridade da Concorrência (AdC), começámos a ter de facto uma cultura e uma política da Concorrência – o professor Abel Mateus e o Conselho da AdC a que presidiu fizeram um trabalho formidável em colocar estes temas na ordem do dia – e com o desenvolvimento da sua actividade já se tem alguma experiência do funcionamento da Autoridade, de como as empresas se relacionam com ela, de como os tribunais decidiram perante os litígios que lhes foram sendo colocados. Por tudo isto fazia sentido rever a Lei da Concorrência. O catalisador foi o facto de a *troika* ter incluído no Memorando a necessidade de rever o regime jurídico da Concorrência, embora alguns operadores, designadamente os advogados vocacionados para esta área do Direito, e também a Autoridade já falassem nisso há algum tempo. No princípio de Novembro, o Governo colocou em discussão pública um projecto de modificação da Lei da Concorrência que coincide, em larga medida, com propostas avançadas em afirmações públicas anteriores do presidente da AdC, Prof. Manuel Sebastião, que reiteradas vezes anunciou ter sido elaborado pela AdC um projecto de revisão integral da Lei. Concluiu, e isto é uma especulação minha, que tenha sido a AdC a responsável, em maior ou menor extensão, pelos termos do projecto. Lamento sinceramente, já que o considero criticável por desnecessária falta de transparência, que a instituição não tenha publicitado atempadamente o seu documento de revisão da Lei da Concorrência, através por exemplo do seu *site*, para que



*“Finalmente, e ao fim de vários anos, o Governo, em 2010, revogou uma portaria que continha um regime específico para as chamadas grandes superfícies”*

**“No princípio de Novembro, o Governo colocou em discussão pública um projecto de modificação da Lei da Concorrência que coincide, em larga medida, com propostas avançadas em afirmações públicas anteriores do presidente da AdC”**



"A Lei vigente (da Concorrência) tem cerca de oito anos e estava a precisar de ser revista pois, na altura em que foi adoptada, a legislação europeia estava a registar alguma evolução"

>>>

todos os interessados ou *stakeholders* o pudessem conhecer e discutir, com critério e sem precipitações.

**Advocatus | Qual o ponto de situação actualmente?**

**JVP |** Neste momento, terminou o curto período de discussão pública e ignora-se se o Governo vai modificar muito, pouco ou nada, o projecto inicial. Grande parte das soluções que estão no projecto que o Governo colocou à discussão pública são aquelas que a AdC anunciou publicamente que pretendia e que integrariam o seu próprio projecto de revisão. Sei que houve muitas entidades a apresentar observações ao projecto, algumas delas muito extensas e abrangentes: a opinião geral é a de que há, necessariamente, muitos aspectos do projecto a melhorar ou aperfeiçoar. Agora, confio na razoabilidade do Governo e espero o seu resultado.

**Advocatus | Pode dar alguns exemplos de aspectos que necessitem de revisão?**

**JVP |** Temos de garantir que existam boas regras de concorrência e autoridades com poderes adequados para investigar os incumprimentos e perseguir e punir os infractores mas tem de haver, também, formas de garantir que os procedimentos de decisão seguem um determinado quadro e que tem de haver algum controlo dos Tribunais, quer sobre os procedimentos quer sobre os juízos finais que essas autoridades seguem para aplicar coimas, por exemplo. Diria - esta é a minha opinião pessoal - que algumas das alterações previstas no projecto sujeito a discussão pública estão demasiado dirigidas ao reforço da eficiência e eficácia da "policia" da concorrência e muito menos preocupadas com o controlo das suas decisões e com as garantias de defesa. O projecto, nessa medida, consagra soluções que a AdC vê como as melhores para a sua própria actividade.

**Advocatus | Ou seja, revela apenas a linha de pensamento da Autoridade da Concorrência?**

**JVP |** Já tive a oportunidade de dizer ao presidente da AdC que - falo em nome estritamente pessoal - estava bastante desconfortável com este

**"Temos de garantir que existam boas regras de concorrência e autoridades com poderes adequados para investigar os incumprimentos e perseguir e punir os infractores mas tem de haver, também, formas de garantir que os procedimentos de decisão seguem um determinado quadro e que tem de haver algum controlo dos Tribunais"**

excesso de protagonismo da parte da AdC, não porque não confiasse na sua capacidade técnica e nas suas intenções de melhoramento do quadro jurídico, mas por uma questão de princípio. Acho que, num Estado de Direito, nenhum cidadão ou empresa ficaria tranquilo se a revisão das regras do Código Penal ou do Código do Processo Penal fosse entregue aos órgãos de polícia e de investigação criminal, como por exemplo, a Polícia Judiciária ou o Ministério Público. Em muitos aspectos relevantes, era necessário modificar o quadro jurídico, actualizá-lo e melhorá-lo e reconheço, sem qualquer esforço, que isso se fez. O projecto de revisão tem contudo outros aspectos em que revela claramente uma preocupação centrada em facilitar a investigação da AdC e a perseguição dos infractores, estando menos atento à garantia dos direitos de defesa dos envolvidos e, sobretudo, à promoção de um controlo judicial efectivo dos actos e decisões da Autoridade.

**Advocatus | Pode dar exemplos?**

**JVP |** Posso dar-lhe três ou quatro exemplos. À frente de todos eles temos a questão do efeito do recurso das decisões da AdC: neste momento, sempre que a AdC adopta uma decisão, designadamente a aplicação de coimas ou outras sanções, as empresas-alvo dessa decisão têm o direito de recorrer para os tribunais e quando recorrem, esse recurso suspende, até à decisão do tribunal, a obrigação de pagamento ou os efeitos das outras sanções da Autoridade. A abolição, preconizada no projecto, do efeito suspensivo do recurso terá um impacto tremendo nas empresas. Em primeiro lugar porque a Justiça portuguesa não é tão célere como todos gostaríamos e portanto é perfeitamente possível que demore bastante tempo a "desfazer" aquilo que a Autoridade já "fez", com as consequências daí inerentes; em segundo lugar, no caso de condenação em muitas ou coimas, sabemos também quanto custa recuperar do Estado algo que lhe tenha sido indevidamente pago. Portanto, este é um dos aspectos menos positivos do projecto. Um outro tem a ver, por exemplo, com o facto de o

**"Não é por dificultar a capacidade de as empresas se defenderem ou responderem aos pedidos de informação e de documentos da Autoridade que a aplicação das normas da concorrência será mais efectiva"**



novo regime conter um encurtamento de prazos dados às empresas, em várias fases dos processos. Em contrapartida, alargaram-se os prazos de prescrição, do que resultará, inelutavelmente um alargamento do prazo que a AdC dispõe para investigar os casos e tomar decisões de arquivamento ou de condenação. Em minha opinião, ambas as situações estão mal. Não é por dificultar a capacidade de as empresas se defenderem ou responderem aos pedidos de informação e de documentos da Autoridade que a aplicação das normas da concorrência será mais efectiva. E vejo com alguma preocupação o alargamento exagerado da prescrição pois uma empresa não deveria estar à espera de uma decisão final que pode demorar até 12 anos. Um último exemplo: para desmotivar o recurso judicial das suas decisões de condenação, a AdC sempre sustentou que os tribunais deveriam poder aumentar o valor das multas por ela aplicadas. Pois o projecto contém igualmente essa inovação.

**“Pessoalmente, acho que é manifestamente contraproducente a tentação da sobre-regulação, sendo preferível evoluir na via da auto-regulação, evitando-se o public enforcement e os tribunais e privilegiando-se a arbitragem, por exemplo”**

Em contrapartida, reforça os poderes de investigação da Autoridade, que passa a poder fazer buscas domiciliárias e clarifica regras quanto ao acesso à correspondência, designadamente electrónica. Em muitos dos casos, este alargamento ou aperfeiçoamento faz sentido, porque algumas violações do Direito da Concorrência são algo sofisticadas e praticadas por empresas com grande capacidade técnica e financeira, logo difíceis de detectar. É necessário adequar os poderes da AdC a este tipo de violação do Direito mas isso não quer dizer que, ao reforçar esses poderes, não se tenha também que reforçar os direitos dos visados e a lisura dos procedimentos para que não existam abusos nem se esteja a criar uma entidade altamente musculada e intrusiva, sem o devido controlo exterior. Em resumo: o impacto global deste pacote parece ser preocupante na medida em que revela uma tendência para não facilitar a sindicabilidade judicial das suas decisões e procedimentos.



*“Neste momento, terminou o curto período de discussão pública e ignora-se se o Governo vai modificar muito, pouco ou nada, o projecto inicial”*

## PERFIL

### O “ioga intelectual”

A vida académica sempre teve um papel importante na vida deste advogado do Porto, um dos sócios fundadores da Osório de Castro, Verde Pinho, Vieira Peres, Lobo Xavier & Associados – Sociedade de Advogados (1989 - 2005). Desde 2006 que é sócio da Morais Leitão, Galvão Teles, Soares da Silva. É licenciado em Direito, pela Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, no Porto, em 1985, onde foi Assistente entre 1986 e 2003 e onde retomou recentemente a vida académica leccionando Direito da Concorrência. Dar aulas é uma espécie de “ioga intelectual”, afirma. Porque, ao contrário do seu dia-a-dia profissional, onde parte da generalidade para resolver um caso concreto, nas aulas há um “esforço de desconstrução” da vertigem diária, onde procura antes abstrair do concreto e “explicar as regras

e a lógica do sistema”. Mais recentes do que a vida académica, as corridas já fazem parte da sua rotina diária. Há três anos que anda a fazer melas-maratonas para cumprir o seu grande objectivo de 2012: correr a sua primeira maratona. Pode ser no Porto ou noutra cidade. Nada está decidido. Mais antigo mas nem por isso um hobby menos importante, o mergulho também é outra das actividades que gosta de praticar nos seus tempos livres. Em termos profissionais é um dos advogados portugueses mais activos na área do Direito da Concorrência, quer ao nível nacional quer comunitário. A sua experiência profissional inclui aconselhamento e representação de empresas em processos de controlo das concentrações e de práticas restritivas da concorrência bem como em matérias de Direito da União Europeia.