



Nova lei da concorrência visa reduzir derrotas em tribunal

● O que fez
Manuel Sebastião em
quatro anos **1ª Linha 4 a 7**





O ESTADO DA CONCORRÊNCIA

Miguel Baltazar



Manuel Sebastião “low profile”

Em 2008 o Governo de José Sócrates escolheu Manuel Sebastião para presidir à Autoridade da Concorrência. Vinha directamente do Banco de Portugal. O Governo optava por manter a liderança da entidade que supervisiona as regras de concorrência nas mãos de um economista. Manuel Sebastião tem mais um ano de mandato. Bastante mais “low profile” que o seu antecessor. Ao ponto da Autoridade da Concorrência ter ficado sem assessor de comunicação, que não foi substituído. Menos mediático que o seu antecessor, Abel Mateus, é também ele criticado por fazer muitos estudos e condenar pouco. Manuel Sebastião contrapõe. Já fez mais condenações do que o antecessor, diz.

Onde pára a Autoridade da Concorrência?

A troika quer mais e melhor concorrência. O mercado quer uma Autoridade da Concorrência mais actuante. Manuel Sebastião, há quatro anos à frente da “polícia” da concorrência, quer novos poderes e uma nova Lei

ALEXANDRA MACHADO amachado@negocios.pt

Falta um ano para Manuel Sebastião terminar o mandato, de cinco anos, na presidência da Autoridade da Concorrência. 25 de Março de 2008 é a data que marca o início das suas funções nesta entidade, substituindo, então, Abel Mateus. Dois economistas, mas com características distintas. Abel Mateus teve o papel de dar a conhecer a nova Autoridade e de colocar a Concorrência no mapa. E fê-lo. Mas saiu com um conjunto de condenações assinadas, mas, na maioria, com selos de derrota em Tribunal. Pelo meio, ficou absorvido com as duas OPA mais longas dos últimos anos em Portugal: a da Sonae com sobre a PT e a do BCP sobre o BPI. Nenhuma foi para a frente, mas consumiram recursos à Autoridade da Concorrência.

Manuel Sebastião tinha, pois, de consolidar o papel da Autoridade da Concorrência como defensora da sua concorrência em Portugal. Passados quatro anos, em que ponto estamos? As críticas ao segundo pre-

A Autoridade da Concorrência cumpre a sua missão. Está bem organizada e tem execuções orçamentais exemplares.

MANUEL SEBASTIÃO

Na audição parlamentar de Março

sidente da AdC também são muitas. Muitos estudos, poucas condenações. E em tribunal mais derrotas. Assiste, nos últimos tempos, a uma sangria de quadros (ver texto ao lado). A Autoridade da Concorrência tem estatuto independente do Governo, no entanto é nomeada pelo Executivo e todas as regras remuneratórias aplicadas ao sector

público têm-lhe sido aplicadas.

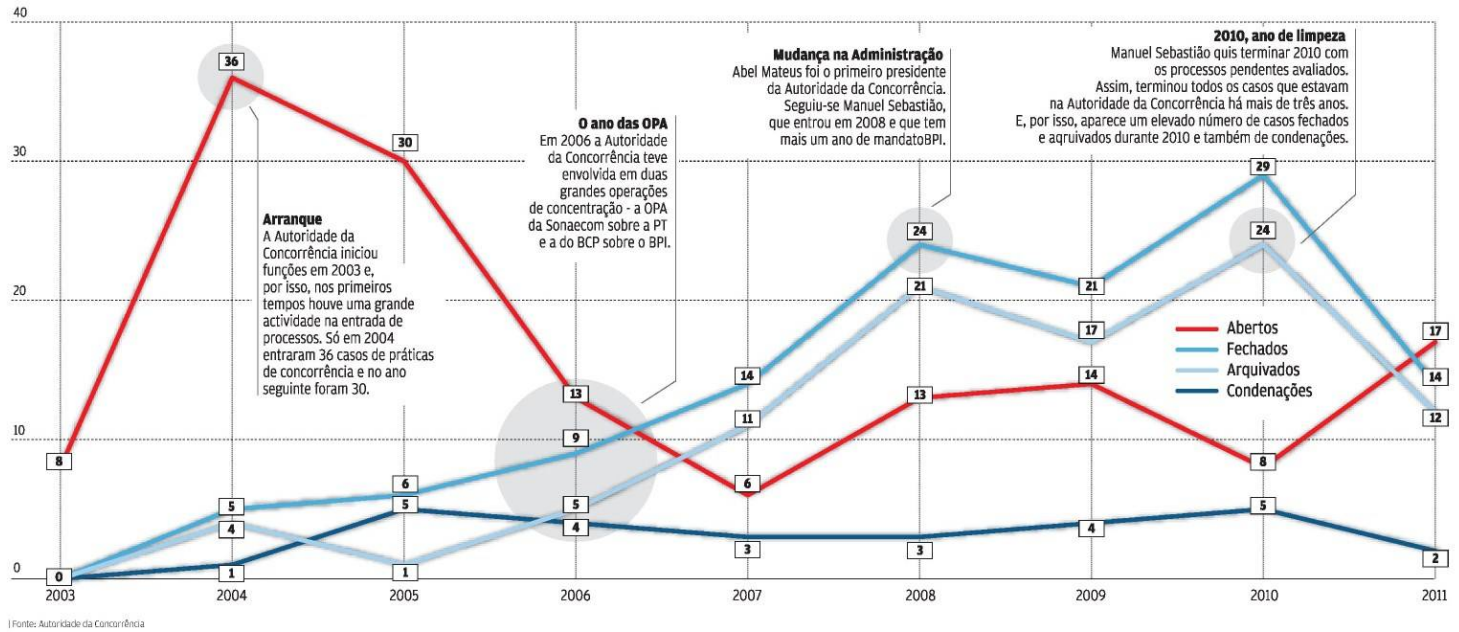
Manuel Sebastião, no entanto, olha os quatro anos de forma diferente. “A AdC cumpre a sua missão, está bem organizada e tem execuções orçamentais exemplares”, mas diz ser necessário rever o modelo de financiamento e recrutar pessoal. Também acredita que a nova Lei da Concorrência trará mais poderes à entidade para actuar e para não ter tantas derrotas em Tribunal (ver páginas seguintes). “Temos críticas e há quem diga que o ‘enforcement’ desta administração é mais fraco que durante a anterior. Não é verdade”, declarou Manuel Sebastião aos deputados em meados deste mês. Apresentou os números. No mandato de Abel Mateus houve 13 condenações a 13 empresas. Nos quatro anos que leva de funções, Manuel Sebastião já produziu 14, abrangendo 16 empresas. “O ‘enforcement’ é o mesmo e com a mesma intensidade”, declarou, mas em arquivamentos é recordista (ver grá-



Dois mandatos, nove anos, 27 condenações, 95 arquivamentos

A Autoridade da Concorrência já fechou 122 processos de práticas anticoncorrenciais. Resultado? 27 condenações, 95 arquivamentos. Ou seja, 32,9% dos casos analisados resultaram em condenações. 77,86% foram arquivados. Se olharmos para os processos

abertos, num total de 145 em nove anos, as condenações representam 18,6%. Mas há ainda 23 casos transitados a serem analisados. O mandato de Manuel Sebastião foi o mais activo em arquivamentos: 74 contra 21 de Abel Mateus.



RECURSOS HUMANOS

Saíram 10 pessoas no ano passado por razões económicas

Para Manuel Sebastião algo que marca o seu trabalho é o ter conseguido, no final de 2010, acabar com pendências de casos com mais de três anos. Por isso, nesse ano surgem muitos arquivamentos e encerramentos. “Em 2011, mantivemos essa meta”. O orgulho deste presidente é, no entanto, o trabalho “exemplar” que se faz na AdC nas operações de concentração.

O mercado, no entanto, espera mais do que isso. E a trióica também. Por isso, vem aí uma nova Lei da Concorrência que dá novos poderes à AdC. Manuel Sebastião bateu-se por ela. No entanto, para os advogados especializados na matéria, não é por falta de poderes que não há mais intervenção desta entidade. Ricardo Oliveira, advogado da PLMJ, diz mesmo que a AdC se tornou um segundo Instituto Nacional de Estatística. No mesmo tom, o presidente da CCP declarou que a utilidade da AdC tem sido “praticamente nula”.

As saídas são essencialmente de juristas que vão para escritórios de advogados

O quadro de pessoal que a Autoridade da Concorrência (AdC) considera se equilibrado vai para além das 110 pessoas. No entanto, a entidade tem assistido a uma sangria dos seus quadros, essencialmente “por razões económicas”, declarou Manuel Sebastião, presidente da Autoridade da Concorrência. Só no ano passado saíram 10 pessoas, ficando 81 trabalhadores. Além de pretender a reposição das saídas, Manuel Sebastião indica que seria, também, positivo a contratação de mais 20 a 25 colaboradores. Mas sobre este reforço admite dificuldades: “teremos o que for possível ter”.

Só que, como todas as entidades públicas, Manuel Sebastião está impedido de fazer contratações. E, segundo adiantou aos deputados, não consegue requisitar dentro da Administração Pública os técnicos especializados em Concorrência,

porque não existem.

Admitindo que a AdC paga acima do sector público, Manuel Sebastião não esconde que os limites que têm sido estabelecidos nas remunerações (além dos cortes salariais, a retenção dos subsídios aplicou-se também a esta entidade) para os seus trabalhadores têm impacto e, diz, “tornaram-nos menos competitivos”. O que levou à saída de 10 pessoas, sendo sete técnicos superiores. “Mais juristas do que economistas”. E estes juristas são contratados pelos escritórios de advogados. Um deles ingressou numa multinacional.

Financiamento da AdC

Outro problema no funcionamento da AdC apontado por Manuel Sebastião é o do financiamento da entidade, dependente da dotação dos reguladores sectoriais, de taxas

81

A Autoridade da Concorrência tinha no final de 2011 um total de 81 pessoas, menos 10 que no ano anterior.

7,5

As despesas da AdC em 2011 ficaram nos 7,5 milhões de euros, menos do que os 8,9 milhões orçamentados.

e coimas que não são recebidas na altura da condenação, caso haja recurso para tribunal. Esta é, aliás, uma das alterações que a nova Lei vai introduzir, já que os recursos deixam de ter efeitos suspensivos. O que significa que os visados pagam, mesmo que recorram.

Manuel Sebastião tem chamado a atenção para a necessidade de se olhar para as fontes de financiamento da AdC, que não recorre ao Orçamento do Estado. No entanto, viu ser retirado 85% dos saldos de gerência, em 2010, por determinação do Governo. Ainda assim, Manuel Sebastião lembra que a utilização destes saldos de gerência são difíceis em termos orçamentais. Para concluir atrai-se à Lei dos Compromissos, que diz ter “um impacto muito complicado”, já que não pode assumir despesas a partir de Maio. **AM**



O Estado da Concorrência

Derrotas em Tribunal aproveitadas na reforma da Lei da Concorrência

A nova Lei da Concorrência reforça os poderes da Autoridade, dando também argumentos para haver menos recursos em Tribunal e consequentemente menos derrotas

ALEXANDRA MACHADO
amachado@negocios.pt

Vem aí uma nova Lei da Concorrência. Aprovada já no Parlamento, falta ainda receber luz-verde da Presidência. Há, já, quem sugira haver possibilidades de inconstitucionalidade, mas Manuel Sebastião, o principal mentor desta Lei, acredita que “o que está na Lei é seguro e serve a concorrência”, acrescentando não ver motivos de inconstitucionalidade. A Autoridade da Concorrência sai reforçada neste diploma, nomeadamente ao nível de buscas e apreensões. Manuel Sebastião dá a sua garantia que não haverá abusos. “A proposta de Lei é muito boa”, afirmou aos deputados. E acrescentou: “Tem-se criticado, injustamente a meu ver, a AdC porque não faz. Não há críticas que digam que a AdC abusou”, o que dá garantias que “a AdC não irá abusar desses poderes”. Por outro lado, lembrou já ter havido casos em que a AdC não foi autorizada pelo juiz a fazer buscas.

Com a nova Lei, a Autoridade da Concorrência fica autorizada a fazer buscas domiciliárias, com mandado do juiz, o que inclui buscas a viaturas de sócios, trabalhadores, colaboradores e administradores. Pode, também, fazer apreensões de documentos, antes de autoridade judiciária. Apreende primeiro, pede autorização depois. E passa a poder apreender documentação, “independentemente do seu suporte”. O que significa que a AdC fica autorizada a espreitar e apreender mensagens de correio electrónico.

Os poderes de busca e apreensão, que agora passarão a vigorar, acabam por ter ligação a casos anteriores. Numa busca à Portugal Telecom, no tempo de Abel Mateus, foram apreendidos documentos no correio electrónico que o Tribunal obrigou, mais tarde, a devolver à operadora.

João Paulo Teixeira de Matos, advogado da Garrigues especializada em Direito da Concorrência, acredita haver, neste novo diploma,

Deputados “atrasam” entrada em vigor da Lei

 O Governo queria acelerar a entrada em vigor da nova Lei da Concorrência. Mas os deputados puseram um travão. É que se na proposta de Lei, que o Governo fez entrar na Assembleia da República, se pretendia que as regras entrassem em vigor 45 dias após a publicação, os deputados optaram por dar um período (designado de ‘vacatio legis’) de 60 dias. Mas esta Lei da Concorrência, aprovada quinta-feira no Parlamento, tem ainda de ser submetida à Presidência da República, antes da sua publicação. Na votação final, a nova Lei da Concorrência foi aprovada pela maioria governativa (PSD e CDS-PP), merecendo a abstenção da maior parte dos deputados do PS. Um dos deputados socialistas votou contra, ao lado do PCP, BE e Verdes.

A nova Lei da Concorrência é uma das medidas que está prevista no memorando de entendimento da “troika”, que quer que Portugal tenha um mercado mais competitivo. Além deste diploma, que ainda está pendente de publicação, o memorando também aponta para a criação do Tribunal da Concorrência, que para ser instalado (em Santarém) ainda falta a publicação de uma portaria.

“um reforço excessivo dos poderes da AdC”, nomeadamente ao nível da inquirição, busca e apreensão, o que, no seu entender é acompanhado “do correspondente reforço dos direitos e garantias de defesa das empresas visadas”.

Manuel Sebastião defende a “sua” Lei, dizendo que há processos penalizados por estas faltas de meios, nomeadamente ao nível dos correios electrónicos. Lembrou ter havido, recentemente, uma investigação de cartel em Portugal e Espanha, com buscas simultâneas, tendo havido “um contraste muito grande” entre a documentação que a AdC pôde apreender face à que os vizinhos espanhóis conseguiram.

Tentar evitar os recursos

Outra das grandes alterações nesta nova Lei tem a ver com os recursos de processos condenatórios da AdC. Os recursos para Tribunal deixam de ser suspensivos da sanção e, por outro lado, o juiz pode agravar a coima. Além disso, não há para determinados arquivamentos possibilidade de recurso. A AdC foge dos tribunais. Nos últimos anos, o seu histórico não lhe é favorável. Manuel Sebastião prefere distinguir os casos de cartéis dos de abuso de posição dominante, dizendo que nos primeiros há vitórias. Nos segundos, acrescenta, os tribunais têm dificuldade em julgar. “A nova lei ajudará e o tribunal especializado ainda mais”, declarou.

Nuno Ruiz, sócio da Vieira de Almeida, diz que “o principal problema da nova lei estará no uso que a AdC fará do poder que tem de investigar uns casos e não outros em função de considerações tão vagas quanto o interesse público, as prioridades da política de concorrência, a probabilidade de provar a existência da infração, os recursos disponíveis, etc”. Teixeira de Matos acrescenta que este princípio dá à AdC “uma excessiva discricionariedade na determinação dos casos a investigar”. Ricardo Oliveira diz que com esta possibilidade “existe um risco de denegação de Justiça”.



Histórico | Perdeu os casos de abuso de posição dominante julgados. Nos cartéis



Nuno Ruiz, advogado e sócio da Vieira de Almeida, acredita que haverá reforço de poderes.



Ricardo Oliveira, sócio da PLMJ, vai ficar à frente da área de concorrência da sociedade.

A AdC tem maior margem de manobra do que a Comissão Europeia. Fomos além da troika.

AdC tornou-se uma espécie de segundo Instituto Nacional de Estatística.



Miguel Baltazar



ganhou, na Relação, contra farmacêuticas e no Comércio contra Glintt e Baxter



Gonçalo Anastácio, sócio da SRS Advogados, aplaude compromissos voluntários.




João Teixeira de Matos, da Garrigues, diz que há um reforço excessivo da AdC.

Estes mecanismos permitem encerramento mais céleres dos procedimentos.

Seria, de todo, conveniente que o conselho fosse nomeado pela Assembleia da República

PRÓS

Nova lei reforça poderes e harmoniza

 Dependendo do lado pela qual é olhada, a nova Lei tem prós e contras. Os reforços de poderes da Autoridade da Concorrência, embora não seja referido pelo mercado como necessário, é no entanto o principal ponto que poderá levar a uma entidade mais actuante. A AdC fica com mais meios de busca e apreensão. Pelo menos, deixa de ser por falta de meios que não avançará mais nas investigações. Por outro lado, há quem considere positivo o mecanismo, que agora passa a ser possível, que permite à AdC negociar com investigados acordos que cessem práticas anticoncorrenciais, à imagem do que acontece na Comissão Europeia. Este é um ponto que também serve de contestação. A existência de um tribunal especializado para casos de concorrência é consensualmente uma medida positiva, embora se conteste a localização em Santarém.

CONTRA

Oportunidade, recursos e apreensões

 Do lado dos críticos, há vários problemas referidos nesta nova lei. Desde logo, o “excessivo” poder nas buscas e apreensões ou o facto de os recursos serem apenas devolutivos (ou seja não suspendem a sanção, a menos que haja prova do condenado de que tem impacto financeiro ou caso se trate de uma sanção estrutural) são referidos como podendo enfraquecer a defesa dos investigados. Mas é no princípio da oportunidade que a maior parte dos advogados “bate”. Dá poder discricionário à AdC, dizem. E, por outro lado, não se pode recorrer de uma decisão de arquivamento de inquérito. “Na União Europeia não é obviamente assim”, diz Nuno Ruiz, para quem a lei faz com que a AdC tenha “maior margem de manobra do que a Comissão Europeia. Fomos além da troika”. E critica-se os prazos considerados curtos para a defesa das partes.

O QUE MUDA?

A LEI DA CONCORRÊNCIA VAI SER NOVA. NÃO É UMA SIMPLES ALTERAÇÃO. É TODO UM PRECEITO LEGAL NOVO. A TROIKA JÁ CONHECE A LEI.

AUTORIDADE PODE ESCOLHER PROCESSOS A INVESTIGAR

É um dos mais polémicos pontos da nova Lei. A Autoridade da Concorrência pode determinar prioridade nas investigações. A AdC “é orientada pelo critério do interesse público de promoção e defesa da concorrência, podendo, com base nesse critério, atribuir graus de prioridade diferentes no tratamento das questões que é chamada a analisar”.

PODERES DE BUSCAS E APREENSÕES REFORÇADOS

A AdC fica com mais poderes de busca e apreensão. As buscas, agora, passam a poder ser feitas também em casas e veículos de trabalhadores, gestores, donos e colaboradores. Quanto à apreensão, pode passar a abranger correios electrónicos e pode ser feita antes da autorização judicial, embora depois tenha de haver esse despacho.

PODE HAVER NEGOCIAÇÕES PARA CESSAR INFRAÇÃO

O processo pode nem chegar a condenação. A partir da entrada em vigor da nova Lei, a AdC pode negociar compromissos que cessem a prática anticoncorrencial com a parte em infração.

COMPROMISSOS PODEM SER ESTRUTURAIS

Fica consagrada na nova Lei a possibilidade das sanções a estabelecer pela AdC serem estruturais, o que significa, por exemplo, obrigatoriedade de venda de um activo.

CONCENTRAÇÕES DE EMPRESA: CRITÉRIOS ALTERADOS

Nem todas as operações são notificáveis. Muda-se um pouco os critérios. Quando a operação reforça a quota acima dos 50% é notificável, independentemente do volume de negócios. Ou se mesmo que ficando abaixo de 50%, mas acima de 30% de quota, as empresas realizem em Portugal um volume de negócios superior a cinco milhões de euros. Ou ainda se o conjunto das empresas participantes facturarem mais de 100

milhões de euros.

TRIBUNAIS PODEM SUBIR COIMAS

Já Abel Mateus pedia que tal pudesse suceder para que houvesse menos recursos em Tribunal. Agora, o Tribunal pode não apenas anular ou diminuir a coima, como pode aumentar o valor da sanção pecuniária.

RECURSOS DEVOLUTIVOS. E IMPEDE-SE RECURSO NO EXPEDIENTE E ARQUIVAMENTO

A nova Lei prevê que cabe recurso para o novo tribunal da Concorrência as decisões da AdC, mas esse recurso “terá efeito meramente devolutivo, salvo se lhe for atribuído, exclusiva ou cumulativamente com outras medidas provisórias, o efeito suspensivo por via do decretamento de medidas provisórias”. Por outro lado, o efeito pode ser suspensivo se o visado fizer requerimento no tribunal, considerando que a coima lhe causa “prejuízo considerável”. Mas aí tem de prestar caução. Impede-se, ainda, nesta lei, recurso “de decisões de mero expediente e de decisões de arquivamento, com ou sem imposições de condições”.

PRAZOS DE PRESCRIÇÃO AUMENTAM

Em dois casos de abuso de posição dominante contra a PT, a AdC viu os prazos de prescrição acontecerem. Se no caso da banda larga, o julgamento nem se deu; no caso dos circuitos alugados a PT foi absolvida na primeira instância, mas o caso vai prescrever antes de ser analisado na Relação. No primeiro caso foi a AdC que demorou a investigar; no segundo foi o Tribunal que demorou a julgar. Actualmente o prazo de prescrição é de oito anos. Agora passará, tudo junto, para os 10,5 anos.

COIMAS COM GRAUS

As coimas podem ter graus e podem ser reduzidas com atenuantes. No estatuto de clemência a redução da coima é gradual e pode abranger todas as empresas que colaborem.