

# DIREITO PORTUGUÊS DA CONCORRÊNCIA

(Em torno do Decreto-Lei n.º 422/83)

*Pelo* Dr. Pedro de Albuquerque (\*)

## SUMÁRIO

Observações preliminares. Sentido de termo «disciplina da concorrência»

### I PARTE

- I. Introdução
- II. Noção de concorrência
- III. Necessidade de uma regulamentação jurídica. Suas dificuldades.

### II PARTE: A Regulamentação Jurídica da Concorrência em Portugal.

- I. Evolução histórica.
- II. O Direito vigente.
  - II.1. A Constituição da República Portuguesa
  - II.2.1. O Decreto-Lei n.º 422/83.
    - II.2.1.1. Os objectivos do Decreto-Lei n.º 422/83
  - II.2.2. Âmbito de aplicação.
  - II.2.3. Práticas restritivas de concorrência e comportamentos anti-concorrenciais.

---

(\*) Assistente da Faculdade de Direito de Lisboa.

## A) Práticas individuais.

1. Imposição de preços mínimos e preços aconselhados.
2. A discriminação de preços ou condições de venda relativamente a prestações equivalentes.
3. Recusa de venda de bens ou serviços.

## B) As práticas colectivas e abusos de posição dominante.

1. O Artigo 13.º. Sua aplicação.
  - 1.1. Noção de empresa.
  - 1.2. Pressupostos de aplicação do Artigo 13.º.
  - 1.3.a) Concurso de vontades.
    - a) 1. Acordo de empresas.
    - a) 2. Decisões de associações de empresas.
    - a) 3. Práticas concertadas.
  - b) Ter por objecto ou por efeito falsear ou restringir a concorrência.
    - b) 1. Noção de objecto e de efeito.
    - b) 2. Carácter alternativo.
    - b) 3. Nexo de causalidade.
2. O abuso de posição dominante.
  - 2.a) Conceito de posição dominante.
  - b) Noção de exploração abusiva.
- II.2.4. Sanções. A determinação da medida de pena.
- II.2.5. As excepções.
  - II.2.5.1. Declaração negativa.
  - 2.5.2. A isenção individual.
  - 2.5.3. A isenção por ramos de actividade.
- II.3. Semelhanças e diferenças entre o Direito Português da concorrência e o Direito Comunitário.
  - 3.1. As semelhanças.
  - 3.2. As diferenças.
- II.4. Conclusão.

*Sentido do termo «direito da concorrência» (1).*

I. — As expressões direito ou disciplina da concorrência são, pela multiplicidade de sentidos que comportam, essencialmente equívocas (2). Não basta, por isso, num trabalho com o âmbito do nosso, dar-lhe um título ou designação onde ao menos um daqueles termos ocupe lugar de destaque. Do seu conteúdo poder-se-ia esperar um pouco de tudo (ou tudo de qualquer coisa). Torna-se, assim, obrigatória, antes de iniciarmos o nosso estudo, uma tentativa de fixação do respectivo objecto. É o que procuraremos fazer de seguida.

II. — O termo disciplina ou direito da concorrência surge, por vezes, numa acepção amplíssima. Reporta-se, praticamente, a todas as normas jurídicas que, de um modo ou de outro, respeitam à distribuição de bens ou serviços. Neste sentido, confluiriam nele as próprias regras de direito das obrigações ou de direitos reais dirigidas à regulamentação dos vínculos obrigacionais, dos actos lícitos e ilícitos, à repartição das coisas, etc.

Não é este o significado que nos interessa.

Referimo-nos diversamente a um acervo de disposições especiais (v.g. o Decreto-Lei n.º 422/83) vinculadas à noção de empresa (3) (4). A um conjunto de regras e soluções distintas das

---

(1) Não se trata de fixar aqui um sentido genérico de disciplina da concorrência. A tarefa que ora empreendemos justifica-se e tem apenas o alcance de procurar fixar, ainda que de modo impreciso, o âmbito do presente estudo.

(2) Acerca dos significados atribuíveis à locução «disciplina da concorrência», v. por todos: Tullio Ascarelli, *Teoría de la Concurrència y de los Bienes Inmateriales*, trad. de E. Verdera e L. Suarez — Llanos, Barcelona, 1970, pág. 33 e segs..

(3) Importa sublinhar, desde já, o facto de a doutrina, especialmente a comunitária — precedida neste ponto, como noutros, pelo tribunal das comunidades —, ter construído um conceito de empresa, específico do direito da concorrência, de forma a aí incluir realidades que lhe são aparentemente estranhas, se o considerarmos apenas como vem sendo entendido pelos demais sectores da enciclopédia jurídica.

(4) Segundo Bernitz, o direito da concorrência «constituirá o ramo de um direito de mercado que (...) poderá ser definido como a parte do sistema legal tendente à fixação das normas aplicáveis ao exercício da actividade económica, através de regras relativas ao estabelecimento de empresas, à comercialização dos seus produtos, às relações comerciais e à protecção do consumidor.» Apud António José Cardoso Mota, *O Know-How e o Direito Comunitário da Concorrência*, sep. da *Revista de Ciência e Técnica Fiscal*, Lisboa, 1984, pág. 59.

de direito comum, relativas às actividades de produção de bens e serviços para o mercado e destinadas a garantir o seu funcionamento livre e a preservação das estruturas de mercado contra o comportamento dos agentes económicos.

III. — Deste modo, não integram o âmbito da disciplina da concorrência as normas reguladoras do exercício e da organização das profissões liberais <sup>(5)</sup>. Apesar de influírem de forma indirecta no sistema concorrencial, a justificação, pelo menos imediata, deste tipo de preceitos nada tem a ver com a problemática da concorrência. A sua razão de ser encontra-se na necessidade de manter um elevado grau científico e técnico no desempenho das respectivas actividades profissionais. Trata-se, por isso, na maior parte das vezes, de regras de natureza meramente deontológica <sup>(6)</sup> <sup>(7)</sup>.

IV. — Também não fazem parte do direito da concorrência as normas destinadas a evitar que as restrições impostas por um dos

---

<sup>(5)</sup> Para um breve estudo do espírito que normalmente preside à organização das profissões liberais, pode ver-se, entre nós, e no que respeita às obras mais recentes: Jorge Miranda, *As Associações Públicas no Direito Português*, pol., Lisboa, 1984, pág. 28 e segs.; Mário Pinto e Furtado Martins, *Direito do Trabalho* (lições pol.), Lisboa, 1984-85, v. II, capítulo II, pág. 20 e segs.; Freitas do Amaral, *Direito Administrativo*, Coimbra, 1986, v. I, pág. 375 e segs. Cfr., ainda, Parecer da Comissão Constitucional n.º 2/78, in *Pareceres da Comissão Constitucional*, n.º 7.º, pág. 159 e segs.; Parecer da Procuradoria-Geral da República n.º 193/79, de 8 de Maio de 1980 (in *B.M.J.* n.º 323, pág. 7 e segs.); Parecer da Procuradoria-Geral da República n.º 91/82, de 9 de Junho de 1982 (in *B.M.J.* n.º 324, pág. 377 e segs.).

Na literatura jurídica mais antiga pode consultar-se, por exemplo: Pedro Soares Martinez, *Manual de Direito Corporativo*, 3ª ed., Lisboa, 1971, em especial pág. 25 e segs., onde se retrata a evolução histórica da doutrina e instituições corporativas, tema igualmente abordado em obra anterior pelo Professor Oliveira Ascensão, *Direito Corporativo* (lições pol.), Lisboa, 1964, pág. 45 e segs.

Na doutrina francesa, é suficientemente elucidativa a obra de Jean Rivero, *Direito Administrativo*, trad. do Doutor Rogério Erhardt Soares, Coimbra, 1981, pág. 560 e segs.

<sup>(6)</sup> Basta lembrar o caso das normas que proibem o publicitar das actividades forenses.

<sup>(7)</sup> Não se está, com isto, a afirmar a neutralidade forçosa das profissões liberais relativamente à disciplina jurídica da concorrência. Apenas se pretende tornar clara a fronteira entre aquilo que constitui o direito da concorrência em sentido próprio e aquelas outras normas reguladoras de certas actividades, numa simples perspectiva da sua organização profissional.

sujeitos de determinado tipo de relações jurídicas a outro sujeito dessa mesma relação ultrapassem certos limites <sup>(8)</sup>. A finalidade de semelhantes leis encontra-se na necessidade de salvaguardar a liberdade humana <sup>(9)</sup>, não na tutela da livre concorrência.

V. — Divergem, outrossim, da disciplina da concorrência, pela sua justificação, os preceitos reguladores das condições de sanidade, higiene, segurança, etc., imprescindíveis ao exercício de um sem-número de actividades. Em todos esses preceitos estabelecem-se inúmeros condicionalismos ao desempenho das actividades ou profissões a que respeitam. Sempre, porém, numa lógica totalmente alheia ao direito da concorrência, como facilmente se compreende.

VI. — No tocante ao instituto da concorrência desleal e ao direito de propriedade industrial, as coisas passam-se de outro modo. A interpenetração com as chamadas leis de defesa da concorrência é significativa <sup>(10)</sup>. Existem, apesar disso, diferenças reais <sup>(11)</sup>:

— O instituto da concorrência desleal visa proteger os interesses dos agentes económicos <sup>(12)</sup>, através da proibição

---

<sup>(8)</sup> Como exemplo de normas deste tipo podem citar-se, nomeadamente no domínio do direito comercial, os Artigos 150.º, 254.º, 398.º e 477.º do Código das Sociedades Comerciais. Sobre este tema, cfr. Ascarelli, *Teoria ...*, pág. 70.

<sup>(9)</sup> Ascarelli, *Teoria...*, pág. 63.

<sup>(10)</sup> São, por isso, frequentes os trabalhos nos quais se procede ao estudo das consequências da existência de zonas de confluência entre a concorrência desleal e o direito da concorrência. Como exemplos podem, nomeadamente, citar-se, de entre a bibliografia estrangeira: Alan Campbell, *The Competition Law*, Amesterdão, Nova Iorque, Oxford, 1980, pág. 91 e segs.; Etienne Goulon, *La Concurrence en Droit Communautaire et en Droit Français*, Paris, 1982, pág. 156 e segs.; J. Schapira, G. Le Tallec e J.B. Blaise, *Droit Européen des Affaires*, Paris, 1984, pág. 433 e segs.; Alberto Bercovitz, *La Propriedad Industrial e Intelectual en el Derecho Comunitario*, in *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, Madrid, 1986, Tomo II, pág. 518 e segs.

Entre nós existem, igualmente, alguns volumes onde se procede à abordagem desta questão. Assim, por exemplo: Simões Patrício, *Direito da Concorrência (aspectos gerais)*, Lisboa, 1982, pág. 31 e segs. e 58 e segs.; Américo da Silva Carvalho, *Concorrência Desleal (Princípios Fundamentais)*, Coimbra, 1984; António José Cardoso Mota, *O Know-How...*, per tot., em especial pág. 55 e segs.

<sup>(11)</sup> Neste sentido, v. Alberto Xavier, *Subsídios para uma Lei de Defesa da Concorrência*, in *Revista de Ciência e Técnica Fiscal*, Lisboa 1970, n.º 138, pág. 88 e segs.; e Américo da Silva Carvalho, *Concorrência...*, pág. 12 e segs.

<sup>(12)</sup> Na mesma direcção, cfr. Robalo Cordeiro, que escreve *As Coligações de*

de comportamentos desonestos, ofensivos da deontologia profissional;

- O direito da concorrência procura assegurar e tutelar os valores do próprio sistema e o seu adequado enquadramento inter-empresarial.

VII. — Verifica-se, por último, certa correspondência entre as leis da administração pública da economia e a regulamentação jurídica da concorrência. A coincidência é, porém, meramente parcial. São mesmo frequentes os casos em que as primeiras encontram a sua justificação na falta, insuficiência ou ineficácia da segunda <sup>(14)</sup>. Esta circunstância não suprime, porém, a existência de uma reconhecida autonomia entre estes dois sectores do jurídico <sup>(15)</sup>. Por essa razão, também se não justifica o tratamento e estudo das leis relativas à administração pública da economia no presente trabalho.

VIII. — Centraremos, assim, a nossa atenção sobre as leis cujo objectivo consiste na defesa, preservação e promoção das estruturas concorrenciais do mercado contra o comportamento dos agentes económicos em presença nesse mesmo mercado <sup>(16)</sup>. São elas que constituem o chamado direito da concorrência.

---

*Empresas e os Direitos Português e Comunitário da Concorrência*, in *Revista de Direito e Estudos Sociais*, Coimbra, 1987, ano XXIX, pág. 86, nota 17: «A indiscutível autonomia do instituto da concorrência desleal implica, obviamente, que não lhe seja aqui feita referência. Na realidade, a concorrência desleal não procura, como o direito da concorrência, a protecção das estruturas de mercado, eventualmente afectadas por comportamentos comerciais dos agentes económicos, mas sim dos próprios agentes económicos (...)»

<sup>(13)</sup> Simões Patrício, *Direito...*, pág. 31.

<sup>(14)</sup> Ascarelli, *Teoria...*, pág. 28.

<sup>(15)</sup> Cfr. Simões Patrício, *Direito...*, pág. 31.

<sup>(16)</sup> Normas essas que, no momento em que escrevemos, se circunscrevem, praticamente, ao Decreto-Lei n.º 422/83 e à Portaria n.º 820/84.

## I. Introdução

I. — Objecto de diferente e variado tratamento ou consideração, por parte do direito e das diversas doutrinas económicas<sup>(17)</sup>, o problema da concorrência é, pode dizer-se, praticamente de sempre<sup>(18)</sup>. Nos últimos anos, contudo, novas achas

---

(17) O modo como a concorrência tem vindo a ser encarada, através dos tempos e pelas várias doutrinas económicas, concitou a atenção dos estudiosos. Existe, por isso, abundantíssima literatura sobre o tema. Para um estudo destas matérias, atente-se *prima facie* à problemática referida em: Gunnar Mickwitz, *La Sociedad Agraria Medieval en su Apogeo (Italia)*, in *História Económica de Europa*, versão espanhola de Andres Sanchez Silós, Madrid, 1948, pág. 405 e segs.; Jorge Borges de Macedo, *Problemas de História da Indústria Portuguesa do séc. XVIII*, Lisboa, 1963, *passim*, em especial págs. 21 a 58, 235 a 247, e 279 a 293; Eiusdem v.º *Indústria*, in *Dicionário da História de Portugal*, reimpr., Porto, 1981, vol. III, pág. 301 e segs.; e também v.º *Mercantilismo*, in *Dicionário da História de Portugal*, vol. IV, pág. 271 e segs.; Armando Castro, *A Evolução Económica de Portugal dos Séculos XII a XV*, Lisboa, 1964, seis volumes, *passim*; Eiusdem, *Fisiocracia e Fisiocratas*, in *Dicionário da História de Portugal*, vol. III, pág. 42 e segs.; Jean Ibañez, *Le Doctrine de l'Église et les Réalités Economiques au XIII<sup>e</sup> siècle*, Paris, 1967, *passim*; Amintore Fanfani, *Storia Economica*, 3.ª ed., Turim, 1968, vol. II, parte 1.ª, *passim*; Robert-Henri Beautier, *A Economia na Europa Medieval*, Lisboa, 1973, *passim*; Lúcio de Azevedo, *Épocas de Portugal Económico*, 4.ª ed., Lisboa, 1987, *passim*; Marcello Caetano, *História do Direito Português*, Lisboa, 1981, vol. I, pág. 196 e segs., 275 e segs., e 495 e segs.; C.F.M. Sousa Miguel, v.º *Alfândega*, in *Dicionário da História de Portugal*, pág. 94 e segs.; Ruy d'Abreu Torres, v.º *Almoçaria*, Eiusdem v.º *Almotacé*, in *Dicionário da História de Portugal*, vol. I, pág. 121; Joaquim Veríssimo Serrão, *História de Portugal*, 2.º vol., Lisboa, 1982-84, vols. I a VII, *passim*; Maria Rebordão Sobral e João Pinto Ferreira, *Da Livre Concorrência à Defesa da Concorrência*, Porto, 1985, pág. 41 e segs.

O rigor histórico exigiria que não se confundissem, misturando-as, obras relativas a períodos históricos tão diversificados como aqueles objecto das obras citadas, e onde, além do mais, o fenómeno económico é encarado através de perspectivas tão diversas (e por vezes, também, em aspectos distintos). A circunstância de alguns dos referidos livros terem carácter geral, dificultando a adopção de um sistema de citação ajustado à austeridade dos princípios, levou-nos, porém a seguir um modelo conforme ao adoptado para a generalidade dos outros assuntos: a bibliografia aparece referida de acordo com a sua data de publicação, não de acordo com a ordem cronológica das matérias tratadas pelos vários autores.

(18) A existência de práticas anti-concorrenciais remonta, pelo menos, ao período clássico do direito romano. No período post-clássico as leis destinadas a disciplinar e regular essas mesmas práticas constituíam já indiscutível realidade.

vieram avivar a questão, e desencadear um movimento legislativo e doutrinal caracterizado por uma intensa preocupação de defesa da concorrência.

II. — É frequente, ao traçar-se a história do direito mercantil, distinguir quatro períodos:

- o primeiro é o período corporativo, que se inicia no séc. XII e se prolonga até metade do séc. XVI <sup>(19)</sup>;
- o período seguinte começa com a segunda metade do séc. XVI e estende-se até aos fins do séc. XVIII <sup>(20)</sup> / começo do séc. XIX <sup>(21)</sup>. É o período da estatização do direito comercial com a constituição dos estados modernos, a expansão colonial e o desenvolvimento da indústria;
- o terceiro período, ou ciclo, surge em fins do séc. XVIII, após o triunfo da burguesia na Revolução Francesa, e prolonga-se até 1914. Com ele impôs-se um sistema objectivo de direito comercial conforme aos postulados do liberalismo triunfante;
- finalmente, o quarto período, nascido com o termo da Primeira Grande Guerra, prolonga-se até aos dias de hoje. Caracteriza-se por uma acentuada comercialização do direito privado e por um crescente intervencionismo público da vida económica.

---

<sup>(19)</sup> Cfr. Th. Mommsen, *Storia di Roma Antica*, Turim, 1943, II, pág. 175; e Franceschelli, *Concorrenza e Monopolio Nella Storia Lontana*, in *Studi e Capitoli Sul Diritto Della Concorrenza*, Milão, 1974, pág. 34 e segs. Porém, segundo Franceschelli, o objectivo dessas leis estaria, não tanto na defesa daquilo a que hoje se chamaria manutenção e defesa da economia de mercado, mas na necessidade de impedir a rarefação dos géneros e espécies alimentícias, assim como abusos e especulação sobre os preços.

Em qualquer caso, com ou sem os fins das modernas legislações de defesa da concorrência, a preservação dos comportamentos concorrenciais era já indesmentível preocupação na Antiguidade.

<sup>(20)</sup> Tulio Ascarelli, *Teoria...*, pág. 15.

<sup>(21)</sup> Paulo Sendim, *Lições...*, 1.ª parte, págs. 59 e 60.

III. — Nos dois períodos iniciais não existe um princípio geral de liberdade de acesso ao mercado. A economia é regulada através da estrutura corporativa <sup>(22)</sup>, supressora da liberdade de exercício de actividades económicas para o mercado.

No terceiro e quarto períodos assinalados é justamente a doutrina oposta que se afirma com o emergir do liberalismo: o princípio do livre exercício das actividades comerciais, instrumentalizado ao progresso económico e à industrialização. Dogma que surge com duas feições variáveis no tempo: primeiro, apenas impõe como necessária a consagração jurídica da concorrência. Mais tarde, faz sentir a imperiosidade de uma intervenção pública quando a iniciativa privada falte, seja insuficiente, ou ainda quando o regime concorrencial cada vez a um regime de oligopólio <sup>(23)</sup>.

IV. — Na base desta importante variação no modo como a liberdade de iniciativa é concebida encontra-se o fenómeno da produção industrial massificada. Característica dominante da civilização moderna, ela coloca o homem perante uma sociedade sem antecedentes históricos <sup>(24)</sup>. Uma sociedade na qual se verifica um desfazamento entre a nova realidade económica e as categorias jurídicas anteriormente forjadas, fruto da elaboração doutrinária do direito romano e da «*Common Law*», bem como da codificação napoleónica e pandectística pensadas para uma sociedade fundamentalmente artesã e mercantil <sup>(25)</sup>.

Torna-se, por isso, necessário encontrar uma resposta específica para os problemas colocados pela magnitude das realidades originadas pela produção em grande escala. São de todos conhecidas as soluções descobertas no domínio do direito do trabalho para ultrapassar as dificuldades surgidas no mundo labo-

---

<sup>(22)</sup> Bibliografia citada *supra* pág. , nota 17.

<sup>(23)</sup> Tulio Ascarelli, *Teoria...*, pág. 16.

<sup>(24)</sup> *Idem*.

<sup>(25)</sup> Nesta mesma direcção, escreve Ascarelli: «*Na realidade inclusivamente a elaboração doutrinária da codificação napoleónica e pandectística refere-se a uma sociedade artesã e mercantil mais do que industrial (...)*». V. Ascarelli, *Teoria...*, págs. 16 e 17.

ral como resultado da nascente ordem económico-social <sup>(26)</sup>. No campo estrito da economia verifica-se um fortíssimo aumento da intervenção do estado na vida económica <sup>(27)</sup>. O estado assume publicamente a realização de determinadas tarefas de natureza económica e coloca os seus meios ao serviço dessas tarefas. Ao mesmo tempo disciplinam-se inúmeros contratos com respeito aos preços, prazos, prorrogações, etc. <sup>(28)</sup>.

Surge, deste modo, o problema da articulação da liberdade de concorrência, de acordo com os postulados básicos do liberalismo lícito em termos gerais, com a necessidade de limitar e regular o comportamento dos agentes económicos <sup>(29)</sup>. É que, ao lado de situações nas quais a concorrência deve ser limitada, coexistem outras carecedoras de uma intervenção legislativa destinada a promover e preservar as estruturas concorrenciais do mercado <sup>(30)</sup>.

V. — É o estudo e análise da disciplina e regulamentação jurídica destinada a defender e manter a organização concorrên-

---

<sup>(26)</sup> Para um enquadramento deste tema, v., entre outros: Ascarelli, *Teoria...*, pág. 18; Mário Pinto, *Sindicalismo e Direito do Trabalho* (pol.), Lisboa 1980-81, Parte I, pág. 1 e segs.; e do mesmo, *Direito do Trabalho* (pol.), Lisboa, 1982-83, Parte I, pág. 19 e segs.; Menezes Cordeiro, *Da Situação Jurídica Laboral. Perspectivas Dogmáticas do Direito do Trabalho*, Lisboa, 1982; Eiusdem, *Direito do Trabalho*, Lisboa, 1988, vol. I, pág. 59 e segs.

<sup>(27)</sup> V., por todos, Ascarelli, *Teoria...*, pág. 18.

<sup>(28)</sup> *Idem, Ibidem.*

<sup>(29)</sup> A disciplina ou defesa da concorrência coloca um problema grave: se, por um lado, através dela se pretende estimular e preservar as práticas concorrenciais, por outro, restringe-se, com ela, a liberdade dos agentes económicos. Essencial é que essas restrições não contradigam a liberdade de acesso e movimentação no mercado reconhecida aos empresários. Neste particular, deve o legislador assemelhar-se ao podador, preocupado em cortar para deixar crescer. Daí, o sustentar Franceschelli: «(...) a liberdade da indústria e do comércio, o livre acesso ao mercado, a liberdade de iniciativa económica, a autonomia privada e a liberdade contratual, continuam ainda firmes e sólidas, sempre dentro dos limites determinados pelos regulamentos de ordem pública e pelo conceito desta. Eles sofreram transformações quantitativas (de aplicação), mas não qualitativas» (a tradução é nossa). Franceschelli, *Concorrenza, Monopole et Formes de Marché*, in *Studi e Capitoli Sul Diritto Della Concorrenza*, ob. cit., pág. 436.

<sup>(30)</sup> Ascarelli, *Teoria...*, págs. 20 e 21.

cial do mercado que, conforme explicitado, constitui o objecto do nosso trabalho. Porém, e porque *ante mare undae*, procuraremos, previamente, fixar alguns conceitos básicos, indispensáveis ao prosseguimento do nosso estudo. Iremos, assim, ocupar-nos primeiro da noção de concorrência e das dificuldades e contradições ínsitas na respectiva disciplina. Faremos, de seguida, uma breve resenha histórica do direito da concorrência em Portugal e suas vicissitudes. Concluída esta referência histórica, passaremos ao estudo e análise das regras e soluções consagradas pelo direito vigente. Antes da conclusão procuraremos, ainda, estabelecer um rápido confronto entre a legislação portuguesa da concorrência e o direito comunitário.

## II. *Noção de concorrência* <sup>(31)</sup>

I. — A tarefa de definir o que deve entender-se por concorrência é raramente empreendida por aqueles que procuram estu-

---

<sup>(31)</sup> Apesar de ser surpreendente o número de obras dedicadas ao direito da concorrência onde não consta sequer uma referência brevíssima à noção de concorrência, a bibliografia sobre este tema não deixa de ser abundante. Tomámos em consideração, nomeadamente, a seguinte: Luigi Amoroso, v.º *Concorrenza e Monopoli*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Turim, 1959, vol. III, pág. 1003 e segs.; Giuseppe Ferri, v.º *Concorrenza*, in *Enciclopedia del Diritto*, 1961, vol. VIII, págs. 532 e 533; Sousa Franco, v.º *Concorrência*, in *Enciclopédia Luso Brasileira de Cultura*, Lisboa, 1967, vol. V, cols. 1240 e segs.; Berthold Goldman, *Droit Commercial Européen*, 2.ª ed.; 1971, pág. 291 e segs.; G. Teixeira Martins, *Capitalismo e Concorrência*, Coimbra, 1973, pág. 9 e segs.; Franceschelli, *Concurrence...*, in *Studi...*, pág. 395 e segs.; Gustavo Ghindi, *Concorrenza e Monopolio*, in *Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'Economia*, Pádua, 1981, pág. 1 e segs.; Simões Patrício, *Direito...*, pág. 9 e segs.; António Cardoso Mota, *O Know-How...*, pág. 55 e segs.; G. Shapira, G. Le Tallec e J.B. Blaise, *Droit...*, págs. 58 e 59; António Vasconcelos Porto, *As Empresas Portuguesas no Contexto Interno e Internacional*, in *Concorrência em Portugal nos Anos 80* (Acta do colóquio organizado pela Revista «Assuntos Europeus» na Fundação Calouste Gulbenkian em 7 e 8 de Junho de 1984), Lisboa, 1985, pág. 17; Maria Belmira Martins, Maria José Bicho, Azeem Rentula Bangy, *Direito da Concorrência em Portugal*, Lisboa, 1986, pág. 17 e segs.; Robalo Cordeiro, *As Coligações...*, in *Revista...*, ano XXIX, pág. 87 e segs.; Smith e Herzog, *The Law of the European Economic Community. A commentary on the E.E.C. Treaty*, Nova Iorque, 1988, vol. II, Comentário ao Artigo 85, págs. 3-125 e segs. Rule of Reason — 3-148.

dar o tema numa perspectiva jurídica. Talvez por a julgarem uma categoria económica, estabelecida *alibi et aliunde*.

Na maior parte dos casos — lembra Franceschelli <sup>(32)</sup> —, os autores limitam-se a fazer uma referência breve à ideia de correr em conjunto, evocada pelo sentido etimológico do termo <sup>(33)</sup>: à noção de rivalidade, ou mesmo de competição. Porém, a atitude de, pura e simplesmente, procurar nos escritos económicos uma noção de concorrência afigura-se altamente criticável, dada a natural diversidade de objectivos da ciência da economia e da ciência do direito <sup>(34)</sup>, e o constante aperfeiçoamento de ambas. Antes de lidar com um conceito oriundo de outro ramo do saber, o jurista deve, se não quiser correr o risco de jogar com noções insusceptíveis de permitirem uma adequada valoração normativa da realidade, passá-las pelo crivo <sup>(35)</sup> <sup>(36)</sup>.

---

<sup>(32)</sup> Franceschelli, *Concurrence...*, in *Studi ...*, pág. 395.

<sup>(33)</sup> Na verdade, concorrência é o substantivo singular do verbo concorrer, que provém etimologicamente do latim «*concurrere*», «*correr de maneira a se reunirem num determinado lugar; encontra-se com; entrecocar-se; esbarrar (...)*». V. José Pinto Machado, v.º *Concorrência* e v.º *Concorrer*, in *Dicionário Etimológico da Língua Portuguesa*, 4.ª ed., Lisboa, vol. II, pág. 201.

<sup>(34)</sup> O carácter científico do direito amplamente contestado pelo cientismo positivista, subversor da anterior ordem epistemológica, apesar da resistência de eminentes vozes — como é o caso de Franklin Dória, no seu estudo relativo a Junqueira Freire e que antecede as *Contradições Poéticas* do triste «poeta monge», ao considerar, numa época de pleno vigor positivista, a filosofia como a ciência por excelência —, não sofre hoje contestação de maior.

<sup>(35)</sup> Embora não seja de excluir que, nalguns casos, depois de realizada tal tarefa, apenas se tenha de proceder a adaptações mínimas ou mesmo a nenhuma.

<sup>(36)</sup> A este propósito, recorda Ascarelli, *Teoria...*, págs. 21 e 22: «(...) *que os mesmos termos (p.ex. monopólio, concorrência, etc.) podem ter em linguagem jurídica e em linguagem económica divergência natural dada a diversidade de finalidades perseguidas por economistas e juristas no ordenamento da realidade*». Por sua vez, para Franceschelli, *Concurrence...*, in *Studi...*, pág. 395, lembra que quem deixa «(...) *a outrem o cuidado de definir o elemento material do conceito*» de concorrência «*expõe-se a bastantes inconvenientes e surpresas*», conforme exemplifica de seguida.

Enquanto isso, G. Shapira, G. Le Tallec e J.B. Blaise, *Droit...*, pág. 54 e segs.; consideram que «*toda a regra de direito respeitante a actividades económicas deve necessariamente, na sua formulação, conter referências aos conceitos económicos*

II. — É justamente isso que faz Franceschelli, ao analisar e decompor o conceito de concorrência nos seus elementos constitutivos essenciais <sup>(37)</sup>. Como resultado dessa operação, o autor apresenta a seguinte definição de concorrência, na qual aspectos empíricos aparecem já conjugados com certos caracteres jurídicos <sup>(38)</sup>: «São concorrentes ou encontram-se em situação de con-

---

*próprios de uma actividade. Referência não é, contudo, recepção. Esta apenas terá lugar se o direito tratar o conceito económico em instrumento da sua própria aplicação».*

Para um estudo acerca da natureza e origem dos conceitos utilizados pelo direito, pode ver-se: Karl English, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, trad. e prefácio do Prof. Baptista Machado, Lisboa, 1965, pág. 173 e segs.; e Luis Diez-Picazo, *Experiencias Jurídicas Y Teoria del Derecho*, Barcelona, 1983, pág. 265 e segs.

<sup>(37)</sup> Não podemos reproduzir aqui o caminho percorrido por este ilustre autor, para quem a perspectiva histórica ocupa um lugar fundamental. Remetemos, por isso, para o seu estudo *Concurrence...*, in *Studi...*, pág. 405 e segs.

<sup>(38)</sup> Nesta definição, Franceschelli baseou-se — conforme ele próprio sublinha — nos seguintes aspectos extraídos da análise feita pelos economistas a respeito do elemento de facto da concorrência:

a) necessidade da existência, no mercado, de uma pluralidade ou multiplicidade de agentes e operadores (no mínimo dois). Já a sua importância relativa, ou a circunstância de um deles, por si só, controlar ou influenciar de modo mais ou menos significativo o mercado, é irrelevante, o mesmo se podendo dizer relativamente à sua natureza jurídica;

b) esses operadores devem desenvolver uma actividade relativa aos mesmos produtos ou a produtos sucedâneos;

c) devem actuar no mesmo mercado actual ou potencial;

d) o conhecimento, por parte dos agentes económicos, das suas necessidades ou possibilidades é inócuo;

e) é irrelevante que eles pautem ou não a sua acção pelo princípio da utilidade em ordem a alcançarem a maximização dos preços;

f) é irrelevante a existência ou não de liberdade de comprar; a concorrência é compatível com a obrigação legal de contratar;

g) a identidade dos preços não tem qualquer importância, conquanto não resulte de uma comparação nominativa ou não tenha a sua origem em situações de revenda com preços impostos;

h) não é necessário estar na presença de produtos homogêneos.

No tocante aos elementos mais propriamente jurídicos, Franceschelli discrimina os seguintes pontos:

i) no respeitante aos meios como a concorrência se manifesta, convém não ultrapassar certos limites determinados. Introduce-se deste modo um elemento marcada-

*corrência duas ou mais empresas que, num lapso de tempo determinado, oferecem (ou procuram) ou podem oferecer ou procurar bens ou serviços susceptíveis de satisfazer, mesmo como sucedâneos, a mesma necessidade ou necessidades similares ou complementares, no mesmo mercado actual ou imediatamente potencial, mesmo se a concorrência resulta de um conjunto de bens ou de serviços sucedâneos e se as empresas se prevalecem de elementos destinados a transformar numa oferta de monopólio a oferta concorrencial, na convicção de que esses elementos sejam aqueles que, em consideração da sua utilidade social, a ordem jurídica reconhece e protege de forma específica (existe um numerus clausus destes direitos como para os direitos reais) (39).*

III. — Próximo daquilo que deve entender-se por concorrência, a fórmula proposta por Franceschelli presta-se, contudo, a alguns reparos.

Perigosas, as definições são, apesar disso, necessárias como forma, clara e simples, de apreensão e explicação da realidade. Clareza e simplicidade em absoluto ausentes da complicada e longa noção de concorrência sugerida pelo autor italiano. Mais grave ainda é a circunstância de se procurar integrar no conceito de concorrência a condição de licitude do comportamento dos agentes económicos. Reportando-se à figura do negócio jurídico, já Scognamiglio (40) chamou a atenção para o facto de comportar

---

mente jurídico que permite qualificar um acto como lícito ou ilícito, independentemente da sua adaptação ao esquema económico da livre concorrência;

j) ainda quanto aos meios através dos quais a concorrência se manifesta, pode dizer-se que a situação não se altera se os operadores procurarem transformar em ofertas de monopólio a oferta concorrencial, pelo registo de nomes, marcas, etc.;

l) em numerosos casos de concessão de autênticos monopólios (proporcionados pelos direitos industriais), a concorrência apenas se poderá desenvolver através de sucedâneos ou produtos de substituição.

Cfr. *Idem* pág. 420 e segs.

(39) Franceschelli, *Concurrence...*, in *Studi...*, pág. 423.

(40) Scognamiglio, *Contributo alla Teoria del Negozio Giuridico*, reimpr., Nápoles, 1958, pág. 24 e segs. Sobre este ponto, v. ainda: Pedro de Albuquerque, *Autonomia da Vontade e Negócio Jurídico em Direito da Família (Ensaio)*, sep. da *Revista de Ciência e Técnica Fiscal*, Lisboa, 1986, pág. 114 e segs.

uma inversão lógica o tentar-se estabelecer um conceito <sup>(41)</sup> com recurso à regulamentação dos respectivos efeitos, e para a impossibilidade de se fixar um conceito científico com base nas normas que disciplinam uma *figura iuris* <sup>(42)</sup>.

Estas considerações podem transpor-se sem dificuldade para o nosso domínio. Uma coisa é a qualificação de um acto, de um comportamento ou de uma situação, como de concorrência, outra a da sua licitude <sup>(43)</sup>.

IV. — Dito isto, podemos — tomando como base de apoio o ensinamento de Franceschelli — considerar em situação de concorrência — ou como concorrentes — as empresas que, num espaço de tempo determinado e no mesmo mercado actual ou imediatamente potencial estão, pelo menos, em condições de poder oferecer ou procurar bens ou serviços susceptíveis de satisfazer, mesmo quando sucedâneos, necessidades iguais, semelhantes ou complementares, ainda que se prevaleçam de determinados elementos destinados a transformar a livre oferta em oferta de monopólio <sup>(44)</sup>.

---

<sup>(41)</sup> Na hipótese do autor, o de negócio jurídico.

<sup>(42)</sup> Isso significaria partir-se do regime para o conceito quando se deveria partir do conceito para o regime.

<sup>(43)</sup> Neste sentido, cfr. Ascarelli, *Teoria...*, pág. 34, para quem: «*A consideração do acto como de concorrência afecta ao seu destino e, por isso, pode ser (...) independente da validade ou licitude do acto*». Haverá, assim, comportamentos concorrenciais lícitos e ilícitos. Os comportamentos ilícitos visam normalmente alterar as condições do mercado e, por isso, dizem-se anti-concorrenciais, embora, *sumo rigore*, sejam ainda manifestações de concorrência.

<sup>(44)</sup> Com esta definição acabámos por nos aproximar bastante da formulação dos economistas. Ela apresenta, contudo, a vantagem de ser bem mais simples do que a fórmula do autor italiano, sem deixar de se adaptar aos casos de concorrência monopolística e à chamada *Workable competition*.

### III. *A necessidade de uma disciplina jurídica da concorrência. Suas dificuldades* <sup>(45)</sup>

I. — A regulamentação jurídica da concorrência justifica-se a vários títulos: económico, político, social, e até mesmo ético moral <sup>(46)</sup>. São, apesar disso, gigantescas as dificuldades e riscos que arrasta consigo <sup>(47)</sup>. Não falta mesmo quem, confrontando com aquilo que foi já designado de mal congénito das leis de defesa da concorrência — a excessiva discricionariedade conferida à administração na sua aplicação —, afirme a absoluta ineficácia das leis de defesa da concorrência <sup>(48)</sup>. Pense-se na terrível dificuldade em se determinar a intenção inspiradora do comportamento dos operadores económicos, ou em individualizar os seus efeitos directos ou secundários, aspectos importantes

---

<sup>(45)</sup> Poder-se-ia pensar em dedicar aqui algumas linhas ao estudo dos méritos ou desméritos da concorrência, do monopólio perfeito ou imperfeito, ou da coexistência perfeita ou mais ou menos acabada destes dois sistemas. Não o faremos, dado tratar-se, em qualquer dos casos, de um *prius* ou um *posterius* relativamente ao raciocínio jurídico. Neste sentido, cfr. Franceschelli, *Concurrence...*, in *Studi...*, pág. 401.

<sup>(46)</sup> Tanto assim que a Igreja tem dedicado, por mais de uma vez, a sua atenção aos problemas relacionados, de modo mais ou menos directo, com a concorrência — cfr. João XXIII, *Encíclica «Mater et Magistra»*, in *Dez Grandes Mensagens*, 4.ª ed., Porto, 1980, pág. 17 e segs.; e Paulo VI, constituição *Gaudium et Spes*, in *Dez Grandes Mensagens*, pág. 439 e segs.

<sup>(47)</sup> Sobretudo em países, como o nosso, sem quaisquer tradições nesta matéria.

<sup>(48)</sup> É o caso de Giuseppe Trabuchi que, no seu prefácio à obra de Aristide Salvatore e Ugo Nietta, *La Disciplina della Libertà di Concorrenza e di Mercato*, Milão, 1960, revela grande cepticismo quanto à generalidade destas leis. Esta opinião é, em grande parte, partilhada por Farjat, para quem a regulamentação económica da concorrência constitui uma das questões de direito económico mais decepcionantes para a jurista, sendo característica universal das leis «*antitrust*» condenarem no artigo primeiro daquilo que salvam nos restantes. V. Gérard Farjat, *Droit Economique*, 2.ª ed., Paris, 1982, pág. 470.

A razão de ser de semelhantes atitudes compreender-se-á se nos lembrarmos com o Prof. Alberto Xavier que: «*A livre iniciativa, a igualdade de oportunidades e a concorrência pressupõem regras claras e uma administração vinculada e só muito dificilmente resistem às incertezas da discricionariedade*» — cfr. Alberto Xavier, *Revitalizar a Empresa*, in *Economia de Mercado e Justiça Social*, 1973, pág. 13.

na qualificação de qualquer conduta como conforme, ou não, às regras de defesa da concorrência <sup>(49)</sup>.

II. — A isto acresce, ainda, a possibilidade real de as leis de defesa da concorrência virem a influenciar o mercado precisamente no sentido inverso ao pretendido, consolidando a posição das grandes empresas e dificultando a implantação e desenvolvimento das pequenas unidades produtivas <sup>(50)</sup>.

---

<sup>(49)</sup> V. Giuseppe Trabuchi, Prefácio à obra de Aristides Salvatore e Ugo Nietta, *La Disciplina...*, pág. V.

<sup>(50)</sup> O próprio Conselho de Concorrência reconhece as profundas contradições subjacentes à legislação de defesa da concorrência ao dizer, no seu Relatório de Actividade dos Anos de 1984 e 1985, publicado no Diário da República, II Série, n.º 226, 3.º Suplemento, de 1 de Outubro, pág. 8, não se terem «*a este respeito ilusões (...); garantir a concorrência é favorecer a selecção e, por conseguinte, convidar à monopolização; monopolizar é anular a concorrência*». Na mesma direcção, Teixeira Martins, *Capitalismo...*, pág. 21, considera que «*(...) não deixa de ser curioso notar-se (...) o facto de ter sido precisamente o jogo da concorrência — que agora se pretende defender dos efeitos da concentração — que, na dinâmica própria do capitalismo, directamente conduziu à concentração*». Cfr., igualmente, António Vasconcelos Porto, *As Empresas...*, in *Concorrência...*, págs. 18 e 19, para quem: «*(...) não se deve (...) ignorar que a livre concorrência pode reforçar não só os desequilíbrios entre regiões como também, provavelmente, a desigualdade de desenvolvimento económico entre países. (...) Estamos assim confrontados com um dilema que se poderá resumir do seguinte modo: Ou mais mercado com as consequências gravosas que assinalámos há pouco, ou menos mercado com a correspondente perda de eficácia económica*».

É, porém, parcialmente diversa a opinião de Gérard Farjat, para quem a legislação «*antitrust*» apenas favorece os interesses dos próprios «*trust*», não se devendo crer na afirmação de Proudhon «*a concorrência mata a concorrência*», pois, em caso de aparecimento de monopólios, ela continuará sob outras formas. V. Gérard Farjat, *Droit...*, pág. 471.

Seja como for, as dificuldades suscitadas por uma eventual contradição entre disciplina da concorrência e manutenção de uma concorrência são maiores na prática do que no campo teórico. Não existe, neste último domínio, uma incompatibilidade entre o reconhecimento da propriedade privada, livre inicitativa e concorrência, e a sua regulamentação e enquadramento jurídico. É hoje sobejamente conhecida a locução divulgada em torno da Constituição de Weimar: «*A propriedade obriga*». Ao mesmo tempo, apregoam-se constantemente as finalidades sociais do sistema económico e parte-se da premissa de que essas finalidades não podem ser automaticamente conseguidas com o simples jogo da concorrência. Prevê-se, por isso, a intervenção do legislador ordinário na vida económica, «*legitimado para ditar uma dis-*

Importa, deste modo, encontrar um modelo verdadeiramente eficiente na tutela da concorrência e garantia da liberdade económica, e isso passará necessariamente pela consideração, aquando da elaboração da lei da estrutura disciplinar <sup>(51)</sup>, e por uma acção inteligente e tempestiva na aplicação das normas legais <sup>(52)</sup> <sup>(53)</sup>.

---

*ciplina da iniciativa privada»* (a expressão é de Túlio Ascarelli, *Teoria ...*, pág. 261). Disciplina que já não é vista como mera garantia das iniciativas económicas individuais, que, através de um jogo livre, conduziriam a um equilíbrio óptimo, mas antes como um agente do desenvolvimento económico inatingível através da simples actuação dos particulares.

Estes princípios básicos supõem justamente um reforço da intervenção estadual com vista à consecução de determinadas finalidades económicas, e recebem forte apoio dos estudos económicos dos últimos anos, nos quais se destacam os elementos de monopólio ínsitos na maior parte dos sistemas económicos, geralmente de concorrência imperfeita e oligopolista, assim como a possibilidade de se alcançar um pouco de equilíbrio numa situação de sub-aproveitamento de recursos.

Iniciativa privada, livre concorrência, postulam, assim, uma intervenção legislativa na vida económica, sem a qual tendem a desaparecer. V. Tulio Ascarelli, *Teoria...*, pág. 24 e segs., cujo ensinamento seguimos de perto e para quem esta acção de estudo *«permanece quanto aos seus objectivos fiel ao princípio que podemos encontrar no direito mercantil, no seu trânsito ou passagem de direito de classe para direito estatal com o mercantilismo e depois para um sistema objectivo com o Código napoleónico e (...) supõe a superação do liberalismo de economia clássica que afirmara que o funcionamento da livre concorrência haveria automaticamente acarretado a consecução de determinadas finalidades (...) concebendo o sistema económico como necessariamente determinado e o sistema jurídico como um dado meramente lógico fora da história. Esta teorização assentava sobre a convicção implícita de uma plena elasticidade e automatismo do mercado, na grande mobilidade dos seus factores e sobre a generalização daquela produção com custos marginais crescentes que se verifica ou pelo menos se verificou na agricultura e que o desenvolvimento da indústria veio desmentir»*.

<sup>(51)</sup> Neste sentido, também Teixeira Martins, *Capitalismo...*, embora parecendo assentar em pressupostos e chegando a conclusões que não são as nossas.

<sup>(52)</sup> Essa tem sido, aliás, a preocupação constante do Conselho da Concorrência, cuja acção se vem revelando altamente pedagógica.

<sup>(53)</sup> Cfr., neste sentido, Trabuchi, *Prefacio...*

## II PARTE

### A REGULAMENTAÇÃO JURÍDICA DA CONCORRÊNCIA EM PORTUGAL

#### I. *Evolução histórica* <sup>(54)</sup>

I. — A necessidade de criar em Portugal um clima de competitividade económica e de se instaurar um regime jurídico de concorrência que, uma vez consumada a adesão às Comunidades Europeias, assegurasse uma aplicação relativamente pacífica dos princípios comunitários consagrados nesta matéria, ditou a publicação, no nosso país, de um diploma específico sobre a concorrência <sup>(55)</sup>.

II. — São, porém, já antigas as leis que, de uma forma mais ou menos directa, têm, entre nós, procurado «disciplinar» a concorrência.

---

<sup>(54)</sup> É relativamente abundante a bibliografia com relevo nesta matéria, alguma da qual já tivemos, de resto, oportunidade de citar (v. *supra* pág. , nota 17). De entre os autores que se referem de forma mais directa ao assunto, destacaremos apenas as seguintes obras: Alberto Xavier, *Subsídios...*, in *Ciência...*, n.º 138, pág. 105 e segs.; Carlos Ferreira de Almeida, *Direito Económico*, Lisboa, 1981, pág. 722 e segs.; Maria Rebordão Sobral e João Pinto Ferreira, *Da Livre Concorrência...*, págs. 41 e segs. e 91 e segs.; Robalo Cordeiro, *As Coligações...*, in *Revista...*, ano XXIX, pág. 82 e segs.

<sup>(55)</sup> Neste mesmo sentido pode ver-se, por exemplo, o discurso proferido pelo Dr. Rui Machete na sessão de abertura do colóquio *Concorrência em Portugal*, in *Concorrência...*, pág. 15, na sua qualidade de ministro da justiça da altura.

Durante séculos essa tarefa coube às Corporações, cujos regimentos continham preceitos destinados a prevenir e a reprimir actos de açambarcamento, especulação e concorrência desleal <sup>(56)</sup>.

III. — Com o liberalismo assistiu-se à abolição, por Decreto de 7 de Maio de 1834, da estrutura corporativa. Passou então a caber ao estado a tutela da livre concorrência e da iniciativa privada <sup>(57)</sup>. O Código Penal de 1852, ao incluir o crime de monopólio entre os delitos contra a ordem pública <sup>(58)</sup>, levou o ideário do liberalismo económico às suas últimas consequências.

Noutros países, as vantagens proporcionadas por certas coligações levaram a punir não a sua constituição, mas apenas as infracções por elas praticadas <sup>(59)</sup> <sup>(60)</sup>. O mesmo não se verificou em Portugal.

IV. — A ordem económica implantada pelas reformas liberais sucumbiu com a Revolução de 28 de Maio de 1926 <sup>(61)</sup>.

Finalmente, a Constituição de 1933 continuou a reconhecer como um dos direitos e liberdades individuais dos cidadãos a livre iniciativa privada, logo implicitamente o princípio da livre concorrência <sup>(62)</sup>. Não obstou isso a que, num plano global, se

<sup>(56)</sup> Cfr. Soares Martinez, *Manual...*, págs. 39 e 40; Alberto Xavier, *Subsídios...*, in *Ciência...*, n.º 138, pág. 106.

<sup>(57)</sup> Alberto Xavier, *Subsídios...*, in *Ciência...*, n.º 138, pág. 106; Robalo Codeiro, *As Coligações...*, in *Revista...*, n.º XXIX, pág. 84.

<sup>(58)</sup> *Idem, Ibidem.*

<sup>(59)</sup> Cfr. Alberto Xavier, *Subsídios...*, in *Ciência...*, n.º 138, pág. 106.

<sup>(60)</sup> Apesar de tudo, e dadas as dificuldades de prova a que o esquema do Código Penal dera origem, a lei criminal parece ter sido insuficiente para repelir a propagação, em Portugal, de carteis ou outras práticas semelhantes. Cfr. Alberto Xavier, *Subsídios...*, in *Ciência...*, n.º 138, pág. 107.

<sup>(61)</sup> Até 1926 foram pouco significativas as alterações introduzidas nos sistema económico criado pela legislação liberal. Para uma síntese da evolução económico-constitucional portuguesa, v., por todos, Menezes Cordeiro, *Direito da Economia*, Lisboa, 1986, pág. 165 e segs.

<sup>(62)</sup> Nesta direcção, também Alberto Xavier, *Subsídios...*, in *Ciência...*, n.º 138, pág. 107; Robalo Cordeiro, *As Coligações...*, in *Revista...*, ano XXIX, pág. 8.

Além disso, enunciava-se no Artigo 31.º da Constituição de 1933 o princípio «da concorrência efectiva».

pudesse qualificar de neutral a atitude da lei fundamental de 33 relativamente ao problema da concorrência <sup>(63)</sup>. Ao legislador ordinário cabia uma ampla margem de liberdade quanto às opções a definir <sup>(64)</sup>.

No exercício dessa liberdade foi, através da publicação de diversas leis, criado um regime económico caracterizado por uma forte intervenção administrativa na vida económica, com objectivos assumidamente proteccionistas <sup>(65)</sup>.

V. — Com a Constituição de 1976 alcançou-se um novo estágio neste evolução. Não obstante, o sistema de protecção da economia portuguesa manter-se-ia até à data de publicação do Decreto-Lei n.º 513-I/79, que veio abolir o regime do condicionamento e consagrar o livre acesso ao mercado. Este diploma não foi, porém suficiente, para alterar o panorama jurídico da concorrência em Portugal. A primeira alteração de fundo verificou-se com a entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 422/83 <sup>(66)</sup> <sup>(67)</sup>, fortemente influenciado pela experiência europeia em matéria de concorrência. Pedra fundamental de um sistema em construção, a aplicação deste Decreto-Lei não tem sido isenta de dificuldades. Habitados a uma forte intervenção estadual, os agentes económicos vêm demonstrado alguma rigidez na adaptação às exigências de um mercado onde a livre concorrência constitui um valor protegido por lei <sup>(68)</sup>.

---

<sup>(63)</sup> Alberto Xavier, *Subsídios...*, in *Ciência...*, n.º 138, pág. 109.

<sup>(64)</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>(65)</sup> As traves mestras de semelhante regime económico eram, como bem se sabe, constituídas pela Lei n.º 2005 e, sobretudo, pela Lei n.º 2052, poderosos instrumentos ao serviço do intervencionismo estadual e da contenção da concorrência. As tentativas de publicação ou regulamentação de leis destinadas a defender ou estimular a concorrência fracassaram sempre. Pense-se na Lei de 1936 sobre coligações económicas, no Decreto-Lei n.º 508/VIII, de 28 de Dezembro de 1964, ou na Lei n.º 1/72, de 24 de Março.

<sup>(66)</sup> Na mesma direcção, v. Robalo Cordeiro, *As Coligações...*, in *Revista...*, XXIX, pág. 85.

<sup>(67)</sup> Outros diplomas com influência mais ou menos directa no regime da concorrência foram entretanto publicados, como sejam o Decreto-Lei n.º 406/83 sobre a delimitação dos sectores público e privado, ou os relativos ao regime de preços. Recorde-se, também, o Artigo 405.º, que consagra o princípio da liberdade contratual.

<sup>(68)</sup> V. Robalo Cordeiro, *As Coligações...*, in *Revista...*, XXIX, pág. 86.

## II. O Direito vigente

### 1. A Constituição da República Portuguesa

I. — A estrutura marcadamente compromissória da Constituição de 1976 deu origem a várias dúvidas quanto à sua interpretação global <sup>(69)</sup>.

Segundo o Professor Jorge Miranda <sup>(70)</sup>, distinguem-se fundamentalmente cinco correntes de interpretação da ordem económica portuguesa, tal como emergiu da Constituição 1976:

- a) «um modelo económico socialista marxista;
- b) um modelo de transição para o socialismo com respeito pela democracia;
- c) um modelo com dois princípios, o democrático e o socializante, prevalecendo o primeiro;
- d) um modelo democrático, surgindo o socialismo como princípio programático não cogente» <sup>(71)</sup>.

II. — Não podemos analisar, num trabalho com este âmbito, cada uma destas orientações. Estamos, todavia, convencidos de obter uma certa margem de consenso se dissermos que a Constituição de 1974 assentou numa contradição de princípios — o princípio socialista, e o princípio democrático —, contradição não desaparecida com a revisão de 1982 <sup>(72)</sup>. Apesar disso, e das divergências verificadas na determinação e interpretação <sup>(73)</sup> de

---

<sup>(69)</sup> Menezes Cordeiro, *Direito da Economia*, ob. cit., I, pág. 183 e segs. V., ainda, Carlos Ferreira de Almeida, *Direito Económico*, Lisboa, 1979, II parte, pág. 710 e segs.; e António Sousa Franco, *Noções de Direito da Economia*, reimpr., 1982-83, IV, pág. 173 e segs.

<sup>(70)</sup> *Apud* Menezes Cordeiro, *Direito da Economia*, ob. cit., I, pág. 183.

<sup>(71)</sup> Menezes Cordeiro, *Direito da Economia*, ob. cit., I, pág. 183.

<sup>(72)</sup> *Idem*, pág. 188.

<sup>(73)</sup> A melhor doutrina considerava, ainda antes da revisão de 1989, a ideia de concorrência presente, por exemplo, nos Artigos 47.º, 61.º, 62.º e 81.º alíneas d), e), f), e j). Discordam desta enunciação Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 2.ª ed., Coimbra, 1984, v. I, comentário ao Artigo 81.º, pag. 400 e segs. Para estes autores, o princípio da concor-

alguns dos preceitos constitucionais com relevo em matéria de concorrência, a doutrina não deixou de considerar, segundo julgamos, de forma unânime que a Constituição aceitava o princípio de livre concorrência <sup>(74)</sup> <sup>(75)</sup>.

O modo como o fazia não era, porém, suficiente para a realização dos objectivos de um mercado livre <sup>(76)</sup> <sup>(77)</sup>.

Compreende-se, por isso, — sobretudo atendendo à adesão de Portugal à Comunidade Económica Europeia — a publicação do Decreto-Lei n.º 422/83 com vista à definição de um regime jurídico da concorrência no nosso país, e sem o qual as disposições constitucionais correriam sérios riscos de se tornar letra morta <sup>(78)</sup>.

## 2.1. O Decreto-Lei n.º 422/83

### 2.1.1. Os objectivos do Decreto-Lei n.º 422/83

I. — Inseridas na lógica própria dos sistemas de livre economia de mercado <sup>(79)</sup>, o objectivo imediato das leis de defesa da concorrência é o de garantir uma estrutura e um comportamento

---

rência apenas estaria presente no Artigo 81.º da Constituição da República Portuguesa. Não nos parece que tenham razão. A lei constitucional, ao consagrar nos Artigos 61.º e 62.º o direito à iniciativa e à propriedade privada, está conforme o reconhece parte da doutrina portuguesa (acompanhada, de resto, pelos autores italianos que, perante textos de conteúdo perceptivo idêntico, chegam a conclusões semelhantes às sustentadas pelos autores nacionais. Cfr., por exemplo, Tulio Ascarelli, *Teoria...*, pág. 24; Franceschelli, *Concurrence...*, in *Studi...*, págs. 408 e 409) implicitamente a reconhecer a livre concorrência.

<sup>(74)</sup> V. Ferreira de Almeida, *Direito...*, II parte, pág. 724; no mesmo sentido, se bem que implicitamente, Gomes Canotilho e Vital Moreira.

<sup>(75)</sup> Posição que só pode ter sido reforçada com a revisão de 1989.

<sup>(76)</sup> Ferreira de Almeida, *Direito...*, II parte, pág. 725.

<sup>(77)</sup> Situação deixada inalterada pela segunda revisão constitucional.

<sup>(78)</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>(79)</sup> Alberto Xavier, *Subsídios...*, in *Ciência...*, n.º 138, pág. 87.

concorrencial, por parte dos agentes económicos, nos vários mercados em que dada economia se desdobra <sup>(80)</sup> <sup>(81)</sup>.

Tal finalidade pode ser alcançada através de um de dois tipos fundamentais de legislação, inspirados em duas ideias diferentes e de tendências opostas: a da concorrência-condição e a da concorrência-meio <sup>(82)</sup>.

II. — As leis dominadas pelo princípio da concorrência-condição procuram, de acordo com as concepções clássicas da economia e do mercado, assegurar a intransigente defesa da concorrência, única forma de garantir o desenvolvimento económico <sup>(83)</sup>. A concorrência é, deste modo, encarada como um fim em si mesmo e a sua defesa contra eventuais práticas anti-concorrenciais aparece como o propósito primordial. Diversamente, os diplomas presos à teoria da concorrência-meio não consideram a preservação da concorrência como um objectivo em si mesmo. Antes, admitem o seu sacrifício quando os superiores interesses da economia assim o determinem <sup>(84)</sup>.

---

<sup>(80)</sup> *Idem*, pág. 89.

<sup>(81)</sup> No que especificamente respeita ao direito comunitário da concorrência é, ainda, possível assinalar-se um outro objectivo; o de ajudar à integração europeia. Nesta direcção, pode ver-se G. Shapira, G. Le Tallec e G.-B. Blaise, *Droit...*, pág. 209 e segs.

<sup>(82)</sup> V. Robalo Cordeiro, *As Coligações...*, in *Revista...*, XXIX, pág. 88. A grande variedade das leis de defesa da concorrência tem motivado outras tentativas de classificação, para além das referidas no texto. Bernini — *Apud* Teixeira Martins, *Capitalismo...*, pág. 35 e segs. —, por exemplo, distingue, não dois, mas três grandes grupos de leis de defesa da concorrência: o sistema da proibição, o sistema do dano efectivo, e o sistema misto. Entre nós, encontra-se uma análise do programa do direito comparado europeu, com a classificação de várias legislações europeias, em Alberto Xavier, *Subsídios...*, in *Ciência...*, n.º 138, pág. 136 e segs. Veja-se, ainda, Simões Patrício, *Direito...*, pág. 81 e segs.

<sup>(83)</sup> Robalo Cordeiro, *As Coligações...*, in *Revista...*, XXIX, pág. 88.

<sup>(84)</sup> Cfr., nomeadamente: Berthold Goldman, *Droit...*, págs. 291 e 292; Gide Loyrette e Nouel, *Le Droit Français de la Concurrence*, Paris, 1975, págs. 10 e 11; Etienne Goulon, *La Concurrence...*, pág. e segs.; Simões Patrício, *Direito...*, págs. 55 e 56; António Cardoso Mota, *O Know-How...*, pág. 60 e segs.; G. Shapira, G. Le Tallec, J.-B. Blaise, *Le Droit...*, págs. 290 e 291; Robalo Cordeiro, *As Coligações...*, in *Revista...*, XXIX, pág. 93.

Exemplo do primeiro dos dois modelos mencionados encontra-se no direito norte-americano <sup>(85)</sup> <sup>(86)</sup>. Primeiro no «*Sherman Act*», depois no «*Clayton Act*». As enormes dificuldades sentidas nos Estados Unidos na aplicação deste paradigma levaram, porém, à adopção de um critério mais maleável na sua concretização. Acabou, assim, por ser admitida no caso «*Standard Oil of New Jersey v. United States*» de 1911 <sup>(87)</sup> a chamada «*rule of reason*» <sup>(88)</sup>, que em determinados casos poderia justificar a derrogação das proibições estabelecidas pelo legislador.

Espelho do tipo referido em segundo lugar é-nos dado pelo direito comunitário. Apesar de, nesta matéria da concorrência, fortemente influenciado pela legislação norte-americana <sup>(89)</sup>, o Tratado de Roma seguiu, quanto a este ponto, orientação oposta à consagrada nos Estados Unidos <sup>(90)</sup>.

---

<sup>(85)</sup> Robalo Cordeiro, *As Coligações...*, in *Revista...*, XXIX, pág.

<sup>(86)</sup> Com efeito, quer um quer outro adoptaram a teoria da «*per se condemnation*», combatendo e proibindo todos os acordos e todas as concentrações de empresas susceptíveis de afectarem a concorrência, sem se prever excepções. Por ter sido introduzido nos Estados Unidos este sistema, tem também sido designado de sistema americano (cfr. Teixeira Martins, *Capitalismo...*, pág. 36), denominação reforçada pela circunstância de não ter obtido grande divulgação. Segundo alguns autores, apenas o Canadá e o Japão teriam adoptado um sistema de defesa da concorrência de tipo americano. De acordo com Farjat, nem isso sucederia, sendo os Estados Unidos o único país com uma legislação conforme ao sistema da proibição — v. Gérard Farjat, *Droit...*, págs. 555 e 556.

<sup>(87)</sup> *Apud* Robalo Cordeiro, *As Coligações...*, in *Revista...*, XXIX pág. 89.

<sup>(88)</sup> V.R. Kovar, *Le Droit Communautaire de la Concurrence et la Règle de la Raison*, in *R.T.D.E.*, Paris, 1987, ano 23, *per tot.*, para uma visão dos problemas suscitados por esta regra no âmbito do direito comunitário.

<sup>(89)</sup> Influência esta de tal modo grande que é possível considerar o direito comunitário da concorrência mais perto da legislação antitrust norte-americana do que da tradição europeia de uma repressão de possíveis abusos. Neste sentido, cfr. Alberto Xavier, *Subsídios...*, in *Ciência...*, n.º 138, pág. 151.

<sup>(90)</sup> A justificação para esta divergência de orientação encontrar-se-á, segundo Farjat, nas diferenças «*de desenvolvimento económico e mais precisamente*» no «*diferente grau de concentração capitalista atingido*». De acordo com aquele autor, apenas se começa a combater uma determinada prática ou estrutura anti-concorrencial quando ela «*foi abundantemente utilizada e as posições-chave bem estabelecidas*». V. Gérard Farjat, *Droit...*, pág. 473. Com efeito, não parece ser por acaso que as únicas legislações correspondendo ao figurino do «*per se condemnation*» sejam as dos Estados Unidos, Japão e Canadá.

III. — A legislação nacional consagrou um sistema semelhante ao do direito europeu, como logo resulta da leitura do Artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 422/83. Estabelece-se aí: «*O presente diploma tem por objecto a defesa da concorrência do mercado nacional, a fim de salvaguardar os interesses dos consumidores, garantir a liberdade de acesso ao mercado, assegurar a transparência do mercado, favorecer a realização dos objectivos gerais de desenvolvimento económico e social e reforçar a competitividade dos agentes económicos face à economia internacional*».

A vontade do legislador português não foi, assim, a de defender uma concorrência perfeita, mas sim uma concorrência eficaz ao serviço de determinados objectivos por ele enunciados <sup>(91)</sup>.

O entendimento referido é, aliás, reforçado pelo n.º 1 do Artigo 15.º do Decreto-Lei n.º 422/83. Por força deste preceito, devem considerar-se justificadas as restrições da concorrência quando benéficas para o desenvolvimento técnico e económico do país. Pela sua simples finalidade, o Artigo 15.º do Decreto-Lei n.º 422/83 seria suficiente para sustentar a tese segundo a qual os objectivos visados pelo direito português da concorrência correspondem no essencial aos prosseguidos pelos Artigos 85.º e seguintes do Tratado de Roma. A similitude de redacção entre o Artigo 15.º da lei portuguesa e o n.º 3 do Artigo 83.º do Tratado da C.E.E., acompanhada da identidade de atitudes das autoridades encarregadas de velar pela defesa da concorrência nos

---

<sup>(91)</sup> Cfr., nomeadamente, Isabel Jalles, *A Lei da Concorrência. Análise e Perspectivas de Aplicação*, in *Concorrência...*, pág. 50; Nuno Ruiz, *Implicações Sectoriais da Lei de Defesa da Concorrência*, in *Concorrência...*, pág. 94; e Carlos Botelho Moniz, *Estratégia das Empresas — Aspectos Processuais...*, in *Concorrência...*, pág. 176; Robalo Cordeiro, *As Coligações...*, in *Revista...*, XXIX, pág. 91. O entendimento expresso por estes autores mereceu confirmação por parte do Conselho de Concorrência no seu Relatório de Actividade para os Anos de 1984 e 1985. V. Diário da República de 1 de Outubro, II Série, III Suplemento, n.º 226, pág. 8.

dois ordenamentos não faz mais do que reafirmar esta inferência <sup>(92)</sup> <sup>(93)</sup>.

## 2.2. Âmbito de aplicação

I. — No que respeita ao âmbito ou domínio de aplicação da legislação de defesa da concorrência, importa distinguir o seu âmbito de aplicação material do seu campo de aplicação territorial <sup>(94)</sup> <sup>(95)</sup> <sup>(96)</sup>.

---

<sup>(92)</sup> Robalo Cordeiro, *As Coligações...*, in *Revista...*, XXIX, pág. 3.

<sup>(93)</sup> Com algumas diferenças, nomeadamente determinadas pelo diferente âmbito de aplicação de cada um dos direitos e pelo objectivo de integração europeia que só ao direito comunitário compete (v. *supra* pág. , nota ).

<sup>(94)</sup> António Robalo, *As Coligações...*, in *Revista...*, XXIX, pág. 85.

No que respeita ao âmbito de aplicação da lei de defesa da concorrência no tempo, v. *Decisão do Conselho da Concorrência relativa às «práticas anti-concorrenciais ocorridas no mercado de produtos dermofarmacêuticos»*, in *Diário da República*, 2.º Suplemento, n.º 168, de 24-7-1987, II Série, pág.15. Cfr., igualmente, Isabel Jalles, *A Lei...*, in *Concorrência...*, págs. 56 e 57.

<sup>(95)</sup> Não falta quem adopte um critério mais complexo para determinação do domínio de aplicação das leis de defesa da concorrência, o que, no caso do direito comunitário, não surpreende dada a maior complexidade de algumas das questões por ele suscitadas.

Berthold Goldman, por exemplo, procede a uma tripla delimitação do campo de aplicação do direito comunitário da concorrência. Fá-lo tomando em consideração os seguintes três aspectos distintos:

— a natureza do objecto das práticas restritivas da concorrência por forma a ter em consideração as regras próprias à C.E.C.A. E ao Euratom;

— ao carácter comunitário ou nacional das trocas atingidas pelas práticas restritivas verificadas no território da Comunidade. Deste modo, consegue estabelecer a distinção entre o campo de aplicação do direito comunitário da concorrência e o do direito interno dos estados membros das Comunidades Europeias;

— a localização das práticas restritivas da concorrência dentro ou fora do território comunitário. Por esta via afasta-se a aplicação do direito europeu da concorrência relativamente aos comportamentos cujo efeito se situa fora do território da C.E.E., mas consegue-se abranger os actos anti-concorrenciais que, apesar de praticados por empresas de terceiros estados, se repercutem dentro do espaço comunitário. Cfr. Berthold Goldman, *Droit...*, pág. 239.

Além de Berthold Goldman, têm igualmente tentado definir a esfera de aplicação do direito da concorrência, entre outros: Alberto Bercovitz, *Normas sobre la competencia del Tratado de la C.E.E.*, in *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, Madrid, 1986, II, pág. 378 e segs., para o direito comunitário; e Gide, Loyrette e Nouel, *Le Droit...*, para o direito interno francês.

<sup>(96)</sup> Embora, na prática, isso nem sempre tenha sido bem compreendido, o

II. — O domínio de aplicação material do Decreto-Lei n.º 422/83 encontra-se definido no seu Artigo 2.º n.º 1, e abrange «(...) salvo disposição expressa em contrário, (...) todas as actividades económicas exercidas com carácter permanente ou ocasional, nos sectores público, cooperativo ou privado».

Considerando as vantagens e virtudes teóricas da concorrência válidas para a generalidade das actividades económicas <sup>(97)</sup>,

---

Decreto-Lei n.º 422/83 não se aplica naturalmente aos casos em que os atingidos por um dos comportamentos descritos nesse diploma seja um consumidor final, pois, nesse caso, falta o pressuposto básico da sua aplicação: o efeito anti-concorrencial — Relatório do Conselho da Concorrência, Ano 1986, in *Diário da República* de 24-7-1987, II Série, n.º 168, 2º Suplemento, págs. 12 e 24 (Proc. 3/86).

Na doutrina, cfr. no mesmo sentido: Nuno Ruiz, *Implicações...*, in *Concorrência...*, pág. 97. De mais difícil resolução é o problema se o consumidor final for, não o atingido pela conduta anti-concorrencial, mas o «causador» dessa mesma conduta. O preâmbulo do Decreto-Lei n.º 422/83 parece sugerir que as regras da concorrência nele estabelecidas apenas se aplicam a comportamentos da responsabilidade de empresas, ficando, portanto, fora do seu âmbito «as práticas restritivas da concorrência» «imputáveis» aos consumidores. Com efeito, estabelece-se no mencionado Decreto-Lei que: «(...) o presente diploma ocupa-se, por um lado, da prevenção dos efeitos económicos danosos decorrentes de acordos e práticas concertadas entre empresas ou de abusos de posição dominante e, por outro, da proibição de certas práticas de preços mínimos, aplicação de preços ou condições de venda discriminatórios, e recusa de venda».

A mesma conclusão pode extrair-se do n.º 1 do Artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 422/83. Cfr., ainda, os comentários de João Yanz e Isabel Jalles no debate à participação de Isabel Jalles no colóquio «*Concorrência em Portugal*», in *Concorrência...*, págs. 75 e 76. Em sentido diverso pronunciou-se Belmira Martins no Debate à intervenção proferida por Nuno Ruiz no colóquio «*Concorrência em Portugal*» organizado pela Revista «Assuntos Europeus» — v. *Concorrência...*, pág. 120. Temos, porém, alguma dificuldade em acompanhá-la, sobretudo em face do exemplo a que a autora se reporta. Aguardemos a posição do Conselho da Concorrência sobre este ponto.

<sup>(97)</sup> V. Relatório do Conselho da Concorrência, Anos 1984, 1985, in *Diário da República*, II Série, 3.º Suplemento, n.º 226, de 1-10-86, pág. 8.

A fórmula ampla como se encontra redigido o Artigo 2.º n.º 1 do Decreto-Lei n.º 422/83 não tem, todavia, impedido certos agentes económicos de suscitarem, ao Conselho, a oportunidade de criação de regimes especiais, ou, simplesmente, a não aplicação do Decreto-Lei n.º 422/83 a determinadas actividades, invocando a sua natureza não estritamente comercial.

Nos seus pareceres 6/84 e 3/85, o Conselho entendeu (v. *Diário da República* de 1-10-86, II Série, 3.º Suplemento, n.º 226, págs. 19 e segs. e 22) não haver motivo para a criação de qualquer regime específico, por considerar as vantagens da con-

o Decreto-Lei n.º 422/83 adoptou, assim, o princípio — já consagrado no direito comunitário para delimitação do seu âmbito de aplicação material <sup>(98)</sup> — da sujeição das empresas privadas e das empresas públicas às mesmas regras da concorrência <sup>(99)</sup> <sup>(100)</sup>.

III. — Existem, contudo, algumas excepções a esta regra geral. O n.º 1 do Artigo 36.º do Decreto-Lei n.º 422/83 afasta a aplicação das regras da concorrência relativamente:

- à administração central, regional e local;
- à produção, transporte e distribuição de electricidade;
- aos correios e telecomunicações;
- a todas as situações de restrição da concorrência resultantes de disposição legal.

Por sua vez, o n.º 2 do Artigo 36.º estabelece que, no tocante ao sector do carvão e do aço, a aplicação das regras de defesa da concorrência deverá fazer-se «*sem prejuízo da legislação especial em vigor para os mesmos*» <sup>(101)</sup>.

---

corrência válidas para a generalidade das actividades económicas, salvo se puser gravemente em risco valores alvo de um protecção específica. Cfr. ainda Relatório do Conselho da Concorrência (Ano 1984).

<sup>(98)</sup> Robalo Cordeiro, *As Coligações...*, in *Revista...*, XXIX, pág. 96.

<sup>(99)</sup> *Idem*.

<sup>(100)</sup> Acerca do problema da sujeição das empresas públicas às regras da concorrência, pode ver-se, entre outros: Robert Lecourt, *L'Europe des juges*, Bruxelas, 1976, pág. 70 e segs.; Alberto Bercovitz, *Normas...*, in *Tratado...*, II, pág. 332; Alan Campbell, *Ec. competition...*, pág. 217 e segs.; Sousa Franco, *Comunidades Europeias*, 2.ª ed., Lisboa, 1987, pág. 305; Jorge Ferreira Alves, *Direito da Concorrência nas Comunidades Europeias*, Coimbra 1989, pág. 177 e segs.

<sup>(101)</sup> Na opinião de Isabel Jalles, o n.º 2 do artigo 36.º é meramente tautológico. A razão de ser de semelhante preceito estaria, segundo ela, num mero espírito de seguidismo do legislador nacional, igualmente manifestado noutros pontos do diploma. Cfr. Isabel Jalles, *Perspectivas...*, in *Concorrência...*, pág. 55. Não concordamos com a autora. A ressalva do n.º 2 do Artigo 36.º justifica-se atendendo à necessidade de explicar que as regras relativas ao carvão e ao aço vigentes à data da publicação do Decreto-Lei n.º 422/83 não foram por ele implicitamente revogadas, apesar de conterem limitações à concorrência. No mesmo sentido, v. o comentário de Chaves Rosa à participação de Isabel Jalles no colóquio *Concorrência em Portugal*, in *Concorrência...*, pág. 69.

Finalmente, o n.º 3 do mesmo preceito prescreve o seguinte:

*«A aplicação deste diploma à actividade dos transportes e das disposições da Secção III do capítulo I às actividades da agricultura, pecuária e pesca fica dependente da adaptação a estabelecer pelo Governo em decreto regulamentar».*

IV. — Tributário, em grande medida, do direito comunitário, o Artigo 36.º do Decreto-Lei n.º 422/83 é, apesar disso, susceptível de criar algumas dificuldades às autoridades portuguesas. É que o n.º 1 do Artigo 36.º se destina, com toda a probabilidade, a iludir o princípio fixado no n.º 1 do Artigo 2.º, da submissão das empresas públicas e privadas às mesmas regras de concorrência<sup>(102)</sup>. Se assim for, e se se pretender criar, ao abrigo das excepções previstas nessa norma, um particular regime concorrencial para as empresas públicas, entrar-se-á em contradição com o disposto no Tratado de Roma. A verificar-se semelhante eventualidade, as autoridades portuguesas não terão outra alternativa senão sujeitar-se à directiva da Comissão *«relativa à transparência das relações financeiras entre os Estados Membros e as empresas públicas»*<sup>(103)</sup><sup>(104)</sup>.

Não podendo o estatuto das empresas públicas servir, de forma alguma, de obstáculo à aplicação dos preceitos comunitários relativos à concorrência, Portugal terá, forçosamente, de se sujeitar, na sua actuação, aos princípios definidos na mencionada directiva.

V. — No tocante ao domínio aplicação territorial, ou se preferirmos — seguindo uma terminologia bastante divulgada — ao campo de aplicação *«ratione loci»*, o legislador português adoptou (à semelhança daquilo que fez o legislador comunitário e número significativo de leis nacionais)<sup>(105)</sup>, o critério do efeito

---

<sup>(102)</sup> Robalo Cordeiro, *As Coligações...*, in *Revista...*, XXIX, pág. 98.

<sup>(103)</sup> *Idem*, pág. 99.

<sup>(104)</sup> Directiva da Comissão n.º 80-723 (J.O.C.E. n.º 2, 195, de 29-7-80).

<sup>(105)</sup> Como, por exemplo, a da República Federal Alemã, França ou Estados Unidos. Cfr. Robalo Cordeiro, *As Coligações...*, in *Revista...*, XXIX, pág. 99.

anti-concorrencial territorial <sup>(106)</sup>. Proíbem-se, assim, não apenas os comportamentos anti-concorrenciais levados a cabo no mercado português, mas também aqueles cujos efeitos se verifiquem, ou possam verificar, no território nacional <sup>(107)</sup> <sup>(108)</sup>. A circunstância de as empresas responsáveis por esses comportamentos se encontrarem estabelecidas fora do nosso mercado é, assim, irrelevante <sup>(109)</sup>.

Da mesma forma, se um comportamento anti-concorrencial, concluído em Portugal, só produzir efeitos fora do território nacional, não lhe será aplicável o Decreto-Lei n.º 422/83, por afectar apenas mercados estranhos ao nosso país <sup>(110)</sup>.

---

<sup>(106)</sup> *Idem*, pág. 100.

<sup>(107)</sup> O legislador português, ao alargar o âmbito de aplicação do Decreto-Lei n.º 422/83 aos comportamentos que tenham ou possam ter efeitos restritivos da concordância, adoptou, seguindo o exemplo comunitário, o critério do efeito anti-concorrencial virtual. V. *infra*, pág. 42 e ss.

<sup>(108)</sup> Para ser punido, o efeito anti-concorrencial deve ainda ser sensível. Durante os primeiros anos de vigência do Decreto-Lei n.º 422/83, a doutrina mostrou-se dividida quanto à necessidade de verificação deste requisito de aplicação das regras da concorrência. Almeida Ribeiro, por exemplo, parece considerar irrelevante o facto de o efeito anti-concorrência ser ou não sensível. V. Gabriel de Almeida Ribeiro, *Defesa da Concorrência. Decreto-Lei 422/83, de 3 de Dezembro*, Lisboa, 1984, anotação ao Artigo 2.º pág. 9. Diversamente, Robalo Cordeiro sustentava a necessidade de as autoridades portuguesas actuarem de acordo com o princípio «*de minimis non curat praetor*». Cfr. Robalo Cordeiro, *As Coligações...*, in *Revista...*, XXIX, pág. 110. V., contudo, pág. 100. O Conselho de Concorrência veio, entretanto, desfazer as dúvidas existentes, ao afirmar no seu Relatório para os anos de 1984 e 1985 que a proibição «*de um determinado tipo de práticas apenas se justifica na estrita medida em que se supõem ser susceptíveis de provocar restrições sensíveis da concorrência, isto é, de condicionar substancialmente a oferta e a procura. (...) Não se trata de erradicar as restrições formais, mas apenas as restrições significativas, aquelas que se repercutam de modo evidente e relevante no funcionamento do mercado*» (v. *Diário da República*, de 1-10-86, II Série, 3.º Suplemento, n.º 226, pág. 8).

<sup>(109)</sup> Robalo Cordeiro, *As Coligações...*, in *Revista...*, XXIX, pág. 100.

<sup>(110)</sup> No direito comunitário esta orientação tem tido indiscutível aplicação. Destacam-se as decisões da Comissão relativas ao caso «*Matières colorantes*», de 24 de Julho de 1969 (posteriormente confirmada por sentença do Tribunal das Comunidades) e o acórdão Beguelin, de 25-11-71, Proc. 22/71, Rec. 1971, pág. 949. Na doutrina, v., por todos, Alberto Bercovitz, *Las Normas...*, in *Tratado...*, II, págs. 341 e 342.

VI. — Casos há em que um mesmo acordo ou conduta é simultaneamente subsumível ao direito interno — por produzir efeitos no território português — e ao direito comunitário — por afectar o comércio entre os Estados membros. Quando isso acontece, coloca-se um problema de difícil resolução <sup>(111)</sup>. Se determinada coligação ficar fora da alçada do direito comunitário, nada impede a aplicação da lei interna da concorrência. Mas poderão as autoridades portuguesas aplicar a lei nacional, sem se preocuparem com as regras comunitárias na hipótese de uma infracção atingir ao mesmo tempo o direito nacional e o direito comunitário?

São várias as teorias propostas para responder a esta interrogação <sup>(112)</sup> <sup>(113)</sup>:

a) *Teoria da «barreira única»*. Segundo esta teoria, sustentada por autores como o Catalano <sup>(114)</sup>, sempre que uma situa-

<sup>(111)</sup> Desde logo, porque não pode ser resolvido de acordo com as regras relativas ao concurso de normas.

<sup>(112)</sup> A resposta passa forçosamente pela ponderação do efeito directo e do primado do direito comunitário relativamente ao direito interno dos Estados membros. Não podemos abordar aqui estes temas. Remetemos por isso, para a seguinte bibliografia: Isabel Jalles, *Implicações Jurídico-constitucionais da Adesão de Portugal às Comunidades Europeias*, Lisboa, 1980, pág. 117 e segs.; Mota Campos, *As Relações da Ordem Jurídica Portuguesa com o Direito Internacional e o Direito Comunitário à Luz da Revisão Constitucional de 1982*, Lisboa, 1985, pág. 266 e segs.

<sup>(113)</sup> Acerca do assunto mais específico, por nós abordado, das relações entre o direito comunitário e o direito interno da concorrência, v., para um quadro das diferentes posições, nomeadamente: Berthold Golman, *Droit...*, pág. 656 e segs.; Lipstein, *The Law of the European Economic Community*, Londres, 1974, págs. 227 e 228; Gide Loyrette e Nouel, *Droit...*, pág. 62 e segs.; Robert Lecourt, *L'Europe...*, pág. 93 e segs.; Van Damme, *La Politique de la Concurrence dans la C.E.E.*, Bruxelas, 1977, 1979, pág. 79, e segs.; G. Shapira, G. Le Tallec, J.B. Blaise, *Le Droit...*, pág. 313; J.C. Martinho de Almeida, *Autonomia dos Direitos Nacionais Sobre Concorrência Relativamente ao Direito Comunitário*, in *Concorrência...*, pág. 31 e segs.; Maria Rebordão Sobral e João Pinto Ferreira, *Da Livre Concorrência...*, pág. 137 e segs.; Alberto Bercovitz, *Las Normas...*, in *Tratado...*, II, pág. 345 e segs.; Xavier de Roux e Dominique Voillemont, V.º *Concurrence. Commentaire*, in *Dictionnaire du Marché Commun*, dirigido por Gide, Loyrette e Nouel, 1987, v. II, pág. 19 e segs.; Robalo Cordeiro, *As Coligações...*, in *Revista...*, XXIX, pág. 120 e segs.; Jorge Ferreira Alves, *Direito...*, pág. 167 e segs.

<sup>(114)</sup> N. Catalano, *Manuel de Droit des Communautés Européennes*, Paris, pág. 321 e segs.

Sobre a diferente questão da competência das autoridades nacionais para aplicarem o direito comunitário da concorrência, pode ver-se: Schapira, G. Le Tallec, J.B. Balise, *Le Droit...*, pág. 292 e segs.

ção restritiva da concorrência afecte simultaneamente o direito comunitário e o direito interno de um dos Estados membros das comunidades europeias, apenas se deverá aplicar o primeiro, em virtude da sua prevalência sobre os direitos nacionais.

b) *Teoria da «dupla barreira»*. Diferentemente, para outros autores, em situações como as descritas aplicar-se-iam ambas as ordens jurídicas ao mesmo tempo. Esta posição encontraria o seu fundamento na circunstância de o direito comunitário da concorrência prosseguir objectivos próprios não coincidentes — pelo menos na totalidade — com as finalidades visadas pelos direitos nacionais. Por essa razão, cada ordenamento teria o seu específico campo de aplicação:

- o direito comunitário respeita e procura proteger o comércio entre os Estados membros;
- o direito nacional destina-se fundamentalmente a preservar e incentivar as estruturas concorrenciais do mercado interno.

De acordo com a doutrina da «dupla barreira», nenhum destes dois domínios de aplicação seria delimitado pelo outro. Por isso, o comportamento de um agente económico para subsistir como válido teria de respeitar em conjunto as duas legislações: a nacional e a comunitária <sup>(115)</sup>.

c) *A jurisprudência comunitária*. O Tribunal das Comunidades procurou delimitar, pela primeira vez, a autonomia do direito da concorrência dos Estados membros relativamente ao direito comunitário no caso *Walt Wilhelm* <sup>(116)</sup>. Depois de resolvidas algumas questões de natureza preliminar, o Tribunal admitiu a possibilidade de aplicação paralela do direito europeu da concorrência e do direito nacional de um dos Estados membros, na hipótese de uma mesma coligação cair na alçada de mais de uma lei. Não deixou, porém, de fazer uma importante res-

---

<sup>(115)</sup> Em rigor, esta teoria deveria chamar-se, não teoria da «dupla barreira», mas sim teoria da barreira múltipla, pois nos casos de conexão com mais de duas leis haverá que respeitá-las a todas. Cfr. Berthold Goldman, *Droit...*, pág. 664.

<sup>(116)</sup> Proc. 14/68, *Rec.* 1969, pág. 1 e segs.

salva: a aplicação conjunta do direito comunitário e das regras internas da concorrência de um dos doze Estados ficará sempre subordinada à condição de não impedir ou dificultar «a aplicação uniforme em todo o mercado comum das regras comunitárias em matéria de coligações». Assim, se uma decisão interna, condenatória de determinada prática anti-concorrencial, se mostrar incompatível ou contrário a uma decisão tomada pela Comissão, esta última a deverá prevalecer <sup>(117)</sup>

Nomeadamente, e numa interpretação rigorosa do princípio enunciado pelo tribunal, não se deve condenar em aplicação do direito interno uma prática julgada lítica à luz das regras comunitárias <sup>(118)</sup>.

Em conclusão, e de acordo com a doutrina do Tribunal das Comunidades, parece admissível um cumular de proibições e de sanções <sup>(119)</sup>, mas já não parece possível proibir um acordo ou coligação considerado conforme ao direito comunitário <sup>(120)</sup>.

<sup>(117)</sup> V., por todos, Gyde, Loyrette e Nouel, *Le Droit...*, pág. 65.

<sup>(118)</sup> Opinião esta igualmente sustentada por Berthold Goldman, *Droit...*, págs. 665 e 666, para quem o cúmulo de legislações só deve ser possível quando se traduzir num acumular de proibições. De outra forma, não se respeitaria o primado do direito comunitário, nem seria possível garantir a aplicação uniforme das regras comunitárias da concorrência; por todos, Gyde, Loyrette e Nouel, *Le Droit...*, pág. 65.

<sup>(119)</sup> A possibilidade de dupla sanção é um risco que resulta da circunstância de o Tribunal das Comunidades ter admitido a possibilidade de aplicação simultânea do direito comunitário e das regras nacionais de defesa da concorrência. Para o minorar, o Tribunal considerou no caso *Walt Wilhelm*, como uma exigência de equidade, o ter-se sempre em conta toda a decisão repressiva anterior na determinação de nova sanção. Cfr. Gyde, Loyrette e Nouel, *Le Droit...*, pág. 66.

<sup>(120)</sup> Em sentido algo diverso, Schapira, Le Tallec e J.B. Blaise, *Le Droit...*, pág. 317, extraem da jurisprudência do Tribunal das Comunidades as seguintes conclusões:

— quando uma coligação beneficiar de uma isenção, individual ou por categoria, o juiz nacional não pode condená-la;

— quando, ao contrário, uma coligação ou abuso de posição dominante for considerada proibida à luz das normas comunitárias, o juiz nacional não as pode validar em aplicação do seu direito interno;

— por fim, quando a Comissão considerar que o Artigo 85.º n.º 1 não é aplicável, o juiz nacional pode aplicar livremente o seu direito.

Cfr., igualmente, J.C. Martinho de Almeida, *Autonomia...*, in *Concorrência...*, págs. 35, 36 e 37.

d) *As decisões do Conselho da Concorrência.* O Conselho da Concorrência foi confrontado com a necessidade de definir e estabelecer as condições com base nas quais se devem desenvolver as relações entre o direito comunitário e o direito nacional, no processo de contra-ordenação 5/86 dirigido contra a «Centralcer-Central de Cervejas, E. P.». Embora considerando não existir, no caso submetido à sua apreciação, qualquer concurso de normas nacionais com regras comunitárias de defesa da concorrência — por não haver afectação do comércio entre os Estados membros —, o Conselho não perdeu, contudo, o ensejo para reafirmar o primado do direito comunitário da concorrência <sup>(121)</sup>, e manifestou a sua adesão, no essencial, às posições sustentadas pela jurisprudência comunitária.

VII. — Na prática, a doutrina adoptada pelas autoridades — quer europeias, quer internas — encarregadas de velar pela defesa da concorrência, com vista à delimitação da autonomia dos direitos nacionais da concorrência relativamente ao direito comunitário, aproxima-se bastante da doutrina da dupla barreira. Afasta-se, no entanto, dela na medida em que estabelece a necessidade de na aplicação do direito nacional se tomar em consideração o objectivo de uniformização em todo o mercado comum dos critérios de concretização das regras comunitárias da concorrência <sup>(122)</sup>.

---

<sup>(121)</sup> O Conselho afirmou mesmo a conveniência de procurar uma harmonização de critérios, na aplicação do direito nacional e do direito comunitário, ainda quando não esteja em causa o ordenamento jurídico comunitário. Trata-se, no fundo, numa atitude louvável, de acolher a bem mais rica e abundante experiência comunitária, procurando extrair dela ensinamentos para, depois, os adaptar às exigências do mercado nacional. Cfr. Relatório do Conselho da Concorrência, Ano de 1986, in *Diário da República* de 24-7-1987, II Série, 2.º Suplemento, n.º 168, págs. 14 e 30.

<sup>(122)</sup> Cfr. J.C. Moitinho de Almeida, *Autonomia...*, in *Concorrência...*, págs. 36 e 37.

## II. — 2.3. *Práticas restritivas e comportamentos anti-concorrenciais*

I. — Abordaremos agora as práticas e comportamentos proibidos pelo Decreto-Lei n.º 422/83, distinguindo, por um lado, as práticas individuais, por outro as práticas concertadas e abusos de posição dominante.

Esta distinção tem sido, é certo, algo criticada<sup>(123)</sup>, todavia, por se encontrar generalizada na doutrina e, mais ainda, por ter recebido consagração expressa na nossa lei, parece-nos de seguir.

### A) *As práticas individuais*

#### 1) *Preços mínimos e preços aconselhados*<sup>(124)</sup>

I. — Partindo do princípio de que todo o agente económico deve ter autonomia na fixação dos seus preços, o Decreto-Lei n.º 422/83 proíbe, no seu Artigo 4.º, a imposição de preços mínimos<sup>(125)</sup>, prática frequentemente considerada de menor importância, mas, na realidade, susceptível de provocar alterações nas

---

<sup>(123)</sup> V. Maria Rebordão Sobral e João Ferreira, *Da Livre Concorrência...*, pág. 124.

<sup>(124)</sup> Acerca do problema da imposição de preços mínimos, pode ver-se, a este propósito, de entre a bibliografia que tomámos em consideração, nomeadamente, a seguinte: Frédéric Genny e André Paul Weber, *La Concurrence et les Marchés*, Paris, 1980, pág. 21 e segs.; Gérard Farjat, *Droit...*, pág. 492 e segs.; Etienne Goulon, *La Concurrence...*, pág. 81 e segs.; Carlos Botelho Moniz, *Estatística...*, in *Concorrência...*, pág. 177; N. Ruis, *Implicações...*, in *Concorrência...*, pág. 94; Maria Rebordão Sobral e João Pinto Ferreira, *Da Livre Concorrência...*, págs. 126 e 127; Belmira Martins, Maria José Bicho e Azeem Remtula Bangy, *O Direito...*, pág. 37 e segs.

<sup>(125)</sup> Por imposição de preços mínimos considera-se: «a prática que consiste em proceder directa ou indirectamente a uma fixação vertical do preço por qualquer meio que tenha por objecto ou como efeito impor ou conferir a quaisquer agentes económicos situados nos estádios subsequentes do circuito económico carácter mínimo aos preços de venda ou às margens de comercialização, bem como manter ou praticar tais margens».

estruturas económicas existentes <sup>(126)</sup>. Na verdade, embora o recurso à imposição de preços mínimos possa, à primeira vista, surpreender <sup>(127)</sup>, ela permite evitar uma concorrência ao nível dos preços e, sobretudo, o aparecimento de grandes superfícies de venda, onde são praticadas reduções sistemáticas de preços, com o risco de absorção dos produtores pelos distribuidores, e da transferência dos centros de decisão da política de produção <sup>(128)</sup>.

II. — Admitidos pelo liberalismo como uma manifestação da liberdade contratual, a tolerância ou proibição da imposição de preços mínimos surge, assim, não tanto como um instrumento de defesa da concorrência, mas como instrumento de política económica <sup>(129)</sup>. É certo que, ao proibir-se a imposição de preços mínimos, se procura, num primeiro momento, restabelecer a concorrência ao nível da distribuição <sup>(130)</sup>, mas, a bem dizer, a finalidade última dessa proibição é o saneamento do circuito de distribuição, através da eliminação de um certo número de comerciantes menos aguerridos.

A confirmação deste entendimento extrai-se, sem dificuldade, do Artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 422/83, no qual se prevê a possibilidade de, por portaria conjunta «do Ministério da Indústria e Energia e do Comércio e Turismo, sob parecer do Conselho da Concorrência», se excluírem temporariamente da proibição certos bens ou serviços <sup>(131)</sup>, conquanto obedeçam,

---

<sup>(126)</sup> Cfr. Gérard Farjat, *Droit...*, pág. 492.

<sup>(127)</sup> Aparentemente, o produtor teria toda a vantagem em fixar preços máximos e não mínimos, por isso permitir-lhe-ia uma maior difusão do produto. Na realidade, porém, as coisas não se passam assim, existindo inúmeros factores que levam os fabricantes a preferirem a imposição de preços mínimos. V. Gérard Farjat, *Droit...*, págs. 493 e 494.

<sup>(128)</sup> *Idem*, pág. 494.

<sup>(129)</sup> *Idem, Ibidem*.

<sup>(130)</sup> Acerca dos objectivos visados com a proibição da imposição de preços mínimos, v., por todos: Gérard Farjat, *Droit...*, págs. 494 a 496; Maria Rebordão Sobral e João Pinto Ferreira, *Da Livre Concorrência...*, pág. 126; Belmira Martins, Maria José Bicho e Azeem Bangy, *O Direito...*, págs. 39 e 40.

<sup>(131)</sup> As regras processuais mencionadas no n.º 3 do Artigo 4.º constam actualmente da Portaria n.º 585/84.

nomeadamente, aos requisitos de novidade, luxo, garantias de qualidade, etc.: a intenção é a de premiar e conferir a vantagem da imposição de preços mínimos às empresas dinâmicas e inovadoras <sup>(132)</sup> <sup>(133)</sup>.

III. — Bastante próxima da imposição de preços mínimos é a técnica dos preços aconselhados, também ela susceptível, em determinadas condições, de falsear a concorrência <sup>(134)</sup>. Contudo, enquanto possam ser entendidos como mera sugestão individual sem carácter vinculativo ou condicionante, feita por um vendedor, em posição não dominante no mercado, ao revendedor os preços aconselhados não dão origem a uma prática restritiva da concorrência prevista e reprimida pelo Decreto-Lei n.º 422/83 <sup>(135)</sup>. Só não será assim quando surjam sob a forma de um dos comportamentos descritos e proibidos pelos Artigos 13.º e 14.º do referido Decreto-Lei, ou quando, de facto, se traduzam numa forma indirecta de uniformização de preços <sup>(136)</sup>.

---

<sup>(132)</sup> Gérard Farjat, *Droit...*, pág. 495.

<sup>(133)</sup> Para além destas excepções ao princípio da proibição de preços mínimos, o n.º 1 do artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 422/83 contém ainda outras derrogações, relativas à «*venda de livros, jornais, revistas e outras publicações, bem como aos bens e serviços relativamente aos quais exista legislação especial que imponha aos respectivos preços um carácter mínimo ou fixo*».

<sup>(134)</sup> Devem considerar-se proibidos os preços fixos, pois têm sempre carácter de preços mínimos.

<sup>(135)</sup> V. Relatório do Conselho de Concorrência, Ano de 1986, in *Diário da República* de 24-7-1987, II Série 2.º Suplemento, n.º 168, pág. 12; cfr. igualmente os pareceres n.ºs 3/86 e 4/86, pág. 23 e segs.

<sup>(136)</sup> Foi justamente por entender que os preços aconselhados constituíam uma forma indirecta de uniformização de preços que o Conselho de Concorrência os considerou como prática restritiva da concorrência na sua decisão relativa ao processo de contra-ordenação n.º 5/86 — v. *Diário da República* de 24-1987, II série, 2.º Suplemento, n.º 168, pág. 29 e segs. (caso *Centralcer*).

2) *A discriminação de preços ou de condições de venda relativamente a prestações equivalentes*

I. — Questão de grande complexidade <sup>(137)</sup> é a que se prende com a proibição de discriminação de preços ou de condições de venda relativamente a prestações equivalentes, prática descrita e punida nos Artigos 6.º e 16.º do Decreto-Lei n.º 422/83 <sup>(138)</sup>.

II. — A intenção da lei, ao vedar a discriminação de preços ou de outras condições de venda, visa evitar a penalização arbitrária <sup>(139)</sup> de certos agentes económicos <sup>(140)</sup>, comportamento tantas vezes preferível, do ponto de vista do vendedor, à pura e simples recusa de contratar <sup>(141)</sup>.

É, todavia, extremamente difícil determinar com segurança se um comportamento é, ou não, discriminatório. Nos termos

---

<sup>(137)</sup> V. Frédéric Genny e André-Paul Weber, *La Concurrence...*, pág. 38; e Nuno Ruiz, *Implicações...*, in *Concorrência...*, pág. 97.

<sup>(138)</sup> Veja-se ainda o Artigo 13.º do Decreto-Lei n.º 422/83.

<sup>(139)</sup> O termo é propositado. O Decreto-Lei n.º 422/83 não proíbe toda e qualquer diferença de tratamento entre contraentes. Ele limita-se a tornar obrigatório o estabelecimento de uma verdadeira medida de diferenciação, de forma a que as condições de venda sejam iguais para todos aqueles que se apresentam a contratar nas mesmas condições e diversas para os que se apresentam em circunstâncias distintas.

<sup>(140)</sup> Para reforçar o cumprimento do disposto nos Artigos 6.º e 7.º, o Decreto-Lei n.º 422/83 estabelece no seu Artigo 8.º a obrigatoriedade da posse de tabelas ou listas de preços. O próprio Conselho chamou, por diversas vezes, a atenção (v. casos *Sileno* e *Dyrup*) para o dever que as empresas têm de promover os objectivos da legislação de defesa da concorrência, definindo e divulgando de modo claro as suas condições de transacção.

<sup>(141)</sup> Certos autores associam e identificam a vontade do legislador de proibir as condições de venda discriminatórias com necessidade de combater as vantagens conferidas a alguns compradores (cfr., por exemplo, Belmira Martins, Maria José Bicho e Azeem Bangy, *O Direito...*, pág. 58). Todavia, a interdição de condições de venda discriminatórias relativamente a prestações equivalentes, visa, além daquele, um outro motivo: reforçar a proibição da recusa de venda, «ergo», evitar a penalização de agentes económicos, e não apenas a concessão de vantagens a outros. Com efeito, se a interdição da recusa de venda não fosse acompanhada da interdição de praticar condições de venda discriminatórias, assistir-se-ia à proliferação de discriminações de preços, condições de entrega, etc. No mesmo sentido, v. Gérard Farjat, *Droit...*, págs. 498 e 499.

da lei, sê-lo-ão: «(...) entre outras, as práticas que em relação a prestações equivalentes, se traduzam na aplicação de diferentes prazos de execução das encomendas ou de diferentes modalidades de embalagem, entrega, transporte e pagamento não justificadas por diferenças correspondentes no custo do fornecimento ou serviços» (142). Porém, esta fórmula não é, nem pretende ser, completa e exaustiva. Ela deixa, por isso, sem resolução inúmeros problemas.

III. — O ponto de partida para a interpretação do texto da lei parece ser a determinação do sentido do conceito de «prestações equivalentes» (143), constante do Artigo 6.º e, depois, retomado e concretizado pelo Artigo 7.º, pois é com referência a ele que se irá averiguar se determinada prática constitui ou não um comportamento discriminatório (144).

IV. — A qualificação das prestações como equivalentes, ou não, é em determinados casos pacífica. Assim, não devem, por imperativo lógico, considerar-se equivalentes as prestações relativas a produtos ou serviços total e objectivamente distintos. Também não devem, por expressa cominação legal (145), equivalentes — mesmo se similares — as prestações emergentes de contratos *entre cujas datas de conclusão se tenha dado uma alteração duradoura dos preços ou das condições de venda praticadas pelo vendedor*.

Nas restantes hipóteses o legislador faz depender o conceito de prestações equivalentes da verificação de uma ambigua (...) *semelhança sensível nas características comerciais essenciais, nomeadamente naquelas que tenham repercussão nos correspondentes custos de produção ou de comercialização* (146). Com isto

(142) V. Artigo 7.º n.º 1 do Decreto-Lei n.º 422/83.

(143) Na mesma direcção: Parecer do Conselho de Concorrência n.º 8/84, in *Diário da República* de 1-10-1986, II Série, 2.º Suplemento, n.º 266, pág. 20.

(144) Com efeito, só depois de saber se duas prestações são, ou não, equivalentes é possível indagar se houve, quanto a alguma delas, discriminação de preços ou de condições de venda.

(145) V. art. 7.º n.º 2 do Decreto-Lei n.º 422/83.

(146) *Idem*.

apenas se diferiu a resolução do problema dado só caso a caso, ser possível saber se as características comerciais essenciais são ou não semelhantes.

Por isso, na impossibilidade de se encontrar uma fórmula válida para todas as situações, tem-se procurado indicar alguns factores susceptíveis de influenciarem a caracterização comercial de uma transacção <sup>(147)</sup>, dividindo-os em dois grupos: objectivos e subjectivos <sup>(148)</sup>.

a) *Factores objectivos* — Fundamental na individualização de um negócio comercial é o reflexo nos custos de produção ou comercialização que uma encomenda provoca junto do vendedor <sup>(149)</sup>. Não são, assim, condenáveis — por não respeitarem a prestações com as mesmas características comerciais essenciais — as diferenciações das condições de um negócio quando se fundamentem em razões económicas relativas aos custos de fornecimento, produção, serviços, comercialização, etc. <sup>(150)</sup>. Torna-se, deste modo, admissível a concessão de descontos em razão das quantidades compradas ou encomendadas; dos serviços normalmente associados à venda — transporte ou embalagem do produto — assumidos pelo comprador; do pagamento a pronto ou a prazo e até mesmo da regularidade das compras, pois as aquisições periódicas permitem normalmente uma programação atempada de produção <sup>(151)</sup> <sup>(152)</sup>.

---

<sup>(147)</sup> Procurando, assim, seguir-se o magnífico exemplo de pragmatismo de que fazem mostra os juristas anglo-saxões, e na esperança de poder, porventura, extrair-se dessa enunciação, através de um raciocínio de tipo indutivo, alguns princípios gerais.

<sup>(148)</sup> Numa outra perspectiva, Frédéric e André-Paul Weber, *La Concurrence...*, págs. 40 e 41, distinguem factores quantitativos e factores qualitativos.

<sup>(149)</sup> Belmira Martins, Maria João Bicho e Azeem Bangy, *O Direito...*, pág. 58.

<sup>(150)</sup> Frédéric Genny e Paul Weber, *La Concurrence...*, págs. 40 e 41; Gérard Farjat, *Droit...*, pág. 500; Belmira Martins, Maria João Bicho, Azeem Bangy, *Direito...*, pág. 58; cfr. ainda Relatório de Actividades do Conselho de Concorrência (ano 1986), in *Diário da República* de 24-7-1987, II Série, 2.º Suplemento, n.º 168, pág. 12.

<sup>(151)</sup> V. Belmira Martins, Maria João Bicho, Azeem Bangy, *Direito...*, pág. 58, e Parecer do Conselho de Concorrência n.º 8/84, in *Diário da República* de 1-10-1986, II Série, 3.º Suplemento, n.º 226, págs. 20 e 21.

<sup>(152)</sup> Paralelamente a transferência para o fornecedor de tarefas normalmente ligadas ao revendedor é susceptível de justificar um acréscimo do preço do bem ou serviço fornecido.

b) *Factores subjectivos* — É frequente a afirmação de que os aspectos subjectivos de uma transacção comercial não tornariam legítima a diferenciação das condições de venda <sup>(153)</sup>. Não é, porém, acertadamente, esse o parecer do Conselho de Concorrência, segundo o qual a credibilidade do comerciante, insusceptível de ser «*tabulada em função de critérios objectivos*» <sup>(154)</sup>, é um factor decisivo na concretização das operações comerciais. É que os comerciantes distinguem-se, praticamente desde sempre, de acordo com determinados atributos, como sejam:

- a sua integridade, factor de primordial importância para a construção e preservação do bom nome mercantil;
- a sua competência, associada ao talento para discernir entre bons e maus negócios;
- a sua tenacidade e capacidade para sobreviver às mudanças e alterações económicas. Noutras palavras, o espírito combativo e a imaginação do mercado <sup>(155)</sup>.

Todos os agentes económicos são objecto de uma avaliação feita pelos seus parceiros de acordo com os mencionados predicados. Resultado dessa avaliação é a reputação comercial de cada traficante, parte importante do seu activo <sup>(156)</sup>. Não é, assim, possível, conforme reconhece o Conselho da Concorrência <sup>(157)</sup>, ignorar o peso e importância correspondentes ao conceito que a contraparte de um negócio ou contrato merece na praça. Por isso, caso esta característica comercial seja invocada como fundamento de uma diferenciação de preços ou de outras condições de venda, apenas se poderá, para a aceitar ou rejeitar como válida semelhante diferenciação, indagar qual seja o conceito e repu-

---

<sup>(153)</sup> É, nomeadamente, o caso Frédéric Genny a André-Paul Weber, *La Concurrence...*, págs. 40 e 41; Gérard Farjat, *Droit...*, pág. 500; Nuno Ruiz, *Implicações...*, in *Concorrência...*, pág. 97; Belmira Martins, Maria João Bicho e Azeem Bangy, *Direito...*, pág. 59.

<sup>(154)</sup> Parecer n.º 8/84, in *Diário da República* de 1-10-1986, II Série, 3.º Suplemento, n.º 226, págs. 20 e 21.

<sup>(155)</sup> *Idem, Ibidem.*

<sup>(156)</sup> *Idem, Ibidem.*

<sup>(157)</sup> *Idem, Ibidem.*

tação mercantil do negociante sujeito a anormais exigências de contratação <sup>(158)</sup>.

V. — Além destes factores, fundamentais na caracterização das transacções comerciais, outras circunstanciais existem ainda que tornam legítima a diferenciação de preços ou outras condições de venda.

Assim, não devem considerar-se discriminatórias as distinções estabelecidas quando, na ausência de efeito anti-concorrencial sensível, elas traduzam, tão só, a normal elasticidade e flexibilidade da actividade empresarial e mercantil <sup>(159)</sup>. Do mesmo modo, também não são de julgar proibidas as distinções operadas entre agentes económicos que não se encontram, actual ou potencialmente, uma relação de concorrência suficientemente relevante <sup>(160)</sup>, por faltar nesse caso o pressuposto básico de aplicação do Decreto-Lei n.º 422/83. Em qualquer destas duas eventualidades, a diferenciação de condições de venda não constitui, pelas suas próprias características ou pelas circunstâncias que a envolvem, prática discriminatória proibida por lei. A eles importa, ainda, juntar a excepção prevista no Artigo 10.º do Decreto-Lei n.º 422/83. Nesse preceito, o legislador consagrou a possibilidade de, «*por portaria conjunta dos Ministros da Agricultura, Florestas e Alimentação ou da Indústria e Energia, consoante a actividade, e do Comércio e Turismo, mediante parecer do Con-*

---

<sup>(158)</sup> *Idem, Ibidem.*

<sup>(159)</sup> V. Relatório do Conselho da Concorrência, Ano de 1986, in *Diário da República* de 24-7-1987, II Série, 2.º Suplemento, n.º 168, pág. 12.

<sup>(160)</sup> Foi em aplicação deste princípio que o Conselho da Concorrência julgou, no caso *Dyrup* (v. *Diário da República* de 24-7-1987, II Série, 2.º Suplemento, n.º 168, pág. 24), não constituir prática sancionável pelo direito da concorrência a concessão de descontos, entre os 4% e os 19%, contemplando num esquema sucessivamente crescente, pois a diferenciação de preços respeitava, no entender do Conselho, a utilizadores profissionais que não se encontram em situação de concorrência entre eles, situando-se cada um em mercados distintos. Apesar de em tese correcta, temos, todavia, dificuldade em aceitar a solução proferida pelo Conselho neste caso concreto, atendendo à noção de concorrência por nós proposta. A atitude adoptada pelo Conselho parece estar, porém, em harmonia com o modo como este órgão tem vindo a delimitar a noção de mercado relevante para efeitos de determinação dos comportamentos anti-concorrenciais. V. *infra*, pág. 47 nota 234.

*selho da Concorrência (...)*», serem excepcionadas do âmbito de aplicação da subsecção II <sup>(161)</sup> as «(...) *actividades relativamente às quais a ocorrência de circunstâncias excepcionais o justifiquem*» <sup>(162)</sup> <sup>(163)</sup> <sup>(164)</sup>.

### 3) *Recusa de venda de bens ou serviços*

I. — O legislador português proíbe, por último, entre as práticas individuais combatidas pelo Decreto-Lei n.º 422/83, a recusa de venda de bens ou serviços, comportamento descrito pelo Artigo 11.º nos seguintes termos: «(...) *considera-se recusa de bens ou de prestação de serviços o negar a venda de bens ou a prestação de serviços segundo os usos normais da respectiva actividade e*

---

<sup>(161)</sup> É essa a subsecção onde se disciplina e regulamenta a discriminação de preços ou de outras condições de venda.

<sup>(162)</sup> Foi justamente ao abrigo deste preceito (o Artigo 8.º) que foram excepcionados do âmbito de aplicação dos Artigos 6.º e 7.º os produtos agrícolas, silvícolas, pecuários e da pesca, relativamente às vendas de bens da sua produção. V. Portaria n.º 838/84, de 30 de Outubro.

<sup>(163)</sup> A alteração por acordo das condições de venda em momento posterior ao da celebração do contrato, motivada por dificuldades — nomeadamente de natureza económica — no cumprimento do contrato, não deve considerar-se abrangida pelas disposições do Decreto-Lei n.º 422/83. Na verdade, a lei não pode querer proibir as partes de um contrato, no qual foram respeitadas, na sua celebração, as disposições dos Artigos 6.º e seguintes do Decreto-Lei n.º 422/83, de alterarem algumas das suas disposições quando a situação económica de uma delas o justifique. O que se pretende impedir é, tão só, a concessão à partida de determinadas vantagens injustificadas, ou a penalização arbitrária de alguns agentes com repercussões ao nível da concorrência. Entender o contrário, interpretar os Artigos 6.º e seguintes do Decreto-Lei n.º 422/83 por forma a abranger a concessão, em data ulterior à realização de um negócio, de moratórias, etc., representaria, além do mais, uma inadmissível restrição à autonomia privada, e o esvaziar de grande parte do conteúdo dos convénios falimentares, nomeadamente a concordata. Sobre esta questão do Direito das quebras, v., nomeadamente, Pedro de Sousa Macedo, *Manual de Direito Falimentar*, Coimbra, 1986, II, pág. 421 e segs.; Alberto dos Reis, *Processos Especiais*, Coimbra, 1982, II, pág. 344 e segs.; António Mota Salgado, *Falência e Insolvência*, 2.ª ed., Lisboa, 1987, pág. 144 e segs.

<sup>(164)</sup> A lei portuguesa proibiu, ainda, e para além da imposição, a aceitação de vantagens discriminatórias. V. Artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 422/83.

*de acordo com as disposições legais ou regulamentares aplicáveis, ainda que se trate de bens ou serviços não essenciais e que da recusa não resulte prejuízo para o regular abastecimento do mercado».*

II. — Com um âmbito de aplicação relativamente amplo, este Artigo deve ser interpretado, seguindo a opinião da melhor doutrina, por forma a abranger tanto a recusa de venda pura e simples, como a denegação de informações necessárias à formulação de uma encomenda <sup>(165)</sup>. É que, em inúmeros casos, nem sequer é necessária uma atitude frontal por parte do vendedor para alcançar os resultados pretendidos com a recusa de contratar, bastando-lhe não enviar ou fornecer ao potencial comprador os elementos necessários à formação da vontade negocial <sup>(166)</sup>.

---

<sup>(165)</sup> V., nesta direcção, nomeadamente: Gide, Loyrette e Nouel, *Le Droit...*, pág. 143; Frédéric Jenny e André-Paul Weber, *La Concurrence...*, pág. 24; Gérard Farjat, *Droit...*, pág. 490.

No sentido de que a recusa de venda não pressupõe a existência de uma encomenda já concretizada, pode ainda ver-se o Relatório do Conselho da Concorrência, Ano de 1986, in *Diário da República* de 24-7-1987, II Série, 2.º Suplemento, n.º 168, págs. 12 e 20 (Decisão relativa ao processo de contra-ordenação 1/86), onde se escreve, expressamente, o seguinte: «*A recusa de venda não se consubstancia (...) apenas na rejeição expressa ou tácita da encomenda (...). Isto porque o comprador necessitará, em regra, de ponderar as suas opções comerciais e, por isso, de informação bastante sobre o produto oferecido por cada vendedor (...). Se o vendedor deixa sem resposta as diligências de informação tentadas pelo eventual comprador, estará igualmente a denegar-lhe a venda*».

Parecem sustentar opinião contrária Belmira Martins, Maria José Bicho e Azeem Bangy, *Direito...*, pág. 91, que consideram a existência de um pedido ou encomenda «*um dos elementos do delito*» de recusa de venda. Contudo, um pouco mais adiante (pág. 93) esclarecem que a recusa de venda tanto pode ser directa como indirecta. Como situações de recusa indirecta indicam a denegação de envio de elementos indispensáveis à materialização da encomenda.

<sup>(166)</sup> Todavia, nem toda a recusa ou sonegação de informação constitui infracção ao Artigo 11.º n.º 1 do Decreto-Lei n.º 422/83. Isso só acontecerá se o pedido for razoavelmente credível e oferecer um mínimo de perspectivas de efectivação. Nesta direcção, v. a decisão do Conselho da Concorrência no caso *Texas Instrument* (Decisão relativa ao processo de contra-ordenação n.º 1/86, in *Diário da República* de 24-7-1987, II Série, 2.º Suplemento, n.º 168, págs. 20 e 21).

III. — À recusa de venda o legislador equiparou a subordinação da venda de um bem ou da prestação de um serviço <sup>(167)</sup>. Por sua vez, a doutrina tem, um pouco por toda a parte, procurado desenhar e alargar os contornos de um elenco de práticas enquadráveis na figura agora em análise <sup>(168)</sup>. Assim, e como resultado desse esforço doutrinal, têm sido consideradas contrárias às regras da concorrência, por exemplo:

- a utilização de meios anormais para atrasar a celebração do contrato de compra e venda;
- a rejeição de entrega do produto nas condições normais de acondicionamento ou embalagem;
- a denegação de fornecimento da quantidade pedida;
- a aceitação da encomenda apenas se os produtos forem fornecidos sem marca ou designação comercial;
- a oferta da mercadoria sem os necessários requisitos de qualidade, etc.

IV. — A relativa extensão da lista dos comportamentos que podem equiparar-se ou subsumir-se à recusa de venda não obsta, porém, à existência de um grande número de casos em que tal conduta pode considerar-se legítima. É, aliás, o próprio legislador quem, no Artigo 12.º do Decreto-Lei n.º 422/83, indica quais as causas justificativas da recusa de venda <sup>(169)</sup> <sup>(170)</sup>.

A par das hipóteses previstas no Artigo 12.º do Decreto-Lei n.º 422/83, pode colocar-se a questão de saber se os usos nor-

---

<sup>(167)</sup> V. Artigo 11.º n.º 2 do Decreto-Lei n.º 422/83.

<sup>(168)</sup> Como se pode comprovar, nomeadamente, pela leitura dos seguintes autores: Gide, Loyrette e Nouel, *Le Droit...*, pág. 146 e segs.; Frédéric Jenny e André-Paul Weber, *La Concurrence...*, pág. 24; Gérard Farjat, *Droit...*, pág. 490; Belmira Martins, Maria José Bicho e Azeem Bangy, *Direito...*, pág. 93.

<sup>(169)</sup> V. Artigo 12.º do Decreto-Lei n.º 422/83.

<sup>(170)</sup> Nos casos em que a recusa de venda não ocorra entre agentes económicos não se aplica o Decreto-Lei n.º 422/83 (cfr. Relatório de Actividade do Conselho da Concorrência de 1986, in *Diário da República* de 24-7-1987, II Série, 2.º Suplemento, n.º 168, pág. 12), verificando-se, então, a necessidade de recorrer ao ensinamento da doutrina civilística sobre o problema da recusa de contratar em direito civil. V., por todos, Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, 4.ª ed., Coimbra, 1984, págs. 169 a 171, em especial nota 2 da pág. 170.