

## **Tutela judicial efetiva no domínio da Lei da Concorrência**

Desde muito cedo na minha vida se tornou para mim evidente que todos os organismos do Estado mais não são do que instrumentos criados pela Sociedade para servir os interesses da Comunidade e que não merecem existir a não ser para cumprir essas finalidades sociais que justificaram a sua criação e justificam a sua não eliminação.

Desse pressuposto decorre, como corolário ou consequência lógica, que esses organismos - todos eles, insisto, mesmo aqueles que correspondem ao exercício de poderes de soberania do Estado, ou quiçá especialmente esses - devem ser estruturados e organizados tendo em conta a necessidade de assegurar o cumprimento dessa finalidade social justificativa da criação da entidade em questão e a necessidade de dar satisfação aos interesses mais ou menos corporativos gerados pelo funcionamento da instituição e/ou pela actividade das pessoas que nela exercem funções

Em linha com a tradição constitucional dos países da Europa Ocidental, está definido na Constituição da República Portuguesa, adiante apenas CRP, como genericamente acontece nas sociedades que se organizam segundo o modelo do Estado de Direito, que os Tribunais *são os órgãos de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo* e que, no exercício dessa solene função institucional e social lhes *incumbe assegurar a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, reprimir a violação da legalidade democrática e dirimir os conflitos de interesses públicos e privados* (n.ºs 1 e 2 do artigo 202º da CRP).

E mais se prescreve que *todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objeto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo* (n.º 4 do artigo 20º da CRP).

A propósito desta formulação legal, gostaria de referir que nas sentenças que escrevi e nos acórdãos que relatei (e também em alguns votos de vencido que elaborei), usei sempre a expressão *decisão alcançada através de um julgamento leal e não preconceituoso e mediante processo equitativo*.

A justificação para uma tal enunciação decorre do texto em língua inglesa dos artigos 10º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, adoptada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas através da sua Resolução 217A (III), de 10 de dezembro de 1948, artigo 6º n.º 1 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, assinada em Roma a 4 de novembro de 1950, e 47º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, Anexa ao Tratado de

Lisboa/Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, nos quais é usado o termo *fair trial*.

Ora, com todo o respeito por uma qualquer opinião contrária, entendo que a melhor tradução de *fair é leal* - conceito, aliás, bem mais fácil de definir do que *justo*, pois, e perdoe-se a ironia, tal como a *beleza*, a *justiça* está nos olhos do observador.

O termo *não preconceituoso (unbiased)* decorre de alguma jurisprudência americana, à qual vale a pena estarmos atentos e visa reforçar a ideia de que o Tribunal deve usar de lealdade (*fairness*) para com todos os intervenientes processuais - isto sem sequer chamar aqui à colação o conceito de *cláusulas negociais não discriminatórias*, ou mais exactamente as chamadas FRAND CLAUSES (fair, reasonable and non-discriminatory) que obrigatoriamente têm de ser inseridas nos contratos de licenciamento do uso de patentes.

O Juiz é um *terceiro decisor* que está acima das partes e fora do conflito, sendo sua obrigação institucional/estatutária e social ter uma posição de imparcialidade e isenção relativamente aos intervenientes no litígio.

Prosseguindo nesta exposição, urge salientar que, para além do que consta das determinações normativas antes citadas, não pode, de igual modo, ser ignorado que no n.º 1 do artigo 111º dessa Lei Fundamental está escrito que *os órgãos de soberania devem observar a separação e a interdependência estabelecidas na Constituição* (sublinhado que não consta do texto normativo).

O que significa que os Tribunais não podem alhear-se do funcionamento normal da Comunidade, da dita *gestão da coisa pública*, nomeadamente no que se reporta ao desenvolvimento económico da Sociedade e da produção de riqueza inerente a esse desenvolvimento.

Em suma, os Tribunais não podem constituir um entrave, antes devem ser um instrumento de alavancagem a esse desenvolvimento e a essa produção de riqueza tão necessários para assegurar a sustentabilidade do indispensável *regular funcionamento das instituições democráticas*, que constitui uma condição indispensável, aliás, uma verdadeira *conditio sine qua non*, para a salvaguarda da paz social e da tranquilidade pública.

Ora, como é genericamente reconhecido, a área económica conhecida pela designação de *economia baseada no conhecimento* (a das novas tecnologias, mas também a ligada à das indústrias culturais, assentes no aproveitamento inteligente e integrado do vasto património

cultural e histórico que Portugal possui) é e tem de ser o pilar fundamental desse desenvolvimento, sendo inequívoca, em termos nacionais, a importância fundamental desta actividade que cada vez mais se desenvolve no âmbito de um mercado internacionalizado, global e planetário.

Mas uma outra questão merece ser sublinhada e de um modo bem vincado, a saber: *a rapidez dos processos de decisão que é indispensável ao normal funcionamento desta área económica.*

Em termos legais, promete-se às partes uma decisão *em prazo razoável* (artigos 20º n.º 4 da CRP e 2º n.º 1 do CPC 2013).

Acontece que em certas áreas de negócios, as decisões têm, isso sim, de ser tomadas *em tempo útil*, sendo que a prossecução desse objectivo deveria ser a meta de todo o sistema judicial. Mas ao menos que o seja nessa agora referida área económica.

O que significa que, na estruturação do sistema judicial nacional, deve ser atribuída uma prioridade estratégica, em termos da dotação de meios e condições de trabalho, aos Tribunais destinados a dirimir os conflitos suscitados no âmbito das relações interpessoais que se estabelecem entre aqueles que actuam nessa área económica, com o objectivo de encontrar e consagrar meios expeditos, mas seguros - ou seja, que assegurem de igual modo a fluidez do comércio jurídico e a protecção da segurança e da certeza jurídicas (*legal certainty*) - de resolução desses conflitos que natural e inevitavelmente ocorrem em qualquer interacção humana e empresarial.

E, insisto, os Tribunais e em concreto os Tribunais portugueses não podem alhear-se a essa realidade indesmentível e incontornável, sendo certo e seguro que essa rapidez e certeza só poderão ser alcançadas se Juízes tecnicamente habilitados e com um mínimo de experiência, dispuserem de condições para se poderem dedicar em exclusivo a essas matérias - o que aumentará a sua experiência e, concomitantemente, a sua eficiência na resolução desses conflitos.

Seja-me permitida uma pequena nota.

Em termos éticos e sociais, apenas concebo uma especialização mais relevante e estrategicamente mais importante, qual seja, a jurisdição de Família e Menores.

Se a organização do sistema judicial (e do sistema judiciário) fosse construída a partir dos valores éticos de defesa das unidades familiares tão incensados e tão em vão glorificados nos discursos e nos programas políticos (ou seja, nas palavras que não nos actos), e que até estão inscritos na Constituição da República e em muitas outras Declarações e Tratados Internacionais que Portugal está vinculado a cumprir, seria essa jurisdição aquela que estaria dotada dos maiores e melhores meios materiais e dos mais capazes e competentes Juízes e demais profissionais do Foro.

Voltando ao assunto sobre o qual se debruça esta comunicação, é indispensável recordar que, face ao que se encontra inscrito nos já enunciados artigo 10º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, adoptada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas através da sua Resolução 217A (III), de 10 de dezembro de 1948, n.º 1 do artigo 6º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, assinada em Roma a 4 de novembro de 1950, e artigo 47º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, Anexa ao Tratado de Lisboa/Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, ninguém pode ser privado do direito a aceder a uma tutela jurisdicional efectiva e a um Tribunal *para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos* (n.º 1 do artigo 20º da CRP).

Logo, por mais Entidades Reguladoras que possam ser criadas, a última palavra acerca do julgamento dos pleitos tem sempre de pertencer aos Tribunais e aos Juízes que neles exercem funções.

Até porque as Entidades Reguladoras são organismos de natureza administrativa cujas decisões podem ser questionadas e contestadas pelas pessoas jurídicas singulares e colectivas, sendo que, perante os Tribunais, tanto as primeiras como estas últimas são partes no processo, devendo a todas elas ser assegurado o já referido julgamento leal e não preconceituoso e mediante processo equitativo.

E, por mais que existam no léxico palavras como “magistrado” e “autoridade judiciária” (e outras com a mesma raiz ideológica), o mesmo acontece com o Ministério Público, que representa uma parte no processo - por mais importante que essa parte seja (e é-o) -, qual seja, a Comunidade, sendo que o mesmo pode ser afirmado no que respeita às várias Entidades Reguladoras.

Acontece, porém, que os acusados pelo Ministério Público e/ou por assistentes em processo penal e os condenados pelas Entidades Reguladoras (ou pelo Fisco) são também membros da Comunidade, o que significa que tudo tem de ser apurado através do ritual processual devido (*due process of law*), buscando-se encontrar a verdade e não criar bodes expiatórios.

E, parafraseando, ao mesmo tempo, Al Gore, o Vice-Presidente da Administração Clinton, e a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, estas verdades incómodas são para mim constatações tão evidentes por si próprias que a estes assuntos não dedicarei qualquer outra palavra.

Eventualmente não tão evidente (contudo, para mim, é-o), é a necessidade da especialização dos Tribunais que têm como função social institucional e estatutária dirimir os conflitos que se suscitam no âmbito do comércio em geral, mas, sobretudo, na já referida área económica conhecida pela designação de *economia baseada no conhecimento*.

Efectivamente, as matérias jurídicas em referência inserem-se num âmbito de aplicação igualmente cada vez mais global em que os sistemas judiciais dos vários países acabam por encontrar-se, quer se queira quer não, objectivamente, em situações de quase concorrência na disputa pelos litígios internacionais em que as partes procuram encontrar o Tribunal que mais garantias lhes oferece na prossecução do objectivo de uma melhor e mais rápida (e mais barata) solução que ponha fim ao conflito.

Ora, em vários países da Europa (membros da União Europeia ou não), nos Estados Unidos, no Canadá, na Austrália, mas igualmente na Índia, na China, no Japão, na Coreia do Sul e até em Singapura, a regra é a da existência de Juízes e de Tribunais especializados nestas áreas. Isto para não recordar os Tribunais Internacionais.

E, sem margem para qualquer dúvida, os Juízes portugueses (mas também os Tribunais nacionais) não poderiam ficar prejudicados nessa inevitável emulação, pois isso traduzir-se-ia num indesmentível prejuízo para o país, uma vez que, como é sabido, o funcionamento do sistema judicial do país em causa é um dos elementos preponderantes na escolha dos locais onde vão ser realizados investimentos (todos os investimentos, mas em particular os mais vultuosos).

Ainda assim, que fique claro, para mim, a especialização não é uma bênção, mas sim uma imperiosa exigência imposta pelas necessidades sociais.

A Vida e a realidade social, em si mesmas, são estruturalmente complexas e com a concentração decorrente da especialização é natural que se perca a percepção holística dessa complexidade dos fenómenos naturais e sociais. E o reconhecimento da existência desse perigo e dessas consequências negativas é indispensável para uma boa administração da Justiça.

Nesta conformidade, forçoso se torna criar as condições que permitam minimizar esses perigos e riscos, o que vale não apenas para a preparação e conclusão do julgamento de processos em que se discutem os direitos inerentes a essa economia (ou mercado) baseado no conhecimento e que são os direitos de propriedade intelectual (patentes, modelos de utilidade, marcas, desenhos ou modelos industriais, denominações de origem e indicações geográficas, o direito de autor e os direitos conexos), mas também os que respeitam à salvaguarda de uma leal e sã concorrência tanto nessa área, como, repito, em geral, naquela que é regulada pelo Direito Comercial e pelo Direito Financeiro/Bancário.

E a condição mais importante para a prossecução desse objectivo é a de que os Juízes tenham um conhecimento profundo do modo como realmente funcionam essas áreas de negócio, isto é, das regras internas de funcionamento dos vários mercados, em suma, um conhecimento profundo da *natureza das coisas* - ou seja, *das coisas como elas realmente são e não dos arquétipos, sempre simplificadores, como alguns querem que as mesmas sejam representadas*.

E isso é, para mim, incomparavelmente bem mais importante do que ser exímio na arte de percorrer os sinuosos meandros do direito processual penal e conta-ordenacional. Daí que seja vital que tais tribunais tenham competência mista. Não apenas porque importa não deixar soçobrar a visão holística das relações interpessoais e sociais a que já antes me referi, mas porque o enfoque excessivo na vertente penal e contraordenacional pode provocar distorções, por vezes perversas, logo perigosas, na forma como são percebidos os conflitos a dirimir.

Como consequência lógica da argumentação que aqui venho expondo, entendo, de igual modo, ser indispensável a elaboração de um novo Código de Procedimento em matéria transgressional, totalmente diferenciado, a começar pela concepção ideológica subjacente, do Regime Geral das Contraordenações, e no qual, nomeadamente, se preveja um efectivo duplo grau de jurisdição em matéria de facto, porquanto, repito e insisto, as Entidades Reguladoras não são Tribunais.

E estas são as razões pelas quais, tendo inicialmente defendido e promovido a criação dos então designados Tribunais de Comércio, por rapidamente me ter apercebido que os objectivos que referi nunca poderiam ser alcançados através dessa solução legal decorrente da entrada em vigor da Lei n.º 3/99, de 18 de janeiro, logo em 2000 comecei a sustentar a necessidade de criar uma nova especialização dos tribunais, com competência mista (civil e contraordenacional), desde a 1ª instância até ao Supremo Tribunal de Justiça, destinados a dirimir, a nível nacional, os litígios tendo por objecto direitos de propriedade intelectual, mas também de concorrência, e mais tarde (em 2010) acrescentando a essas matérias os julgamentos em sede de regulação e supervisão.

Não fui o único a apresentar essas propostas e a ideia veio a ter uma consagração – que, lamentavelmente, foi apenas parcial - na Lei n.º 46/2011, de 24 de junho, através da qual foram criados somente os Tribunais de 1ª instância (o Tribunal de Propriedade Intelectual e o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão), tendo sido necessário aguardar pela aprovação da Lei n.º 55/2019, de 5 de agosto, para que essa arquitectura judicial ficasse totalmente edificada, com a criação de uma Secção Especializada no Tribunal da Relação de Lisboa (n.º 5 do artigo 67º da Lei da Organização do Sistema Judiciário, aprovada pela Lei n.º 62/2013, de 26 de agosto), e uma Secção Semi-especializada no Supremo Tribunal de Justiça (*idem*, n.º 2 do artigo 54º), ambas com competência cível e contra-ordenacional.

Esta perspetivação conjunta dos problemas inerentes à resolução de conflitos no âmbito do direito de propriedade intelectual (direitos de propriedade industrial e direito de autor e direitos conexos) e do direito da concorrência, mas também das questões respeitantes à regulação e supervisão, permite, a meu ver, uma menos imperfeita administração da Justiça e uma melhor aplicação do Direito.

Obviamente, essa arquitectura jurisdicional não resolve todos os problemas.

De facto, a definição dos critérios de recrutamento dos Juízes que vão ocupar esses lugares (e as escolhas concretas que forem efectivamente feitas) é (são) tão importante(s) como a estrutura institucional prevista na letra da Lei.

Este assunto merece, por si só, um debate autónomo - quiçá uma Conferência -, que aqui não cabe realizar neste momento.

Contudo, ainda assim e muito sinteticamente, assinalo que, a meu ver, pese embora eu seja um firme defensor da concepção que os anglo-saxónicos transmitem através da expressão

“*learning on the job*” (que, sem margem para dúvidas, soa bem melhor do que “aprender fazendo”), impõe-se reconhecer que esses Juízes devem ter, logo à partida, uma predisposição intelectual e volitiva para essas temáticas e um conhecimento mínimo das tais das regras internas de funcionamento dos vários mercados sobre os quais vão exercer a sua jurisdição.

E também um tempo mínimo de exercício da muito específica função de julgar. Talvez pelo menos 15 anos ou talvez não menos que 20.

E sempre faltará debater o tal novo Código de Procedimento, cuja necessidade e cuja estruturação, aparentemente, ninguém quer discutir.

Claro que a existência dos Tribunais do Estado não significa que outros meios alternativos de resolução de conflitos não possam ser escolhidos pelas partes em litígio.

Todavia, também aqui deve funcionar o princípio da livre, leal e não discriminatória concorrência, devendo ser dados aos Tribunais do Estado e aos Juízes os mesmos meios de que dispõem os Árbitros. E, nunca por nunca, devem existir arbitragens obrigatórias.

E, deste modo, passe a expressão, os litigantes poderão escolher quem lhes presta um melhor serviço.

Últimas palavras.

O que antes referi não pode nem deve ser entendido como uma desvalorização do papel das Entidades Reguladoras e, no caso concreto, da Autoridade da Concorrência. Bem pelo contrário.

Sou um daqueles que não acredita, de todo, na bondade da *mão invisível do mercado*.

Como a História já abundantemente demonstrou, em várias ocasiões, e como, infelizmente, hoje e continua a ser demonstrado dia sim dia sim, entregues a si próprios, os mercados não geram o equilíbrio dos negócios nem sequer a manutenção de um mínimo de concorrência, muito menos uma concorrência livre, leal e não discriminatória. E já nem me refiro a uma justa repartição da riqueza criada. Pior, a mão invisível do mercado gera, isso sim, para além dos monopólios ou oligopólios, uma injustificada e socialmente perigosa concentração da riqueza uma destruição dos meios produtivos, e até, em casos extremos, a perda de incontáveis vidas humanas.

Portanto, é absolutamente essencial – aliás, é mesmo vital -, assegurar que a lealdade (*fairness*), e a sã, livre, leal e não discriminatória concorrência, não são meras palavras vãs, destituídas de concretização prática na vida de todos os dias, quer das pessoas físicas quer das empresas.

Sem que isso aconteça não é possível desenvolver a criatividade e a capacidade inventiva.

E é para isso que existe a Autoridade da Concorrência. E a possibilidade de as suas decisões serem sindicadas em Tribunal em nada diminui a sua dignidade institucional e a sua importância e relevância social e económica.

Lisboa, 16/11/2022.

Eurico José Marques dos Reis - Juiz Desembargador Jubilado