

**O ENFORCEMENT PRIVADO DAS NORMAS DA CONCORRÊNCIA
EM PORTUGAL E NA UNIÃO EUROPEIA E A NOVA DIRETIVA N.º
2014/104/UE**

**THE PRIVATE ENFORCEMENT OF COMPETITION RULES IN POR-
TUGAL AND THE EUROPEAN UNION AND THE NEW DIRECTIVE
2014/104 / EU.**

BERNARDO DE ANDRADE DA ROCHA LOURES

Mestrando em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal. Advogado.

RESUMO

Este trabalho se propõe a analisar o *enforcement* privado das normas da concorrência no direito comunitário europeu e no direito português. Com a publicação da nova diretiva 2014/104/UE, o tema volta a estar em destaque no direito europeu. Desta forma, buscando um funcionamento conjunto e perfeito entre o *enforcement* público e privado, cumpre-se realizar breves considerações acerca desse, sempre em conjunto com as disposições da nova diretiva.

PALAVRAS CHAVE: *Enforcement* privado; Aplicação das normas da concorrência; Direito comunitário europeu; Direito português; Directiva 2014/104/UE.

ABSTRACT

This study aims to examine the private *enforcement* of competition in the European Community law and Portuguese law. With the publication of the new Directive

2014/104/EU, the issues becomes extremely importante for the European law. Thus, searching for a set and perfect operation between the public and the private enforcement, it must be realized considerations about this

KEYWORDS: Private enforcement; Competition rules; European Community law; Portuguese law; Directive 2014/104/EU.

INTRODUÇÃO

Há muito se discute no direito europeu sobre o chamado *enforcement* privado das normas de direito da concorrência. Contudo, com a recente publicação da Diretiva n.º 2014/104/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de novembro de 2014, relativa a certas regras que regem as ações de indenização no âmbito do direito nacional por infração às disposições do direito da concorrência dos Estados-Membros e da União Europeia, o tema voltou a ser fortemente colocado em tona.

Assim sendo, o momento é propício para uma investigação acerca da matéria, aliada ainda com a, pode-se dizer, recente publicação da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, a qual revolucionou o tema no direito nacional, com a aprovação do novo regime jurídico da concorrência no direito português, consolidando também uma reformulação da Autoridade da Concorrência, órgão responsável pela aplicação da legislação, entre outras funções previstas em lei.

Nesse sentido, o presente trabalho se propõe a analisar o *enforcement* privado das normas concorrenciais no direito português. Inicialmente será tratada a evolução das normas da concorrência no direito comunitário e português. Posteriormente, passar-se-á diferenciação do *enforcement* público e privado, com a análise específica do segundo, tratando acerca da sua evolução no ordenamento jurídico comunitário e português, suas características principais, competência para seu exercício e outros temas interligados à matéria, sempre em sincronia com as disposições da nova Diretiva.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO ANTITRUSTE NA EUROPA E EM PORTUGAL

A origem do direito antitruste se deu no final do século XIX, mais precisamente nos Estados Unidos da América. Diante da evolução nas condições de produção dos diversos setores do mercado, passou a existir um grande mercado comum, no qual a extensa quantidade de empresas atuantes gerou uma verdadeira guerra de preços. Nessa vereda, instituiu-se no mercado uma conduta de redução dos preços por parte de certas empresas, o que consequentemente gerava uma supressão da concorrência efetiva¹.

Diante da situação que assolava o mercado norte-americano, o legislador decidiu por criar uma legislação destinada à regulação das práticas restritivas da concorrência. Nascia assim o Sherman Act de 1890. Essa foi a primeira lei federal americana que limitou a formação de cartéis e monopólios². Interessante ressaltar, desde já, que o Sherman Act previa, em sua seção 7, a participação da iniciativa privada, mediante ações de indenização, como complemento à aplicação pública das normas antitruste³.

Ocorre que esse apresentava muitas lacunas, como, por exemplo, a ausência de regulação dos processos de concentração de empresas, omissão que causou a eleição de tal prática como principal meio de burlar a lei⁴.

¹ FONTE, Mário Augusto Barbosa da (2012). Política da Concorrência em Portugal. Dissertação de Mestrado em Economia. Faculdade de Economia da Universidade do Porto. p. 12. Disponível em: https://sigarra.up.pt/fep/pt/pub_geral.pub_view?pi_pub_base_id=25282. [Consult. em 16 de maio de 2016].

² US Department of Justice. Sherman Anti-Trust Act of 1890. Society for Human Resource Management. Disponível em: <https://www.shrm.org/legalissues/federalresources/federalstatutesregulationsandguidanc/pages/shermananti-trustactof1890.aspx>. [Consult em. 16 de maio de 2016].

³ FRANCISCO, André Marques (2014). Responsabilidade civil por infração da ordem econômica. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. p. 51. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-08122014-091926/pt-br.php>. [Consult. em 16 de maio de 2016].

⁴ GHEZZI, Federico; OLIVIERI, Gustavo (2013). Diritto antitrust. G. Giappichelli Editore. Torino. p. 6.

Assim sendo, em 1914 surgiu o Clayton Antitrust Act, que passou a proibir formalmente, junto com as restrições já existentes na legislação anterior, a discriminação de preços, as operações de concentração de empresas suscetíveis a reduzir significativamente a concorrência e as trocas de administradores entre concorrentes. Até hoje tais diplomas são considerados a base da legislação antitruste americana.

Na Europa, foi o ordenamento jurídico alemão o primeiro a adotar uma legislação antitruste, devido à pressão dos aliados após o término da segunda guerra mundial⁵. Contudo, em matéria de direito comunitário, o direito antitruste se consolidou com a assinatura do Tratado de Paris, em 1952, e com a criação da Comunidade Económica Europeia, através da assinatura do Tratado de Roma, em 1957. Os fundamentos do direito antitruste europeu se encontravam nos artigos 81 e seguintes desse, os quais dispunham, resumidamente, que são restritivos da concorrência quaisquer outros acordos ou práticas que possam afetá-la, assim como o abuso de posição dominante⁶.

Em Portugal, a introdução de um princípio geral de proteção à concorrência na Constituição da República Portuguesa de 1976, serviu como propulsor à evolução da matéria no ordenamento. Prevê a parte II da carta máxima, referente à organização econômica, das políticas agrícolas, comercial e industrial, que é objetivo da política comercial portuguesa a concorrência salutar dos agentes mercantis, conforme dispõe o artigo 99, alínea a.

Nessa vereda surgiu o Decreto-Lei n.º 422/1983, de 3 de dezembro, com o fim de introduzir a defesa da concorrência no mercado nacional, a partir da salvaguarda dos interesses dos consumidores, garantia de liberdade de mercado, entre outros objetivos.

⁵ FONTE, 2012, p. 15.

⁶ GLÓRIA, Daniel Firmato de Almeida (2003). A livre concorrência como garantia do consumidor. Del Rey: Belo Horizonte. p. 69-70.

Contudo, a aplicação dessa norma foi quase nula no direito português, tendo havido uma quase inexistente atividade de investigação e punição das infrações à concorrência neste período⁷.

A verdadeira revolução em matéria de direito concorrencial comunitário e português se deu com o Regulamento da Comunidade Europeia n.º 1/2003. Esse concedeu execução às regras de concorrência da União Europeia estabelecidas pelos artigos 101 e 102 – antigos artigos 85 e 86 do Tratado de Roma – do Tratado de Funcionamento da União Europeia. Dentre as principais alterações introduzidas pelo Regulamento estava a descentralização da aplicação das regras de concorrência. Passava a ser permitida a aplicação das normas pelas autoridades nacionais da concorrência⁸.

Nessa vereda surgiu o Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de janeiro, que consolidou uma reforma no quadro jurídico da concorrência em Portugal. Foi criada a Autoridade da Concorrência Nacional e conseqüentemente aprovado os seus respectivos estatutos (Decreto-Lei n.º 125/2014), assim como atualizadas as disposições das antigas legislações relativas ao tema⁹.

Por fim, defronte a crise econômica sofrida em 2011, o direito português, compelido pelos requisitos do memorando assinado com a *troika*, em troca de um empréstimo financeiro, realizou uma nova atualização significativa na legislação antitruste, o que ocorreu por meio da Lei n.º 19/2012, de 08 de maio. Essa aprovou o novo regime jurídico da concorrência, criando condições para uma etapa mais exigente na aplicação das regras de concorrência no país¹⁰.

3 O ENFORCEMENT PÚBLICO E PRIVADO.

⁷ FONTE, 2012, p. 9.

⁸ Execução das regras de concorrência da UE: aplicação dos artigos 101.o e 102.o do TFUE. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=URISERV:l26092&from=PT>. [Consult. em 16 de maio de 2016].

⁹ COSTA, Adalberto (2014). O novo regime jurídico da concorrência. Vida Económica. p. 247.

¹⁰ ANASTÁCIO, Gonçalo; SAAVEDRA, Alberto. A nova lei da concorrência portuguesa. Notas preliminares. Disponível em: <http://www.oa.pt/upl/%7B607aea5e-490f-44cd-a15a-fa86dff038c2%7D.pdf>. [Consult. em 16 de maio de 2016].

Quando se fala em *enforcement* das normas de direito da concorrência, está a se falar na aplicação dessas, as quais podem ocorrer de duas maneiras: mediante o *enforcement* público, realizado por entidades públicas, diante do objetivo de proteção ao interesse público, nos termos da Constituição, e um *enforcement* privado, através da indenização das vítimas afetadas pela prática de condutas restritivas da concorrência¹¹.

Em Portugal, o *enforcement* público é realizado pela Autoridade da Concorrência, uma pessoa coletiva de direito público, com natureza de entidade administrativa independente, criada pelo Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de janeiro, conforme visto anteriormente, em consonância com a Comissão Europeia e a legislação comunitária. Seu objetivo, nos termos dos seus estatutos, é assegurar o respeito pelas regras de concorrência, tendo em vista o funcionamento eficiente dos mercados, a repartição eficaz dos recursos e os interesses dos consumidores, o que se dá mediante o exercício dos seus poderes sancionatórios, de supervisão e de regulamentação¹².

Contudo, o que interessa no presente trabalho é a análise do *enforcement* privado das normas concorrenciais. Esse se trata da reparação ou compensação dos danos e prejuízos sofridos por um particular, causada pela violação de uma norma concorrenciais¹³. Ou seja, praticado ato que, contrário às normas antitruste, gere uma violação da concorrência e, conseqüentemente, danos ao sujeito privado, cabe a esse, não obstante a denúncia da conduta às autoridades competentes, a propositura de ação indenizatória em face do ofensor, pelos danos causados. Em suma, o *enforcement* privado, conforme o n.º 1 do artigo 3º da Directiva 2014/104/UE, trata-se da possibilidade de que “*personas singulares ou coletivas*

¹¹ FERNANDES, Pedro Rosa (2012). *Enforcement da Concorrência: Enforcement privado na União Europeia*. Faculdade de Direito da Universidade Católica de Lisboa. p. 2. Disponível em: <http://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/10320/1/tese%20-%20Final.pdf>. [Consult. em 16 de maio de 2016].

¹² MATEUS, Abel M. A aplicação das Leis da Concorrência em Portugal: A autoridade e os Tribunais. p. 4. Disponível em: http://www.concorrencia.pt/SiteCollectionDocuments/Noticias_e_Eventos/Intervencoes_Publicas/AM_Aplicacao_LC_Portugal.pdf. [Consult. em 16 de maio de 2016].

¹³ FRANCISCO, 2014, p. 43.

que sofram danos causados por infrações ao direito da concorrência possam pedir e obter a reparação integral desses danos”.

Introduzidos os conceitos das formas de *enforcement* das normas da concorrência, passa-se a análise específica do segundo tipo: o *enforcement* privado. Tratar-se-á primeiramente acerca da evolução deste no direito comunitário europeu e português, e conseqüentemente das suas principais características.

3.1 A evolução do *enforcement* privado na legislação comunitária e portuguesa

Conforme visto anteriormente, nos Estados Unidos o Sherman Act de 1890 já previa em sua seção 7 a possibilidade de o sujeito ofendido propor uma ação privada de indenização em face do causador da violação das normas antitruste.

No direito comunitário, entretanto, a discussão é muito mais complexa. Discutia-se, inicialmente, se as normas dos artigos 81 e 82 do Tratado de Roma eram aplicadas tanto pelo poder público e privado, ou se apenas ao primeiro. A maior parte da doutrina entendia que a aplicação era cabível em ambas as vertentes. Entretanto, inexistia disposição legal acerca de tanto. Os responsáveis por esse entendimento eram os tribunais, mediante decisões de casos em concreto¹⁴. Ghezzi e Olivieri¹⁵, corroborando essa posição, explicam que a norma antitruste prevista nos artigos 101 e 102 do TFUE (antigos artigos 85 e 86 do Tratado de Roma) são, conforme a jurisprudência comunitária, diretamente aplicáveis às relações entre particulares, fazendo surgir aos próprios indivíduos direitos subjetivos intocáveis, diante do juiz ordinário.

¹⁴ Um exemplo é o acórdão do TJUE BRT/SABAM, de 30/01/1974, processo 127/73, disponível em <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=88521&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=351919>, citado por CAMPOS (2014, p. 18), no qual restou decidido que “as proibições previstas nos artigos 85º, n.º 1, e 86.º, se prestam, pela sua própria natureza, a produzir efeitos diretos nas relações entre particulares, estes artigos criam na esfera jurídica dos particulares direitos que os órgãos jurisdicionais nacionais devem proteger”.

¹⁵ GHEZZI; OLIVIERI, 2013, p. 31-32.

Contudo, frente à inexistência de disposição legal nesse sentido, em 2005, a comunidade europeia publicou o Livro Verde sobre ações de indenização devido à violação das regras comunitárias no domínio antitruste. Nesse era proposta uma discussão acerca dos obstáculos inerentes à criação de um sistema eficiente na proposição de tais ações e resolução destes problemas¹⁶.

Autores como Campos¹⁷ e Francisco¹⁸, defendem que a discussão a respeito do tema, seguido de uma melhoria no sistema, geraria uma evolução considerável na matéria do direito antitruste. Primeiramente, pois o *enforcement* privado introduziria uma verdadeira função repressiva e educativa, que muitas vezes o *enforcement* público não consegue atingir. Explicando: em alguns casos a violação das normas antitruste, diante da possível coima a ser aplicada pela autoridade da concorrência, compensa ao ofensor, pois a prática ilícita, por si só, já haverá gerado uma quantia superior à da punição. Porém, havendo a empresa que arcar com o pagamento de várias indenizações, a todos os sujeitos ofendidos, esse fator deixa de existir. Em segundo lugar, o *enforcement* privado gera uma participação mais ativa das empresas e dos consumidores no tema do direito concorrencial, o qual é de pouco conhecimento por parte da população¹⁹.

Dentre as principais questões discutidas no Livro Verde estavam o acesso aos elementos de prova, o requisito de culpa, a indenização, a defesa dos interesses dos consumidores, o custo das ações, o foro competente e legislação aplicável, entre outras²⁰.

¹⁶ CAMPOS, Filipa Daniela Couto (2014). A reparação dos danos sofridos em violação das regras europeias da Concorrência. Mestrado em Direitos Ciências Jurídico-Económicas. Porto. p. 26. Disponível em: https://sigarra.up.pt/fdup/pt/pub_geral.show_file?pi_gdoc_id=85649. [Consult. em 16 de maio de 2016].

¹⁷ Idem, p. 26.

¹⁸ FRANCISCO, 2014, p. 44-48.

¹⁹ Sobre o canal privado de aplicação das normas da concorrência, Ghezzi e Olivieri (2013, p. 32), defendem sua importância fundamental. Afirmam os autores que a condenação ao pagamento de indenizações aos ofendidos se trata de um ato de equidade, pois se há dano, deve este ser indenizado. Ademais, que uma aplicação pública e privada simultaneamente, geram um temor maior aos ofensores das normas, pois além de coimas, haverá a aplicação de altas indenizações e até mesmo a possibilidade de nulidade dos contratos assinados. Assim, uma aplicação correta deste canal gera um aumento na eficácia da aplicação da lei.

²⁰ Livro Verde - Acções de indemnização devido à violação das regras comunitárias no domínio antitruste. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52005DC0672&from=PT>.

Posteriormente, em 2008, o tema voltou à tona, dessa vez mediante a publicação do Livro Branco sobre ações de indenização por incumprimento das regras comunitárias no domínio antitruste. A discussão proposta por esse documento era muito semelhante à do seu antecessor, contudo, com algumas novidades. Entre elas, o Livro Branco sugeria que os mecanismos coletivos de reparação em matéria civil tivessem por base ações representativas, propostas por entidades qualificadas, e ações coletivas, que juntassem todos os pedidos individuais em uma só ação²¹.

A partir das propostas e discussões geradas pelo Livro Verde e Livro Branco, surgiu uma proposta de criação de uma Diretiva relativa ao tema, o que veio a se concretizar com a publicação da Diretiva n.º 2014/104/UE, de 26 de novembro de 2014, do Parlamento Europeu e do Conselho.

Essa Diretiva, entre as diversas inovações, concretiza, de uma vez por todas, o entendimento dos julgados citados anteriormente, deixando claro que os artigos 101 e 102 do Tratado de Funcionamento da União Europeia produzem efeito direto nas relações entre particulares e criam, para as pessoas em causa, direitos e obrigações que os tribunais nacionais devem tutelar. Logo, ela tem como objetivo estabelecer as regras aplicáveis aos sujeitos que sofram danos causados por uma infração ao direito da concorrência e desejem exercer o seu direito de pedir indenização aos ofensores.

A Diretiva trata, entre diversos assuntos, do direito à reparação integral, da divulgação dos elementos de prova, dos efeitos das decisões nacionais, prazos de prescrição, responsabilidade solidária das empresas que causam danos em conjunto, quantificação dos danos e resolução amigável dos litígios.

Em Portugal ainda não houve a transposição da Diretiva ao direito interno, o que deve ocorrer, nos termos do artigo 21, até 27 de dezembro de 2016.

3.2 Características principais do *enforcement* privado.

²¹ Ações de indemnização por incumprimento das regras da UE no domínio antitruste. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=URISERV:l26124&from=PT>.

Analisada a evolução histórica do *enforcement* privado em Portugal e na comunidade europeia, ainda que a Diretiva não tenha sido transposta ao ordenamento jurídico português, faz-se possível analisar, a partir de casos julgados e opiniões doutrinárias, as principais características do instituto, quais sejam: (i) quem é o ente competente para aplicação dessas normas; (ii) modalidades de *enforcement* privado; (iii) os requisitos da ofensa para que o dano seja configurado; e (iv) o complexo paradoxo entre o mecanismo de clemência e a existência do instituto.

3.2.1 COMPETÊNCIA PARA APLICAÇÃO DAS NORMAS DO *ENFORCEMENT* PRIVADO

Dispõe o n.º 2 do artigo 1º da Diretiva 2014/104/EU que a presente legislação “*estabelece regras para a articulação entre a aplicação das regras de concorrência pelas autoridades da concorrência e a aplicação dessas regras em ações de indenização perante os tribunais nacionais*”.

Contudo, anteriormente a essa disposição, o entendimento já era no sentido de que as ações de indenização relativas a danos gerados por ofensas aos artigos 101 e 102 do TFUE deveriam ser ajuizadas perante os tribunais nacionais do Estado-membro do ofendido.

Campos²², previamente à publicação da Diretiva, explicava que não havendo regulamentação europeia a respeito do tema, cabia à legislação de cada Estado-membro determinar o alcance da reparação do dano causado pela violação das normas do Tratado, desde que respeitados os princípios da equivalência e da efetividade – previstos no texto do artigo 4º da nova Diretiva.

Nesse sentido, a autora desenvolve, explicando que o *enforcement* privado das normas concorrenciais deve ocorrer por meio dos Tribunais nacionais de cada

²² CAMPOS, 2014, p. 22.

Estado-membro e suas normas internas. Esses, nas palavras de Silva²³, possuem duas funções: a de fazer cessar uma infração às regras da concorrência que esteja gerando dano a algum particular, além da função que está sendo estudada, que é a de conceder uma indenização ao ofendido pelos danos sofridos.

Assim sendo, não restam dúvidas que os tribunais nacionais são os grandes responsáveis pela aplicação do *enforcement* privado das normas antitruste. Conforme a consideração n.º 7 do Regulamento CE n.º 1/2003²⁴, ao deliberaram sobre os litígios entre particulares, os tribunais salvaguardam os direitos subjetivos do direito comunitário, através da concessão de indenizações às vítimas das infrações.

Os tribunais nacionais, por meio da aplicação do *enforcement* privado, complementam a atuação das Autoridades da Concorrência na aplicação do *enforcement* público, criando uma proteção geral às normas do direito da concorrência, cumprindo o principal objetivo que a legislação deseja alcançar.

3.2.2 MODALIDADES DE *ENFORCEMENT* PRIVADO E SUAS CONSEQUÊNCIAS LEGAIS.

De acordo com a doutrina, o *enforcement* privado pode ser executado de duas maneiras: as *follow-on actions* e as *stand-alone actions*.

Nas palavras de Fernandes²⁵, a primeira se trata daquelas ações em que existe uma condenação anterior por intermédio do *enforcement* público. Ou seja, o indivíduo ofendido se aproveita da condenação e das provas produzidas no âmbito deste procedimento para requerer a indenização pelos danos causados pela conduta restritiva da concorrência. Já a segunda se trata de uma ação comum de indenização, a qual seguirá “sozinha” – com o perdão da tradução literal do termo –

²³ SILVA, Miguel Moura E (2008). Direito da concorrência – Uma introdução jurisprudencial. Coimbra, Almedina. p. 189.

²⁴ Item 7 das considerações iniciais do Regulamento da Comunidade Europeia n.º 1/2003, de 16 de dezembro de 2002. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex:32003R0001>. [Consult. em 17 de maio de 2016].

²⁵ FERNANDES, 2012, p. 16.

na produção das provas e comprovação do dano sofrido, frente à inexistência de indícios prévios.

A diferenciação das modalidades de *enforcement* privado, ainda que pareça mera questão conceitual, explicativa, apresenta uma importância relacionada com a questão da divulgação dos elementos de prova – previsto no capítulo II da nova Diretiva – e, conseqüentemente, a possibilidade de criação de um conflito com o mecanismo de clemência, previsto na legislação portuguesa.

O regime de clemência, previsto nos artigos 77 e seguintes da Lei 19/2012, de 8 de maio, se trata de um benefício destinado à uma empresa que se coloque à disposição da Autoridade da Concorrência para auxiliar na investigação de condutas violadoras da concorrência.

Essa pode se consolidar de duas maneiras: mediante uma dispensa da coima, quando preenchidos os requisitos do artigo 77; ou por meio da redução desta, conforme a disposição do artigo 78. Na primeira, deve a empresa revelar sua participação em um alegado acordo ou prática concertada, sendo a pioneira no provimento de elementos e informações de prova que auxiliem a Autoridade da Concorrência na investigação²⁶. Já na segunda, não satisfeitas as condições para concessão da primeira, mas havendo informações e provas de valor adicional e significativo à Autoridade da Concorrência, existe a possibilidade de ser concedida a si uma redução da coima, proporcional à ordem da comunicação²⁷.

Visto isso, torna-se possível identificar a possibilidade de surgimento de um conflito entre o regime da clemência e a eventualidade de o indivíduo privado, a partir das provas fornecidas pela empresa, propor uma *follow-on action* em face desta. Tal risco já foi pressagiado pela Diretiva n.º 2014/104/UE.

Na consideração de n.º 26 da Diretiva, primeiramente exalta-se a importância do programa de clemência e, conseqüentemente, do risco que as ações indenizatórias trazem para esse, tendo em vista que aquela empresa que se dispôs a

²⁶ COSTA, 2014, p. 169.

²⁷ Por exemplo, dispõem as alíneas do n.º 2 do artigo 78 que a segunda empresa que fornecer informações e provas de valor adicional significativo terá concedido uma redução da coima de 20 a 30%. Já as empresas seguintes terão uma redução de 20% (COSTA, 2014, p. 169).

ajudar a Autoridade da Concorrência, a partir de uma conduta honesta, passa a ficar exposta ao risco de sofrer uma nova punição, desta vez em âmbito privado.

Nesse sentido, dispõe a Diretiva que os documentos divulgados ao programa de clemência, unicamente, devem ser excluídos da divulgação de elementos de prova. Isenção que também deverá ser aplicada às citações literais de uma declaração de clemência ou de uma proposta de transação incluídos noutros documentos²⁸.

Assim sendo, a Diretiva felizmente resolve *prima facie* uma situação que poderia vir a exaltar o *enforcement* privado, porém, às custas da destruição de um importante mecanismo de auxílio ao *enforcement* público. Conforme explicado anteriormente, para que a defesa da concorrência esteja saudável, faz-se necessário o funcionamento simultâneo e correto de ambas as formas de *enforcement*. Dessa forma, a partir dessa disposição, temos a proteção da empresa cooperante, que não é colocada em uma situação menos favorável do que as que não cooperam, mas também, com isso, não impede o particular de buscar a reparação privada, tendo em vista a existência de outras provas e métodos capazes de corroborar o dano gerado²⁹.

3.2.3 REQUISITOS PARA CONFIGURAÇÃO DO DANO.

Por fim, outro importante aspecto que merece guarida dentro do tema do *enforcement* privado são os requisitos para a configuração do dano. Campos³⁰, explica que provada a ocorrência de infração aos artigos 101 e 102 do tFUE, caberá ao Estado-membro acionado os requisitos para decidir pela incidência ou não da responsabilidade civil.

²⁸ Item 26 das considerações iniciais da Directiva n.º 2014/104/UE, de 26 de novembro. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0104&from=PT>. [Consult. em 19 de maio de 2016].

²⁹ CAMPOS, 2014, p. 36.

³⁰ Idem, p. 34.

Em Portugal, o princípio geral da responsabilidade civil extracontratual está previsto no artigo 483 e seguintes do Código Civil. Trata-se do dano que resulta da violação ilícita de direito de outrem ou de qualquer disposição legal destinada à proteção de interesses alheios³¹.

Assim sendo, nos termos do ordenamento jurídico português, havendo violação dos artigos do tratado de funcionamento da União Europeia, caberá ao Tribunal competente em que foi proposta a ação de indenização analisar se o dano causado por essa violação é um fato voluntário, ilícito, imputável à empresa violadora das normas da concorrência, e se há nexos causal entre o fato e o dano³².

Desta forma, se comprovada a violação ao direito comunitário e, preenchidos todos os requisitos da responsabilidade extracontratual, deverá o Tribunal condenar a empresa a indenizar o indivíduo lesado.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, conclui-se que o *enforcement* privado se configura tão importante quanto o *enforcement* público das normas da concorrência. Ocorre que, no direito português, há ainda uma prevalência extrema do segundo sobre o primeiro – o que se nota pela dificuldade em encontrar casos em concreto que exteriorizem a aplicação do canal privado –. Em partes, pode-se afirmar que isso ocorre devido à ausência de uma legislação que incentive a utilização do canal privado.

Outro fator que pode ser colocado em tona é o insuficiente amparo conferido pelo ordenamento jurídico português aos consumidores. No Brasil, por exemplo, a existência de um Código de Defesa do Consumidor, previsto como fundamento da ordem econômica na Constituição, e fortemente interligado com o direito da concorrência, facilita o surgimento de ações de indenização nesse sentido. Estabelece-se

³¹ FONSECA, Tiago Soares da (2006). Da tutela judicial civil dos direitos da personalidade. Ordem dos Advogados de Portugal. Publicações. Revista. Ano 2006 – Vol. I – Jan. 2006. Doutrina. Disponível em: http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idsc=47773&ida=47781.

³² CAMPOS, 2014, p. 24.

uma necessidade majoritária de proteção do consumidor, diante da sua vulnerabilidade perante o mercado.

Contudo, conforme analisado, a publicação da Diretiva n.º 2014/104/UE surge direcionada à resolução de tal lacuna, restando apenas a sua transposição por parte do ordenamento português.

Entretanto, não obstante essa necessidade de fixação textual de normas relativas à matéria do *enforcement* privado, nota-se, consoante à análise realizada nesse breve trabalho, que de certa forma, as normas previstas na Diretiva já vinham, na prática, sendo aplicadas pela jurisprudência comunitária e dos Estados-membros.

Dessa forma, a Diretiva é publicada com um objetivo de concretizar entendimentos já firmados na prática, facilitando a aplicação do instituto e organizando o canal privado das normas concorrenciais com a já consagrada aplicação do canal público. Assim sendo, havendo um vínculo estabelecido entre a aplicação de ambos os canais, os Estados-membros e a Comunidade Europeia poderão exercer um controle sadio das normas da concorrência no mercado, permitindo uma competição justa entre os diversos tipos e portes de empresas.

REFERÊNCIAS

ANASTÁCIO, Gonçalo; SAAVEDRA, Alberto. **A nova lei da concorrência portuguesa.** Notas preliminares. Disponível em: <http://www.oa.pt/upl/%7B607aea5e-490f-44cd-a15a-fa86dff038c2%7D.pdf>. [Consult. em 16 de maio de 2016].

CAMPOS, Filipa Daniela Couto. **A reparação dos danos sofridos em violação das regras europeias da Concorrência.** Mestrado em Direitos Ciências Jurídico-Económicas. Porto. p. 26. Disponível em: https://sigarra.up.pt/fdup/pt/pub_geral.show_file?pi_gdoc_id=85649. [Consult. em 16 de maio de 2016].

COSTA, Adalberto. **O novo regime jurídico da concorrência.** Vida Económica, 2014.

FERNANDES, Pedro Rosa (2012). Enforcement da Concorrência: Enforcement privado na União Europeia. Faculdade de Direito da Universidade Católica de Lisboa. p. 2. Disponível em: <http://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/10320/1/tese%20-%20Final.pdf>. [Consult. em 16 de maio de 2016].

FONSECA, Tiago Soares da (2006). Da tutela judicial civil dos direitos da personalidade. Ordem dos Advogados de Portugal. Publicações. Revista. Ano 2006 – Vol. I – Jan. 2006. Doutrina. Disponível em: http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idsc=47773&ida=47781.

FONTE, Mário Augusto Barbosa da (2012). Política da Concorrência em Portugal. Dissertação de Mestrado em Economia. Faculdade de Economia da Universidade do Porto. p. 12. Disponível em: https://sigarra.up.pt/fep/pt/pub_geral.pub_view?pi_pub_base_id=25282. [Consult. em 16 de maio de 2016].

FRANCISCO, André Marques (2014). Responsabilidade civil por infração da ordem econômica. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. p. 51. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-08122014-091926/pt-br.php>. [Consult. em 16 de maio de 2016].

GHEZZI, Federico; OLIVIERI, Gustavo. *Diritto antitrust*. G. Giappichelli Editore. Torino, 2013.

GLÓRIA, Daniel Firmato de Almeida. **A livre concorrência como garantia do consumidor**. Del Rey: Belo Horizonte, 2003.

MATEUS, Abel M. A aplicação das Leis da Concorrência em Portugal: A autoridade e os Tribunais. p. 4. Disponível em: http://www.concorrenca.pt/SiteCollectionDocuments/Noticias_e_Eventos/Intervencoes_Publicas/AM_Aplicacao_LC_Portugal.pdf. [Consult. em 16 de maio de 2016].

SILVA, Miguel Moura E. **Direito da concorrência**: Uma introdução jurisprudencial. Coimbra, Almedina, 2008.

US Department of Justice. Sherman Anti-Trust Act of 1890. Society for Human Resource Management. Disponível em: <https://www.shrm.org/legalissues/federalresources/federalstatutesregulationsandguidanc/pages/shermananti-trustactof1890.aspx>. [Consult em. 16 de maio de 2016].

BIBLIOGRAFIA

ESTADOS UNIDOS. **Sherman Antitrust Act**. July 2, 1890. Pub. 26 Stat. 209, 15 U.S.C. §§ 1-7.

ESTADOS UNIDOS. **Clayton Antitrust Act**, October 15, 1914. Pub. L. 63-212, 38 Stat. 730.

PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa de 10 de abril**. Diário da República, 1.^a série – N.º 86 – 10 de abril de 1976.

PORTUGAL. **Decreto-Lei n.º 422/1983, de 3 de dezembro**. Diário da República n.º 278/1983, Série I de 3 de dezembro de 1983.

PORTUGAL. **Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de janeiro**. Diário da República n.º 15, Série I-A de 18 de janeiro de 2003.

PORTUGAL. **Lei n.º 19/2012, de 8 de maio**. Diário da República, 1.^a série – N.º 89 – 8 de maio de 2012.

PORTUGAL. **Decreto-Lei n.º 125/2014, de 18 de agosto**. Diário da República n.º 157, Série I de 18 de agosto de 2014.

UNIÃO EUROPEIA. **Tratado de Paris, de 18 de abril de 1951**.

UNIÃO EUROPEIA. **Tratado de Roma, de 25 de março de 1957**.

UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento da Comunidade Europeia n.º 1/2003, do Conselho de 16 de dezembro de 2002**. Jornal Oficial das Comunidades Europeias, 4 de janeiro de 2003.

UNIÃO EUROPEIA. **Livro Verde, de 19 de dezembro de 2005**.

UNIÃO EUROPEIA. **Livro Branco, de 02 de abril de 2008**.

UNIÃO EUROPEIA. **Directiva 2014/104/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de novembro de 2014**. Jornal Oficial da União Europeia, 5 de dezembro de 2014.