

DESAFIOS À POLÍTICA E LEI DA CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO SETORIAL

Abel M Mateus

UCL, Londres e UCP, Lisboa

Lição Inaugural na Faculdade de Direito de Lisboa, IDEFF, XIII Curso de Pós-Graduação em Concorrência e Regulação

Lisboa, 1 de março de 2019

Resumiria esta lição em três princípios fundamentais, que a minha experiência e a teoria económica mostram, que caso tivessem sido respeitados teriam evitado muitos erros de política económica: (i) a concorrência é sempre preferível à regulação, pois o mercado concorrencial é a melhor forma de afetar recursos através da “mão-invisível” do que a intervenção regulatória onde se põe problemas de informação assimétrica e de incentivos que são sempre de difícil solução; (ii) pior que um monopólio público é um monopólio privado, e pior ainda é se as rendas são apropriadas por acionistas estrangeiros, que não fazem reverte-las para a economia. Ter-se-iam evitado privatizações, necessárias para melhorar a eficiência da gestão, que criaram estruturas de mercado monopolistas. Por outro lado, embora o investimento direto estrangeiro seja importante quando transfere para o nosso país tecnologia e capitais, tem efeitos negativos no caso do monopólio; (iii) criar campeões nacionais em infraestruturas à custa dos consumidores, para aqueles se internacionalizarem, diminui o bem - estra e o PIB potencial do país. Os campeões nacionais surgem endogenamente nos mercados dos transacionáveis, suportados em tecnologias ou gestão superiores, a nível global. Vamos ver como estes princípios se confirmam na nossa recente história económica.

Vivemos hoje num momento excitante de debate teórico e de políticas sobre temas fundamentais da política e lei da concorrência e da regulação setorial. Citemos a discussão nos EUA sobre os objetivos do antitrust, em que se põe em causa o objetivo resultante da jurisprudência sobre o Sherman e Clayton Acts, do prosseguimento do bem-estar dos

consumidores, perante as preocupações da desigualdade da riqueza crescente. Várias propostas têm sido feitas pelos Democratas no sentido de tornar a lei da concorrência mais intervencionista, com vista a iniciar uma nova onda de “trust buster”, semelhante à da Era Progressiva, para poder partir algumas das grandes empresas. Por seu turno, na União Europeia, assistimos à iniciativa de 19 Estados-Membros que pretendem uma revisão das bases da lei comunitária, no sentido de dar mais peso à política industrial (dos campeões nacionais), em reação, por exemplo, à rejeição recente pela Comissão da fusão Alstom-Siemens. A 19 de fevereiro os ministros das finanças alemão e francês apresentaram em conferência de imprensa a proposta de que os governos nacionais possam inverter as decisões de rejeição de fusões da Comissão Europeia, o que seria a maior revolução do regime da concorrência desde a sua instituição. O argumento é que é necessário constituir grandes grupos económicos na EU que possam enfrentar os americanos e chineses.

Estas posições diametralmente opostas, mostram como tanto a política da concorrência como a lei da concorrência podem ser manipuladas para fins que extravasam as suas finalidades e que dificilmente atingirão os objetivos que estas reformulações pretendem. Não só o “break-up” de grandes empresas – que poderá ter justificação em termos estritos de remédio de monopolização ou abuso de posição dominante – poderá dificilmente ter um impacto significativo sobre a desigualdade económica, como permitir que os governos nacionais aprovem fusões que vão reduzir significativamente a concorrência dentro da EU, irá criar os tais grandes grupos que vão concorrer a nível internacional. O caso entre nós da Brisa foi disso prova. E, além disso, irá contribuir para o exacerbar das tendências “nacionalistas” dentro da União.

Estas políticas e intervenções discricionárias sobre os mercados pelos governos, muitas vezes guiadas por objetivos de engenharia industrial ou de captura por grandes grupos económicos, tiveram entre nós, impactos de elevados custos para os contribuintes, consumidores ou pura e simplesmente, em termos de redução do crescimento potencial da economia portuguesa. Vejamos alguns casos mais paradigmáticos, nos mercados energéticos e no sistema financeiro.

1. Políticas da concorrência (e intervenções discricionárias nos mercados) e impacto na economia portuguesa

O setor elétrico mostra como o impacto da regulação em Portugal é extraordinariamente limitado pelas políticas de governos sucessivos. Embora a regulação incida, corretamente, sobre o monopólio natural das redes de transmissão e distribuição, só controla cerca 20% do preço final da eletricidade. Porém, as políticas de subsidiação que o Estado obriga os consumidores a pagar aos produtores de eletricidade pela introdução das renováveis e de garantia de capacidade, levam a uma duplicação do preço para o consumidor final,¹ com maior agravamento para as famílias. Estas políticas resultam de dois objetivos dos agentes políticos ao longo das últimas três décadas. O primeiro foi maximizar o valor da EDP para privatizar e construir um “campeão nacional”,² e o segundo foi o de expandir a produção de energia eólica e co-geração, para além do que seria razoável. Estas duas políticas criaram em Portugal dois lobbies com grande influência política, com um significativo impacto na economia. Foram estas políticas de intervenção dos governos, via subsidiação, licenciamento e eliminação da concorrência, que levaram a sobrecustos, os conhecidos CIEGs (eufemisticamente conhecidos por Custos de Interesse Económico Geral) estimados pela ERSE em cerca de 22 mil milhões de Euros, entre 2004 e 2017.

A estrutura de mercado atual em Portugal resulta da herança de uma empresa pública que dominava o mercado até aos anos 90; do método de privatização que transformou um monopólio público em privado; da criação de um sistema de contratos de acesso à eletricidade que estabeleceram preços fixos e garantidos para os produtores com elevadas taxas de rentabilidade; da introdução de um setor produtor de energias renováveis e outras com acesso prioritário à rede e com preços garantidos muito acima do custo marginal de longo prazo do sistema existente; da eliminação quase completa da concorrência e do bloqueio de novas

¹ Incluindo o IVA.

² O grupo EDP é hoje o maior grupo económico português, segundo a Forbes. Em 2018, a EDP-Energias de Portugal estava na 518^a posição, com 17,8 mil milhões de USD de receitas globais, 1,3 mil milhões de lucros, 50,5 mil milhões de ativos, e 13,5 mil milhões de capitalização. Era a 1029^a em termos de capitalização. É uma das maiores empresas de energia a nível europeu (a nível de cotadas, a maior é a Enel italiana, na 75^a posição) e de produção de energia eólica a nível mundial. Tem particular importância nas eólicas nos EUA e na eletricidade no Brasil. As receitas em Portugal representam 42% do global, os ativos 58% e os lucros 32%.

entradas no mercado. De facto, atualmente, mais de 80% da produção tem apoio administrativo fixado pelo Estado e pago pelos consumidores!

E quais são os benchmarks? Nos mercados dos EUA onde se deu o unbundling das atividades de produção e de transmissão/transporte de eletricidade, tais como o mercado do Nordeste americano (Pennsylvania-New Jersey-Maryland (PJM)), o maior mercado grossista de eletricidade dos EUA, os preços a nível grossista foi de 1,6 Cents por kWh em 2017, o que se traduziria num preço final, sem impostos, de cerca de 3,3 Cents por kWh. Mesmo assim, o preço médio a retalho, com impostos, nos EUA em 2017 era de 10,8 Cents por kWh, cerca de metade da média na EU. O preço médio a retalho, com impostos, em Portugal foi de 18,3 Cents por kWh, sendo os mínimos verificados na Bulgária (9,8) e Hungria (10,3). Ou seja, os preços a retalho em Portugal são cerca do dobro dos países da Europa de Leste, países com quem concorremos nos mercados europeus. Se excluirmos todos os impostos e CIEGs, os preços de retalho em Portugal são cerca de três vezes mais do que do que no mercado do Noroeste dos EUA! Estes números provam a diferença abismal de eficiência do sistema e as enormes distorções introduzidas pela política energética.

Uma análise cuidada destes diferenciais obrigaría a separar os seguintes fatores, o que só é possível com modelos de otimização tecnológico-económicos: (i) ineficiências no segmento electro-produtor, derivadas do mix sub-ótimo de tecnologias e de ineficiência para cada tipo tecnológico; (ii) externalidades negativas criadas pelas tecnologias intermitentes sobre o restante sistema, nomeadamente nas centrais a gás; (iii) excessiva concentração no mercado da geração de eletricidade e consequências concorrentiais; (iv) “rendas excessivas” garantidas pelo Estado na fixação das tarifas de injeção prioritária no sistema elétrico (renováveis e co-geração); e “rendas excessivas” garantidas pelo Estado através dos CAEs/CMECs.

Citemos apenas dois casos paradigmáticos que estão incluídos. O governo realizou um conjunto de leilões para eólicas em que garantia o acesso prioritário à rede de transporte, a 100 Euros por MWh, entre 2005 e 2009, fazendo subir a capacidade instalada de 1 GW para mais de 5GW. Ora, não só a sequência de leilões mostrava que eram suficientes 75 Euros por MWH, como a Autoridade da Concorrência chamou a atenção do Governo, como a curva de redução de custos

estava em acentuada queda. Ora, o que muitos produtores fizeram foi obter o preço de venda de 100 e esperar alguns anos para a queda do custo de produção, que foi superior a 50%.

O que está errado nesta política? Primeiro, que o Estado celebre contratos sem possibilidade de revisão (ou indexação), em mercados com uma evolução tecnológica rápida. Ou então, em vez de garantir um preço final, atribuir um subsídio fixo ao investimento, deixando a escolha de tecnologia neutral, ou deixando que as condições de mercado ditassem a solução mais eficiente. Esta foi a política seguida nos EUA, onde o crédito fiscal atribuído foi de 25 Euros por MWh. E o que é extraordinário, é que esta política das renováveis continuou até agora. Se consultarmos o relatório anual da EDP renováveis, que tem uma quota de mercado elevada em Portugal, e é uma das maiores empresas de renováveis a nível mundial, verificamos que o preço médio que recebem das eólicas é cerca de 52 Euros por Mwh, enquanto que em Portugal continua a pagar-se cerca de 100 Euros por MWh!

Criaram-se mercados como o MIBEL, mercados grossistas e de futuros para a eletricidade, diz-se aos portugueses que o mercado de retalho está liberalizado, dando a impressão que existem mercados e concorrência: o que não é mais do que ficção, pois os preços ou margens “fixados” pelo Estado dominam cerca de 80% do mercado final, a capacidade de interligação com Espanha continua a ser menos de 10% do consumo final, e o que os comercializadores conseguem disputar são menos de 5 a 10% do preço final. Situação semelhante ao que acontece no mercado dos combustíveis, onde os problemas da concorrência já foram objeto de vários estudos da Autoridade de Concorrência.

Um outro setor fundamental para o funcionamento de uma economia é o setor financeiro. É aí onde se registam as transações financeiras, pelo que este setor é o melhor espelho do funcionamento de uma sociedade. É aqui que vemos refletidas questões de captura dos governos pelos interesses económicos, problemas de governação das sociedades não financeiras, as interligações entre grandes grupos económicos, a influência das interligações de diretórios das diferentes sociedades, a intervenção dos governos para favorecerem os campeões nacionais na atribuição de crédito, corrupção, e tantas outras fraquezas da nossa

economia e democracia. A análise do crédito mal-parado na banca é o melhor campo arqueológico para testar o impacto destes factores.

A combinação de má governação dos bancos, falhas da supervisão, e intervenções discricionárias dos governos na banca (por exemplo, através da CGD) provocaram perdas de cerca de 32 mil milhões de Euros, e custos para os contribuintes (em termos de dívida pública) de cerca de 25 mil milhões de Euros.

É bem conhecido que a crise global de 2007-2010 foi um grande falhanço da regulação e supervisão do sistema financeiro. Numa análise recente que empreendemos sobre os problemas em Portugal, destacamos:

- A fraca regulação da governação, que permite em Portugal e na Europa, a constituição de holdings que compreendem além do grupo financeiro, grupos não-financeiros, para onde a holding desvia recursos dos depositantes e investidores, sem a devida supervisão
- A questão de estruturas piramidais para controle familiar de grupos financeiros, muitas vezes levando à sub-capitalização de bancos ou de outras instituições financeiras
- A ligeireza na análise da idoneidade dos órgãos sociais, que esbarrou em Portugal com a interpretação dos supervisores do acórdão do Supremo Tribunal que fazia a equivalência de não idoneidade a condenação de crime, o que não se coaduna com o caráter presuntivo da idoneidade, em termos prudenciais, nem tão pouco se pode fazer o balanço jurídico de “restrição à profissão” com a potencial perda de milhares de milhões de Euros, que as ações de certos órgãos de administração provocaram. Como é que é possível manter a estabilidade financeira, se um CEO de um grande banco é acusado pelo supervisor, ou pelo MP de crime, e continua à frente do banco por largos anos, à espera que os tribunais tomem uma decisão?
- Como é possível um banco ter duas contabilidades paralelas, e usar um balcão fantasma para esconder prejuízos? Ou um banco público, ter uma subsidiária num offshore para esconder imparidades?

Reparemos, que só as perdas de bem-estar provocadas nestes dois setores, entre 2005 e 2011, são equivalentes a cerca de 30% do PIB de 2017.

Estes casos demonstram bem como uma má (ou falta de) regulação e supervisão, políticas económicas erradas, e o não respeito pela concorrência (e economia de mercado) podem causar danos enormes na economia.

2. Alguns casos da aplicação da lei da concorrência em Portugal

A importância de uma atuação independente, atempada e eficaz da Autoridade da Concorrência é demonstrada por alguns casos que a Autoridade tratou ao longo dos seus 15 anos de existência.

As práticas anti-concorrenciais compreendem as práticas ou acordos colusivos, nomeadamente os cartéis, e os abusos de posição dominante. Os cartéis fazem em média, subir os preços do consumidor entre 30 e 40%, segundo estudos que têm sido feitos do mais de milhar de casos que foram perseguidos em todo o mundo. As condições estruturais dos mercados propícias a este tipo de práticas são o pequeno número de participantes e a facilidade de coordenação e punição de desvios, embora tal possa ser facilitado por associações de empresas ou trusts. Do ponto de vista teórico, e segundo a teoria da Economia Industrial, o que está em causa são jogos do tipo do dilema do prisioneiro. Foi a exploração deste tipo de jogos que levou à introdução do “estatuto de clemência ou redução de pena”, que tem dado bastante bons resultados nas economias desenvolvidas. Em Portugal têm sido muitas vezes as empresas estrangeiras a denunciar, talvez porque menos têm a perder com a quebra do acordo, ou porque têm já uma melhor cultura de antitrust. Porque são acordos secretos, são difíceis de detetar, pelo que é imprescindível a denúncia pelos próprios ou pela agência que conduz o leilão/concurso público. De facto, entre nós como em vários países da EU, um número significativo de cartéis tem sido detetado nas “compras públicas”, denominados cambões. O caso das farmacêuticas foi denunciado pelo Centro Hospitalar de Coimbra, em 2000, e o caso recente das construtoras que prestam serviços de manutenção ferroviária também foi denunciado pelas Infraestruturas de Portugal, em 2018. Na Holanda, dezenas de construtoras

foram apanhadas em práticas colusivas, em meados dos anos 2000, e mais recentemente o mesmo aconteceu na Áustria.

O caso também recente dos seguros foi denunciado pela Tranquilidade, quando o novo acionista, o fundo americano Apollo tomou conta da empresa. E entre os acusados, a primeira empresa a reconhecer a participação e a pagar a coima antecipadamente, abstendo-se do direito de recorrer judicialmente foi a Fidelidade, controlada pelo grupo chinês Fosun. Também no caso das farmacêuticas, o mesmo aconteceu com a multinacional Johnson & Johnson.

Cartéis de fixação de preços e/ou repartição de mercados têm sido detetados em setores tão distintos como químicos, alimentares, de grandes equipamentos industriais, da banca (caso da taxa de juro Libor, e o caso em investigação em Portugal denunciado pelo Barclays), serviços a empresas, eletricidade, e muitos outros. E, os métodos de coordenação são cada vez mais sofisticados. No mundo digital em que vivemos, têm sido desenvolvidos algoritmos para a fixação de preços no comércio eletrónico que não são mais do que novas formas de práticas colusivas. Aqui a jurisprudência tem que evoluir, e reponderar o que significa “comunicação entre as empresas para acordo prévio”, reponderando o conceito de colusão tácita.

Os casos de abusos de posição dominante são mais difíceis de construir do ponto de vista processual, mas não devem ser menosprezados, e são estes que hoje ocupam o lugar mediático, nomeadamente na discussão das políticas para redução da desigualdade.

Infelizmente, nem sempre as autoridades têm atuado de forma intempestiva, e em tempo útil para evitar o “efeito de monopolização”. Por exemplo, no caso Microsoft, tanto as autoridades americanas como a Comissão actuaram de forma tardia e algo “atabalhada”. As práticas mais graves, a nosso ver, foram a cópia dos aplicativos hoje conhecidos por Microsoft Office e a eliminação da concorrência através da plataforma fechada da Microsoft, que se aproveitou de versões sucessivas do Windows para lançar novas versões dos aplicativos e assim antecipar-se aos concorrentes, que não tinham acesso ao código da plataforma. Quando as autoridades actuaram já os concorrentes tinham sido eliminados ou bastante fragilizados, e foi diminuto o impacto da “condição de inter-operabilidade” imposta pela Comissão como remédio.

Os processos movidos pela Comissão contra o Google, que já vão na terceira prestação, depois de multas na ordem dos 2 mil milhões de Euros, são reminiscentes daquele caso. Por exemplo, a Microsoft foi acusada de ter um acordo com os produtores de computadores para a pré-instalação não só do sistema operativo, mas aplicativos como o browser, Microsoft Explorer. Agora a Google é acusada de ter um acordo com os produtores de telemóveis, de instalar o sistema operativo Android, com os seus aplicativos, em detrimento das concorrentes. Não sei se alguém está lembrado dos ecrans que apareciam durante a instalação do sistema operativo no computador, com várias perguntas sobre se queria ou não instalar o Microsoft Explorer? Penso que este remédio pouco efeito acabou por ter.

Entre nós foram vários os processos da Autoridade contra a Portugal Telecom de abusos de posição dominante, com os quais havia eliminado ou fragilizado um vasto conjunto de empresas, nomeadamente um processo contra a recusa de acesso às condutas (infraestruturas essenciais), de preços predatórios, de bundling nos pacotes para aliciamento de clientes, de discriminação nos preços, entre outros. Hoje o que pensamos é que estes casos foram talvez demasiado sofisticados para a jurisprudência da altura nos nossos tribunais. Mas, conjugados com a atuação do regulador setorial, em grande parte “pressionado” pela legislação comunitária, devido à separação de redes “imposta pelo Governo”, e, em não menor medida, à evolução tecnológica, levaram a um corte para cerca de metade dos preços, em termos relativos ao Índice de Preços no Consumidor, desde 2000.

Outro caso paradigmático ocorreu com a Associação Nacional de Farmácias, e suas associadas, com, por exemplo, a prática de preços excessivos para o fornecimento de dados e estudos sobre mercado de medicamentos.

Recentemente a Autoridade emitiu uma nota de ilicitude contra a EDP por se apropriar de rendas excessivas no mercado da teleregulação, retirando da produção de eletricidade grupos electroprodutores que recebiam CMECs, mesmo sem produzir, e gerando eletricidade nos grupos que não recebiam aquelas compensações. Esta prática já tinha levantado as suspeitas dos reguladores, a Concorrência e a ERSE, em 2014, tendo levado o anterior Governo a impor

um limite aos preços cobrados pelos serviços de sistema. Foi também aquele governo que pediu uma auditoria ao Brattle Group, que apontou para ganhos anormais.

Não é possível conceber um regime de lei da concorrência sem controle de concentrações. De facto, o que se verificou na história do antitrust americano é que depois do Sherman Act que proibia os trusts e cartéis, houve uma onda de aquisições e fusões, entre grandes empresas, que permitiu às empresas contornar a lei. Só com o Clayton Act e o Federal Trade Commission Act, que impôs o controle de concentrações, se colmatou aquela deficiência da lei.

Mas o que está em causa não são, por exemplo entre nós, a cerca de centena de notificações que são feitas anualmente à Autoridade, mas sim os 3 a 5% de fusões ou aquisições que “sejam suscetíveis de criar entraves significativos à concorrência efetiva no mercado nacional ou numa parte substancial deste, em particular se os entraves resultarem da criação ou do reforço de uma posição dominante”. A atual redação da lei acolhe rigorosamente a formulação do Regulamento da Comissão de 2004, embora tivéssemos preferido o termo “substantial lessening of competition” (teste SLC das leis anglo-saxónicas), devido à dificuldade em caraterizar “concorrência efetiva”. Há que distinguir entre concentrações horizontais, ao mesmo nível do setor produtivo, e as concentrações verticais, geralmente menos problemáticas, em que uma empresa compra outra, na cadeia de produção.

As aquisições verticais colocam questões interessantes sobre a “teoria dos danos” ao consumidor que aquelas provocam. Em geral, as eficiências são obtidas pela eliminação do chamada dupla margem, mas podem existir situações em que a empresa pode utilizar a integração vertical para excluir ou fazer subir os custos dos seus rivais. Foi este o argumento utilizado pela Comissão para rejeitar a fusão entre a EDP e a Transgás, assim como a aquisição da Media Capital pela Altice, que teve a oposição da Anacom e depois a Autoridade não autorizou porque a Altice não apresentou remédios suficientes. Lembrando que a concentração vertical proposta envolvia os canais da TVI, a produtora Plural e o portal IOL, entre outros, e a Meo, a Autoridade detetou a existência de “sérios riscos de entraves à concorrência nos mercados de telecomunicações e de media, com impactos negativos nos consumidores”, podendo causar danos da ordem de 100 milhões de Euros por ano aos rivais.

Os mesmos entendimentos não tiveram os tribunais dos EUA que autorizaram a compra da Time Warner pela ATT, e onde se colocavam problemas semelhantes. Apesar do recurso do Department of Justice da decisão, esta foi confirmada pelo tribunal de 2^a instância, tendo sido considerado como uma das maiores derrotas da história do antitrust americano. É conhecido o amicus curiae enviado ao tribunal por um conjunto de reputados especialistas de antitrust, em que pediam a rejeição da fusão, com argumentos semelhantes ao caso da Altice-Media Capital. Porquê uma diferença tão acentuada a nível doutrinário? “The government’s objections that the district court misunderstood and misapplied economic principles and clearly erred in rejecting the quantitative model are unpersuasive,” escreveu a Juíza Judith W. Roger, em nome do painel de juízes. “Allowing these two giants to merge hands AT&T control of not only the largest distribution platform, but some of the most valuable content on television today,” diz Jonathan Schwantes, advogado da Consumers Union. A AT&T argumenta que necessita de comprar a Time Warner para melhor concorrer com a Netflix e Amazon, na medida em que um número crescente de consumidores estão a abandonar a televisão por cabo, a favor dos serviços de streaming que são mais baratos.

São, pois, estes casos, que são os que têm potencial de prejudicar seriamente os consumidores que interessam. Ora, é exatamente sobre estes casos que os Governos pretendem ou já intervêm, como no caso de Portugal, Reino Unido e Alemanha, onde o governo tem a prerrogativa de anular uma decisão de rejeição da fusão da Autoridade de Concorrência. Embora esta prerrogativa tenha sido usada muito poucas vezes, já houve vários casos polémicos, como o da Brisa-Autoestradas do Oeste em Portugal ou da Eon na Alemanha. No caso da Brisa, não só o governo de Sócrates-Manuel Pinho se substituiu à Autoridade para refazer a análise jus-concorrencial, o que está em contradição com a Lei da Concorrência, que apenas confere à Autoridade e aos tribunais esta competência, como invocou argumentos dúbios como “a necessidade da Brisa se internacionalizar” e “que a fusão contribuía para reforçar a capacidade de inovação da Brisa”. De facto, o que se tem observado é que a Brisa não teve capacidade de se internacionalizar devido aos enormes prejuízos que acumulou devido a erros na análise de projetos de investimento rodoviários, e não conseguimos

vislumbrar qual é a capacidade de inovação de uma empresa gestora de autoestradas, nem o impacto da fusão referida sobre essa capacidade.

Os exemplos aqui referidos atestam as dificuldades de aceitação da proposta Franco-alemã de aplicar a mesma regra a nível europeu.

Mas a atuação da Auroridade não se esgota nos processos anti-concorrenciais, as suas recomendações aos Governos, no domínio das políticas da concorrência, conhecido pelo termo advocacy, tem tido impactos muito significativos, mas que são menos conhecidos.

Vamos citar três caos.

Primeiro, o caso do “break-up” da PT na MEO e Zon (hoje NOS), ou mais conhecido por “spin-off”. A Autoridade desde o início da sua atividade atribuiu uma grande importância à promoção da concorrência nos setores dos não transacionáveis, onde não existe pressão da concorrência internacional. O caso da PT é mais um em que o governo privatizou um quase-monopólio, sem se preocupar com a performance em mercado. Depois de vários encontros com a Comissão, a Autoridade decidiu encomendar uma série de estudos à Universidade de New York, um incidindo sobre alternativas de unbundling da empresa (Nicholas Economiades) e outro sobre a eficiência (Jerry Green), coordenados por Luis Cabral. As duas principais conclusões foram: (i) a estimativa econométrica de uma fronteira económica de eficiência, tomando uma amostra de empresas de telecomunicações, revelava uma ineficiência superior a 30%; e (ii) das diversas alternativas de unbundling, a que se afigurava preferível, era a separação das redes de cabo e de cobre, através de um spin-off, e que poderia mesmo aumentar o valor para os acionistas. Apresentados estes trabalhos ao governo, o Primeiro-Ministro resolveu tomar o processo e negociar uma solução com os acionistas. Esta solução acabou por ser aceite pelos acionistas e foi anunciada pelo CEO da empresa após a rejeição da OPA sobre a PT.

Segundo, o caso das farmácias. Havia evidência de que existiam elevadas barreiras à entrada de novas farmácias, e que o serviço prestado por estas poderia ser melhorado significativamente. Um estudo encomendado à Universidade Católica do Porto veio quantificar os custos para os consumidores dos entraves à concorrência, e fazer uma série de

recomendações ao governo para aumentar a eficiência do setor. O Primeiro-Ministro Sócrates anunciou logo no discurso de apresentação do seu governo em 2005, que iria tomar uma série de medidas, nomeadamente a instituição das para-farmácias. Seguiram-se outras reformas, que foram difíceis de implementar por causa da oposição da ANF, mas é notável que estas medidas e outras tomadas no âmbito do Programa de Ajustamento levaram a uma descida dos preços dos medicamentos para o consumidor da ordem dos 14%, em termos reais, entre 2005 e 2016.

Terceiro, a fusão EDP-Transgás. Embora esta fusão estivesse sujeita ao escrutínio da Comissão Europeia, a Autoridade apercebeu-se da importância desta operação e da necessidade de debater as alternativas em termos concorrenciais do futuro dos mercados energéticos em Portugal, onde predominava, na eletricidade, depois da privatização, um quase-monopólio da EDP na produção, o monopólio natural do transporte em alta tensão atribuído à REN, e a distribuição à EDP. No gás natural havia um monopólio atribuído à Galp, embora uma das redes de distribuição regional fosse independente. Nestas matérias foi fundamental o estudo da Universidade de Cambridge, de David Newbery, que mostrava que (i) a fusão proposta teria efeitos negativos para os consumidores finais ao eliminar a concorrência entre o canal gás e o canal eletricidade, e sobretudo a nível das centrais a gás, onde a EDP poderia fazer subir o preço do gás para as rivais, (ii) os CMECs que estavam a ser negociados em substituição dos CAEs eram potencialmente mais prejudiciais para os consumidores que mesmo esta fusão, e (iii) era necessário incrementar a concorrência, primeiro criando dois grandes grupos que concorressem simultaneamente na eletricidade e no gás (que poderiam ser a EDP e a Galp), segundo, limitando o poder de mercado na produção de eletricidade da EDP dando licenças de produção adicionais à Endesa, Iberdrola e Galp, atribuindo centrais hídricas a outros operadores por concurso, e introduzindo leilões de capacidade. De todas estas sugestões, apenas a rejeição da fusão foi concretizada, com os problemas que se enunciaram no ponto 1.

Depois do primeiro mandato da Autoridade este instrumento fundamental da sua atuação foi minorado, o que do nosso ponto de vista, veio limitar o seu impacto, mas nos anos mais recentes há uma recuperação deste instrumento, por exemplo, para os casos das restrições às profissões liberais e plataformas de transportes.

3. Problemas do controle judicial da concorrência

Comecemos por analisar o resultado final mais importante, em termos dissuasórios: qual foi o montante das coimas aplicadas. Durante os 15 anos da AdC esta decidiu 39 processos (ver Gráfico 1) de restrição da concorrência, tendo aplicado coimas no montante de cerca de 198 milhões de Euros. No entanto, numa grande parte destes processos, os tribunais, nomeadamente o TCL, anulou³ ou reduziu substancialmente as coimas, tendo o montante efetivo de coimas sido inferior a 20 milhões de Euros, ou seja, menos de 10% do valor em que as empresas visadas tinham sido condenadas pelo Conselho da AdC.⁴ Por exemplo, a PT nunca foi condenada em nenhum processo de abuso de posição dominante, tendo sido condenada a quase 100 milhões de Euros, no processo de acesso a condutas e no processo de circuitos eletrónicos. Para a Comissão Europeia aquela taxa de aprovação é superior a 90%.

Gráfico 1

³ Num dos primeiros processos de práticas restritivas, de condenação do cartel das farmacêuticas, no caso dos produtos para diabéticos, o TCL anulou a decisão porque esta continha um gráfico na sua versão final. Ora este gráfico apenas ilustrava a descrição literária dos preços praticados nos concursos objeto do cartel e que eram descritos, com todo o pormenor, no texto. O Tribunal contestava com base no exercício do direito de defesa.

⁴ É importante enfatizar que a informação sobre a taxa de aprovação deve ser complementada pela informação do denominador, pois uma autoridade pode ter uma elevada taxa de aprovação sobre um pequeno valor de coimas, o que significa que não houve praticamente processos ou esses processos não tiveram grande relevância, ou pura e simplesmente não aplicou coimas.



Fonte: Relatórios da AdC

Embora nos primeiros anos de aplicação do Direito da Concorrência, e sobretudo a nível processual, outras Autoridades Nacionais tenham experimentado uma taxa da ordem dos 40 a 50%, não é do nosso conhecimento que a nível europeu exista um país onde a taxa de aprovação seja tão baixa como em Portugal. Para autoridades com o rating semelhante ao nosso⁵ a taxa de aprovação é superior a 70%-80%. No caso da Autoridade do Reino Unido, que tem um track record de processos cerca do dobro do português, o que é relativamente baixo no contexto europeu, a taxa de aprovação para o período de 2009-2018 é de 86%, sendo o CAT (Competition Appeals Tribunal) bastante rigoroso e ativo no controle dos processos do OFT/CMA. Conforme o relatório anual do OFT de 2011/2012 refere: "Overall our record is strong. During the course of the Competition Act regime, fewer than five per cent of parties subject to OFT decisions have been successful in overturning OFT decisions on liability at appeal."⁶

⁵ O mais conhecido rating das Autoridades Nacionais da Concorrência é o da Global Competition Review, que nos atribuiu um rating inicial de 3 em 5 estrelas em 2007, a par da França e Dinamarca.

⁶ Pagina 18

Este é um fenómeno que muito interessaria explicar, procurando justificações mais detalhadas e identificando lições para o futuro.

A parca jurisprudência, em nosso entender, deve-se em primeiro lugar à prescrição dos processos, e em menor importância à sua declaração de nulidade por razões processuais. São poucos os processos onde se pode observar o controle jurídico de questões substantivas. Esta limitação não deixa de ser preocupante, pois reduz em grande parte a capacidade dissuasora das leis da concorrência no nosso país. Resta-nos confiar na doutrina e jurisprudência a nível comunitário, mas que mesmo assim tem tido bastantes problemas na sua aplicação a casos portugueses.

Um dos problemas que tem sido apontado é a falta de formação dos juízes que nas matérias bastante complexas do Direito e Economia da Concorrência. Os juízes portugueses têm sido os que mais têm beneficiado de ações de formação dos programas comunitários. Contudo, essa formação, apenas aflora aspectos gerais sendo manifestamente insuficiente para julgar qualquer caso concreto de concorrência.

Perante alguns destes problemas, o legislador alterou em 2012 a estrutura institucional de recursos, criando o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, com sede em Santarém. Esta solução veio a agilizar e dar maior conteúdo aos respetivos acórdãos. De facto, permitiu ter um tribunal especializado nestas questões, e que já permitiu uma subida da taxa de aprovação nos últimos anos. A taxa de aprovação desde a sua incepção subiu de 2,7% no quinquénio 2008-2012 para 21% no quinquénio 2013-2017.⁷ Note-se que alguns dos juízes que ocupam a cadeira daquele tribunal já tiveram a possibilidade de ter uma formação especializada, embora subsistam alguns receios sobre a possibilidade de ter uma carreira especializada nestas matérias.

⁷⁷⁷ No entanto, deve referir-se que depois dos primeiros 6-8 anos da AdC, não só os processos de práticas restritivas se reduziram drasticamente em termos dos mercados relevantes, como das coimas aplicadas. Assim, terá sido a própria AdC a reduzir drasticamente as coimas, por força do tipo de práticas restritivas, o principal fator do aumento da taxa de aprovação.

A solução do tribunal especializado já existia no Reino Unido desde 2003, mas exceto o nome (e mesmo assim com importantes diferenças), nada mais foi transposto para Portugal. O Competition Appelas Court é um tribunal de recursos das decisões das autoridades da concorrência⁸ e dos reguladores setoriais, mas de alta instância. O seu presidente é um juiz do High Court, sendo coadjuvado por dezasseis juízes e com especialistas juristas em concorrência, com mais de 8 anos de experiência. O atual especialista da concorrência é o Hon. Peter Freeman, que foi anteriormente presidente da Competition Commission, e que sucedeu ao Professor Bellamy, autor do famoso tratado sobre direito da concorrência “Bellamy & Child”.⁹

Uma outra solução dentro da estrutura institucional portuguesa, que não chegou a ser estudada, que nos pareceria merecer consideração, era criar uma secção ou câmara especializada no Tribunal de Relação de Lisboa.

4. Alguns problemas da regulação e do controle judicial

Vamos terminar, colocando três problemas que nos parecem fundamentais na regulação.

Primeiro, é o problema da morosidade e “leveza” na atuação da justiça nos casos de crimes dos gestores bancários. Recorde-se que as autoridades de regulação e tribunais já aplicaram multas num total de 300 mil milhões de Euros aos grandes bancos a nível mundial. Destes cerca de 40% foram aplicados nos EUA a 4 grandes bancos, sendo as maiores ao Bank of America.

Os únicos processos para os quais já existe transição em julgado em Portugal, referem-se ao BPN, que mesmo assim, para a gravidade e as elevadas perdas do banco, nos parecem de montante reduzido. Estes processos levaram cerca de 10 anos a produzir efeitos. Será que o

⁸ Até 2012 o Office of Fair Trade e a Competition Commission, que depois foram fusionados no Competition and Markets Authority.

⁹ Também em Frnça, o Cour de Cassacion, que julga os recursos da autoridade de concorrência, é um tribunal superior, e tendo tido elementos que não são juízes de carreira, como é o caso do Prof. Frederic Jenny, chairman do Competition Committee da OCDE há mais de duas décadas.

mesmo se irá verificar com o BES, por exemplo, o que atira qualquer conclusão para meados da próxima década, e trata-se de um caso bastante mais complexo que o do BPN.

Do nosso ponto de vista, não há boa regulação nem supervisão, se não houver o controle adequado e dissuasor da parte dos tribunais, como se referiu também para o caso da concorrência.

Duas outras questões relevam agora diretamente das medidas e métodos de regulação económica setorial.

Bastará controlar apenas preços e qualidade de serviço? A questão da “desnatação das rendas excessivas” para criação de conglomerados globais é um problema que mereceria maior atenção pelo legislador e reguladores. Como foi possível à EDP ter-se transformado na maior empresa portuguesa e uma das maiores de eletricidade a nível europeu? E como foi possível à PT ter também até 2014 ter-se expandido internacionalmente, com os desastres conhecidos das operações no Brasil, onde parece ter havido influência política e de grandes interesses económicos nacionais, que acabaram por causar elevados prejuízos para os portugueses (em termos de investimento e de efeitos sobre os bancos).

Para além do problema de governação, não seria de contemplar uma medida regulatória que obrigasse não só o monopólio natural, mas os operadores em posição dominante, a reinvestir os seus lucros nas jurisdições onde atuam?

Ligado à questão anterior temos também a questão da estabilidade financeira das empresas em situação de monopólio natural ou em posição dominante. De facto, o regulador da eletricidade procura controlar os planos de investimento da REN e assegurar-se da sustentabilidade financeira, mas o mesmo não existe, por exemplo, para as telecomunicações e outros setores onde há regulação – exceto nos aeroportos. Ora, não há dúvida que uma grande empresa num setor regulado, pode por em causa os preços, a qualidade de serviços, e mesmo a sua sustentabilidade, caso não tenha uma gestão financeira, nomeadamente a sua alavancagem, prudentes. Esta questão foi objeto recentemente de uma consulta pública pelo regulador espanhol, que pretende introduzir este tipo de regulação em todos os setores que regula.

5. Conclusões

Uma das condições necessárias para uma economia de mercado funcionar eficientemente é que os mercados sejam concorrenenciais. Este princípio básico foi esquecido no caso das privatizações que ocorreram nos anos 1990 dos setores das telecomunicações e energia. Os segmentos dos monopólios naturais foram separados (unbundled) dos restantes no caso da eletricidade, mas não no caso das telecomunicações e gás. Mas mesmo nos mercados de produção de eletricidade poderia ter-se criado um mercado com menor concentração através de um licenciamento e concessões que diversificasse os operadores.

As intervenções de política económica para criar campeões nacionais na energia e nas telecomunicações (neste setor até ao debacle de 2014), causaram elevados sobre-custos para a economia, prejudicaram a competitividade e reduziram desnecessariamente o bem-estar do consumidor.

A utilização deficiente, e mesmo a não utilização, de técnicas de benefícios e custos na avaliação de grandes projetos de investimento, por exemplo, nas renováveis e nas autoestradas, provocaram elevadas perdas económicas e sociais, tanto para os contribuintes como para os privados.

A reforma da nossa democracia exige que os governos atuem “at arms’ length” dos grupos de interesse privado, pondo o interesse público acima dos interesses privados. Mas descobrir qual é a melhor forma de prosseguir o interesse público é necessário utilizar as melhores técnicas económicas e tecnológicas, para maximizar o bem-estar social ao menor custo. Isto implica que a noção de eficiência seja colocada no centro da gestão do Estado.

Finalmente, não só é necessário melhorar a eficiência das instituições e técnicas de regulação e supervisão, mas é fundamental que o controle judicial se modernize e reconheça que o crime e má gestão intencional das empresas provoca danos económicos que são de uma gravidade e custo social elevado.

