

O ESTADO PORTUGUÊS SERIA CONDENADO? AS BUSCAS EFECTUADAS PELA AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA E O ARTIGO 6.º, N.º 1, DA CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM

*Sara Rodrigues/Dorothee Serzedelo**

ABSTRACT: The present article intends to determine whether the Portuguese legal system concerning dawn raids carried out by the Portuguese Competition Authority complies with Article 6(1) of the European Convention on Human Rights, granting the undertakings the right to challenge both the legality of the dawn raid and the way it was conducted, and granting them the possibility of obtaining a decision within a reasonable time. In order to establish whether Portuguese law complies with the European Convention on Human Rights, two recent cases in which France was condemned by the European Court of Human Rights will be considered.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Os acórdãos *Canal Plus* e *Primagaz*, do TEDH, de 21.12.2010. 1.1. Súmula dos acórdãos. 1.2. O regime francês, consagrado no *code de commerce*, relativo às diligências de busca e apreensão no âmbito de procedimentos por infracção às regras da concorrência. 1.2.1. O *code de commerce* na redacção anterior à *ordonnance* n.º 2008-1161, de 13.11.2008. 1.2.2. O *code de commerce* na redacção resultante da *ordonnance* n.º 2008-1161, de 13.11.2008, e as disposições transitórias incluídas nessa *ordonnance*. 1.3. Conclusões do TEDH nos dois acórdãos em análise. 1.4. Posição da *cour d'appel* de Paris relativamente à recente jurisprudência do TEDH. 2. O regime jurídico português relativo a diligências de busca e apreensão efectuadas pela Autoridade da Concorrência. 2.1. As buscas efectuadas pela Autoridade da Concorrência. 2.2. As possibilidades de reacção judicial contra a autorização de realização de diligências de busca e/ou contra o modo como as mesmas decorreram. 2.3. Da compatibilidade do regime legal das buscas, consagrado na Lei n.º 18/2003, com o artigo 6.º da Convenção. Conclusões.

* Juristas no Departamento de Práticas Restritivas da Autoridade da Concorrência. As opiniões expressas neste artigo são da exclusiva responsabilidade das Autoras e não vinculam, a qualquer título, a Autoridade da Concorrência.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objectivo aferir da compatibilidade do regime das buscas efectuadas pela Autoridade da Concorrência (Autoridade) com o artigo 6.º, n.º 1, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (Convenção ou CEDH)¹, ou seja, pretende-se analisar se o sistema jurídico português concede às empresas alvo de diligências de busca, recolha e apreensão, efectuadas por aquela Autoridade², o direito de interpor recurso judicial sobre a admissibilidade dessas diligências e o modo como as mesmas decorreram, obtendo, de “*um tribunal independente e imparcial*”, uma decisão em “*prazo razoável*”.

Para melhor dilucidar a questão em causa, socorrer-nos-emos de dois recentes acórdãos do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (Tribunal ou TEDH) – *Société Canal Plus et a. c. France (Canal Plus)* e *Compagnie des gaz de pétrole Primagaz c. France (Primagaz)*³ –, no âmbito dos quais o Tribunal condenou o Estado francês por violação do normativo em apreço⁴.

1 O “*instrumento de ratificação [da Convenção] foi depositado no dia 9 de Novembro de 1978 – Diário da República, 1.ª Série, de 2 de Janeiro de 1979 [...] – pelo que a partir daquela data, a Convenção passou a estar em vigor relativamente a Portugal [...]*. A Convenção vincula, assim, o Estado português na ordem jurídica interna e na ordem jurídica internacional” (cf. Barreto, 2010: 32-33). Sobre a CEDH e a vinculação de Portugal à Convenção, entre muitos outros, cf. Barreto, 2010, 32-63; Lopes, 2009: 57-58; e Cardona Ferreira, 2007: 895-896.

O n.º 1 do artigo 6.º da CEDH dispõe que “[q]ualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela [...]”.

2 Nos termos do disposto na alínea c) do n.º 1 do artigo 17.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho (Lei n.º 18/2003 ou Lei da Concorrência), a Autoridade, no exercício dos seus poderes sancionatórios e de supervisão, pode “[p]roceder, nas instalações das empresas ou das associações de empresas envolvidas, à busca, exame, recolha e apreensão de cópias ou extractos da escrita e demais documentação, quer se encontre ou não em lugar reservado ou não livremente acessível ao público, sempre que tais diligências se mostrem necessárias à obtenção de prova”.

3 Ambos proferidos em 21.12.2010, pela 5.ª secção do TEDH, respectivamente, n.º 29408/08 e n.º 29613/08, e disponíveis na base de dados *online* do Tribunal, in: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr>, consultado em 31.05.2011. Estes acórdãos só se encontram disponíveis em língua francesa, sendo a sua adaptação para língua portuguesa da responsabilidade das Autoras.

4 Apesar do teor literal do artigo 46.º, n.º 1, da Convenção, que se refere apenas às sentenças definitivas, do qual decorre apenas o efeito *inter partes* dos acórdãos, o Tribunal considera, sem o admitir expressamente (nomeadamente no acórdão *Irlanda vs. Reino Unido*, de 18.01.1978, série A, n.º 25), que a sua jurisprudência deve ser tida em conta pelos demais Estados-parte (neste sentido, cf. Pires, 2006: 6). Mas, apesar da autoridade *erga omnes* da jurisprudência do TEDH, de algum modo imposta pelo próprio Tribunal, os efeitos das suas sentenças não podem anular ou abrogar, *per se*, disposições internas dos Estados, assumindo, pois, um carácter meramente declarativo. Relativamente à executividade das sentenças proferidas pelo TEDH, “*temos de reconhecer que, no sentido técnico da expressão, ela encontra-se ausente do sistema instituído pela CEDH, dado que as decisões do TEDH, mesmo quando comportem uma dimensão condenatória [...] não*

Em ambos os casos estavam em causa diligências de busca e apreensão efectuadas pela Administração francesa, no âmbito de procedimentos instaurados por indícios de violação das normas da concorrência⁵, tendo o Tribunal considerado que o regime legal vigente à data dos factos não cumpria os requisitos do n.º 1 do artigo 6.º da CEDH, nomeadamente ao não permitir às empresas alvo das referidas diligências um recurso jurisdicional efectivo de reacção contra o despacho que as autorizou e/ou a obtenção de uma decisão (sobre esse recurso) em prazo razoável.

Faremos, posteriormente e *mutatis mutandis*, o paralelo para o nosso sistema jurídico, de forma a que, analisado o regime das buscas efectuadas pela Autoridade da Concorrência, se possa aferir da sua conformidade, ou não, com o artigo 6.º, n.º 1, da CEDH.

Atento o escopo deste trabalho, só analisaremos as posições defendidas nos acórdãos em causa, pelas partes e pelo Tribunal, relativas ao n.º 1 do artigo 6.º da CEDH, pelo que deixaremos de fora do presente texto outras questões, aliás interessantes, também abordadas nesses arestos, relativas ao respeito pelo domicílio, à liberdade de expressão e à liberdade de imprensa, tanto mais que cada uma delas justificaria, *per se*, uma análise autónoma.

1. OS ACÓRDÃOS *CANAL PLUS* E *PRIMAGAZ*, DO TEDH, DE 21.12.2010

Comecemos então por analisar, de forma sumária e só no que ao objecto deste trabalho diz respeito, os dois referidos acórdãos.

1.1. Súmula dos acórdãos

No passado dia 21 de Dezembro, o TEDH proferiu os dois referidos acórdãos – *Canal Plus* e *Primagaz* – nos quais condenou a França por violação do disposto

constituem título executivo, sendo o processo de controlo da execução eminentemente político" (cf. Ferreira, 2007: 917). A quase inexistência de instrumentos de "coercibilidade directa" dá relevo aos instrumentos de pressão "de tipo diplomático e de opinião pública", nomeadamente procedimentos de acompanhamento e monitorização (cf. Lopes, 2009: 184). Cardona Ferreira chama, no entanto, a atenção para a capacidade do sistema instituído pela CEDH e, designadamente, pela jurisprudência do TEDH, para influenciar a decisão política e legislativa e a orientação dos tribunais superiores dos diferentes Estados e, como tal, também de Portugal (Ferreira, 2007: 931-932). Pelo que a execução das sentenças do TEDH depende do próprio Estado interessado, sobre o qual impende uma simples obrigação de resultado, devendo tomar medidas para pôr termo à violação constatada, podendo escolher os meios para alcançar tal resultado; escolha que deriva do carácter subsidiário do sistema europeu dos Direitos do Homem (cf. Lopes, 2009: 179).

5 No caso *Canal Plus* existiam indícios de práticas anticoncorrenciais nos mercados da gestão de direitos de marketing no futebol profissional e da publicidade efectuada nos estádios de futebol. No caso *Primagaz* estavam em causa eventuais práticas anticoncorrenciais no mercado do enchimento e comercialização de botijas de gás para uso doméstico.

no n.º 1 do artigo 6.º da Convenção, por um lado, por ter considerado inexistir, no sistema francês vigente à data dos factos em apreço, a consagração legal de um recurso jurisdicional efectivo do despacho que autoriza a realização de diligências de busca na sede⁶ das empresas alvo de investigação, por violação das normas da concorrência, e, por outro, pela impossibilidade de as empresas obterem uma decisão judicial em prazo razoável.

Os factos em apreço nos dois acórdãos são semelhantes, tendo sido analisados judicialmente à luz dos mesmos normativos legais, semelhanças que se estendem aos argumentos aduzidos pelas partes e às conclusões proferidas pelo Tribunal. Tal similitude levou o TEDH a operar remissões de um acórdão para o outro (cf. § 14 do acórdão *Primamaz*) e motiva a análise conjunta que levaremos a cabo no presente texto.

Em ambos os casos em análise, e perante indícios de infracção ao artigo L 420-1 do *code de commerce* (CC)⁷, a *Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes* (DGCCRF)⁸ solicitou as devidas autorizações judiciais junto do *juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance* (*juge des libertés*) – respectivamente, de Paris, no caso *Canal Plus*, e de Lille, no caso *Primamaz* – juiz para o efeito competente⁹, nos termos do disposto no artigo L 450-4 do CC, na redacção vigente à data dos factos.

A Administração obteve os despachos de autorização e realizou as referidas diligências de busca e apreensão, respectivamente, em Fevereiro e Junho de 2005.

As empresas visadas interpuseram recurso, para a *Cour de cassation*, do despacho judicial que autorizou as diligências. À data dos factos, como se verá

6 Nos casos em apreço, as buscas foram efectuadas quer na sede das empresas visadas, quer em outros estabelecimentos às mesmas pertencentes, o que a lei permite (artigo L 450-3 do *code de commerce*). Por facilidade de expressão, referir-nos-emos tão-só à sede das empresas.

7 Código de Comércio Francês. No sistema francês, as normas que tutelam a defesa da concorrência encontram-se incluídas no *code de commerce*, no Livro IV, sob a epígrafe “*Da liberdade dos preços e da concorrência*”.

8 A Autoridade da Concorrência francesa (*Autorité de la concurrence*) só veio a ser posteriormente criada através da Lei n.º 2008-776, de modernização da economia, de 4.08.2008 (título II), em substituição do *Conseil de la concurrence*. Para mais desenvolvimentos sobre as investigações realizadas pela DGCCRF, cf. Marie, 2008: 112 ss.; e acerca das relações entre a *Autorité de la concurrence* e a DGCCRF, cf. Homobono, 2010: 7 ss..

9 No sistema francês, o *juge des libertés* é competente para a prática, em processo penal, de diversos actos em sede de inquérito, *v.g.*, decidir sobre medidas de coacção (artigo 145.º do *code de procédure pénale*). É, ainda, competente para a prática de actos de inquérito em regimes especiais, como sucede, *v.g.*, nos processos por infracção ao regime da concorrência, como já vimos, e nos processos por infracção fiscal (artigo L 16B do *livre des procédures fiscales*).

infra, a única forma de reacção contra aquele despacho era através de um recurso *en cassation* (a *Cour de cassation* só aprecia matéria de direito, julgando em última instância).

Em ambos os casos, a *Cour de cassation* rejeitou os recursos interpostos pelas empresas, afirmando, de entre o mais, que o disposto no artigo L 450-4 do *CC* não contrariava o n.º 1 do artigo 6.º da CEDH, na medida em que foi garantido às empresas visadas o direito a um processo equitativo¹⁰ e a um recurso efectivo, tanto pela intervenção, em um primeiro momento, do *juge des libertés*, que aprecia o bem fundado do pedido da Administração, como pelo controlo, *a posteriori*, em matéria de direito, efectuado pela própria *Cour de cassation*¹¹.

No processo *Canal Plus*, em simultâneo ao recurso anteriormente referido, as empresas visadas recorreram, ainda, para o *juge des libertés* territorialmente competente, relativamente ao modo como decorreram as diligências. Tendo o juiz aceite parcialmente este recurso, a Administração recorreu para a *Cour de cassation*, que, em última instância, julgou procedente este último recurso, revogando, sem reenvio, a sentença do *juge des libertés* que dera razão às empresas visadas¹².

Em ambos os casos foram interpostos recursos para o TEDH pelas empresas alvo das diligências de busca, pedindo ao Tribunal que apreciasse, de entre o mais, uma eventual violação do artigo 6.º, n.º 1, da CEDH¹³. As empresas apoiaram a sua pretensão nas conclusões retiradas pelo TEDH na paradigmática jurisprudência *Ravon*¹⁴.

10 Este requisito (processo equitativo) tem de ser aferido casuisticamente, exigindo-se “*que cada uma das partes tenha possibilidades razoáveis de defender os seus interesses numa posição não inferior à da parte contrária*” e cumprindo ao tribunal “*proceder a um exame efectivo dos meios, argumentos e elementos de provas oferecidas pelas partes*” (cf. Barreto, 2010: 165).

11 O acórdão da *Cour de cassation* no âmbito do processo *Primagaz* (*chambre criminelle*, n.º 06-82077, de 28.11.2007) encontra-se disponível, tal como os demais acórdãos da *Cour de cassation* referidos ao longo do artigo, in: <http://www.legifrance.gouv.fr/rechJuriJudi.do?reprise=true&page=1>, consultado em 31.05.2011. Esta *Cour* já se pronunciara anteriormente no mesmo sentido, como disso são exemplo os acórdãos da *chambre criminelle* da *Cour de cassation*, n.º 04-87351, de 8.03.2006, e n.º 04-85230, de 11.01.2006.

12 Cf. acórdão da *chambre criminelle* da *Cour de cassation*, de 14.11.2007, n.º 05-85739.

13 Uma das ideias-chave durante a preparação da CEDH “*era a crença nos direitos humanos, não como vagas generalidades, mas com concretização bastante para serem sancionados por um tribunal*”, podendo, pois, ser invocados judicialmente por qualquer pessoa, individual ou colectiva (neste sentido, cf. Lopes, 2009: 51).

14 Cf. acórdão do TEDH, *Ravon et a. c. France*, n.º 18497/03, de 21.02.2008, in: <http://cmiskp.echr.coe.int/tpk197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=ravon&sessionId=67951261&skin=hudoc-fr>, consultado em 31.05.2011. Neste caso, em que se discutia a realização de diligências de busca domiciliárias

As empresas recorrentes invocaram, *grosso modo*, como fundamento de recurso para o TEDH, a violação do seu direito a um recurso efectivo dos despachos judiciais que autorizaram a realização das diligências de busca por parte da Administração, por *i*) na versão do *CC* vigente à data dos factos, só poderem recorrer para a *Cour de cassation*, a qual só aprecia matéria de direito; e *ii*) no regime previsto nas disposições transitórias constantes da *ordonnance* n.º 2008-1161, de 13.11.2008, e aplicável aos casos em análise¹⁵, o recurso daquele despacho para a *cour d'appel* de Paris só ocorrer vários anos após a realização das diligências, ultrapassando, assim, o prazo razoável previsto no artigo 6.º, n.º 1, da CEDH, e estar dependente de as empresas virem a interpor recurso de uma eventual decisão final condenatória.

As empresas invocaram, ainda, em resposta às alegações do Estado francês, a falta de independência da *cour d'appel* de Paris que, de acordo com o regime transitório previsto no artigo 5.º da *ordonnance* de 2008, aprecia, simultaneamente, em sede de recurso interposto da decisão final da *Autorité de la concurrence*¹⁶, se os indícios apresentados pela Administração eram suficientes para autorizar a realização das buscas e se os elementos recolhidos no âmbito daquelas diligências são suficientes para sustentar uma decisão condenatória.

1.2. O regime francês, consagrado no *code de commerce*, relativo às diligências de busca e apreensão no âmbito de procedimentos por infracção às regras da concorrência

Antes de analisarmos as conclusões do Tribunal nos dois acórdãos *sub judice*, vejamos, sem qualquer pretensão de rigorosa análise em termos de direito comparado, quais as possibilidades de reacção contempladas naquele *code*, contra o despacho que autoriza as diligências e o modo como as mesmas decorrem.

no âmbito de um processo por indícios de fraude fiscal, o TEDH considerou que o recurso para a *Cour de cassation*, previsto no *livre des procédures fiscales*, do despacho que autoriza as buscas domiciliárias, não preenche os critérios de um recurso efectivo, à luz do n.º 1 do artigo 6.º da CEDH, na medida em que aquela *Cour* só julga matéria de direito, não podendo reapreciar a matéria de facto.

15 Como veremos, esta *ordonnance* contém, no seu artigo 5.º, § IV, disposições transitórias no sentido de permitir um recurso para a *cour d'appel* de Paris do despacho judicial que autorizou as diligências de busca, conjuntamente com o recurso que as empresas venham a interpor da decisão final da *Autorité de la concurrence*, se não tiver existido recurso para a *Cour de cassation* ou o mesmo tiver sido julgado improcedente.

16 Das decisões da *Autorité de la concurrence* cabe recurso, sem efeito suspensivo, para a *cour d'appel* de Paris e, do acórdão desta *cour*, recorre-se, *en cassation*, para a *Cour de cassation* (tudo nos termos do artigo L 464-8 do *CC*).

Analisaremos, tal como o fez o Tribunal nos acórdãos em apreço (ponto II do acórdão *Canal Plus*), o artigo L 450-4 do *CC*, quer na versão anterior à *ordonnance* n.º 2008-1161, de 13.11.2008, quer na versão posterior à sua publicação, bem como o regime resultante das disposições transitórias constantes dessa *ordonnance*, que foi aplicado aos casos em análise.

1.2.1. O *code de commerce* na redacção anterior à *ordonnance* n.º 2008-1161, de 13.11.2008

Os artigos L 450-1 a L 450-8 do *CC* disciplinam o regime das buscas efectuadas no âmbito dos procedimentos por infracção às regras da concorrência. À data dos factos em apreço¹⁷ aquelas diligências eram realizadas pela DGCCRF, tendo os funcionários daquela Direcção-Geral de ser, para o efeito, habilitados pelo Ministro da Economia e das Finanças (artigo L 450-1, § 1)¹⁸.

Adicionalmente, a realização das diligências encontrava-se dependente da obtenção de uma autorização judicial, emitida pelo *juge des libertés* territorialmente competente. Tal autorização dependia da verificação, por parte desse juiz, da cabal fundamentação do requerimento apresentado pela Administração, do qual deviam constar todos os elementos de informação e indícios existentes que justificassem o pedido de realização das diligências de busca.

Os funcionários que procediam às buscas tinham poderes para inquirir, no local, quaisquer pessoas, incluindo os representantes legais das empresas alvo dessas diligências. No decurso das mesmas podia ser apreendida qualquer documentação (independentemente de se encontrar em papel ou em suporte informático¹⁹).

As diligências em causa eram efectuadas sob a autoridade e supervisão do juiz que as autorizara, o qual, a qualquer momento, podia deslocar-se ao local onde decorriam as buscas e ordenar a sua suspensão.

17 À data dos factos vigorava o artigo L 450-4 do *CC* na redacção resultante da entrada em vigor da *ordonnance* n.º 2004-1173, de 4 de Novembro, disponível in: http://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do;jsessionid=9Do2795FE7CD0E43103EC4807AEEACBD.tpdj004v_1?idArticle=LEGIART1000006232422&cidTexte=LEGITEXTooooo5634379&categorieLien=id&dateTexte=20081114, consultado em 31.05.2011.

18 Habilitação efectuada através do *arrêté* de 22.01.1993, disponível in: http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=BACD7FC458D9F2032192990D54317C21.tpdj016v_1?cidTexte=JORFTEXT00000178208&dateTexte=20100418, consultado em 31.05.2011.

19 Refira-se que a apreensão de documentos em suporte informático encontra-se expressamente prevista no artigo L 450-4 do *CC*, na redacção resultante da entrada em vigor da Lei n.º 2001-420, de 15 de Maio, que, no seu artigo 77.º, procedeu à alteração, *inter alia*, deste artigo L 450-4 do *CC*.

As diligências só podiam decorrer entre as seis e as vinte e uma horas, na presença do representante legal da empresa ou, na sua ausência, de um representante por aquele indicado (ou, caso tal não fosse possível, escolhiam-se duas testemunhas de entre os funcionários presentes)²⁰.

O artigo L 450-4 do *CC* previa expressamente duas possibilidades de recurso, sem efeito suspensivo, por parte das empresas sujeitas às diligências de busca: *i*) um recurso, para a *Cour de cassation*, que tinha como objecto o despacho judicial que autorizava as buscas²¹; e *ii*) um outro recurso relativo ao decurso das diligências, a interpor para o juiz que as autorizou. Da decisão do juiz sobre este último recurso podia ainda recorrer-se *en cassation*²².

À excepção do regime dos recursos, cuja alteração analisaremos de seguida, os demais pressupostos anteriormente referidos mantêm-se na actual redacção do artigo L 450-4 do *CC*²³, mas tendo tais diligências passado, em regra, a ser realizadas pelos funcionários da *Autorité de la concurrence* (os quais necessitam de ser habilitados, para o efeito, pelo *rapporteur général* dessa autoridade, nos termos do artigo L 450-1, § 1, do *CC*).

1.2.2. O code de commerce na redacção resultante da ordonnance n.º 2008-1161, de 13.11.2008, e as disposições transitórias incluídas nessa ordonnance
Posteriormente à prolação, pela *Cour de cassation*, dos acórdãos relativos aos vários recursos interpostos pelas empresas visadas nos dois casos em apreço, o TEDH proferiu o emblemático Acórdão *Ravon*, relativo a buscas domiciliárias no âmbito de um procedimento por indícios de fraude fiscal²⁴.

20 Conforme o disposto no § 7 do artigo L 450-4 do *CC*, na redacção vigente à data dos factos.

21 O § 6 do artigo L 450-4 do *CC* estatua que “[l’]ordonnance mentionnée au premier alinéa du présent article n’est susceptible que d’un pourvoi en cassation selon les règles prévues par le code de procédure pénale. Ce pourvoi n’est pas suspensif”.

22 De acordo com o disposto no § 12 do artigo L 450-4 do *CC*, “[l]e déroulement des opérations de visite ou saisie peut faire l’objet d’un recours auprès du juge les ayant autorisées dans un délai de deux mois [...]. Le juge se prononce sur ce recours par voie d’une ordonnance, qui n’est susceptible que d’un pourvoi en cassation selon les règles prévues au code de la procédure pénale. Ce pourvoi n’est pas suspensif”.

23 A redacção deste normativo, actualmente em vigor, resulta da Lei n.º 2009-526, de 12.05.2009.

24 A jurisprudência *Ravon* foi posteriormente reiterada nos acórdãos *Société IFB vs. France*, n.º 2058/04, de 20.02.2009, in: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=IFB&sessionid=67951620&skin=hudoc-fr>; *Maschino vs. France*, n.º 10447/03, de 16.01.2009, in: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Maschino&sessionid=67951642&skin=hudoc-fr>; e *Kandler et autres vs. France*, n.º 18659/05, de 18.12.2008, in: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Kandler&sessionid=6795184&skin=hudoc-fr>; todos consultados em 31.05.2011.

Como já referimos, no acórdão *Ravon* o Tribunal considerou que o recurso para a *Cour de cassation*, previsto no *livre des procédures fiscales*, do despacho que autoriza as buscas domiciliárias não preenche os critérios de um recurso efectivo, à luz do n.º 1 do artigo 6.º da CEDH, na medida em que aquela *Cour* só julga matéria de direito, não podendo reapreciar a matéria de facto.

Transpondo essa jurisprudência para as normas da concorrência, o Governo francês alterou o regime dos recursos relativos às buscas realizadas pela Administração, ínsito no já analisado artigo L 450-4 do *CC*, prevendo agora esse normativo, na redacção que lhe foi dada pela *ordonnance* n.º 2008-1161, de 13.11.2008²⁵, a possibilidade de se recorrer para o primeiro presidente da *cour d'appel* territorialmente competente, que julga de facto e de direito. Posteriormente, existe ainda recurso, de direito, para a *Cour de cassation*.

Esse duplo grau de jurisdição foi introduzido quer relativamente ao despacho judicial que autoriza a realização das buscas²⁶, quer no tocante ao modo como as mesmas decorrem²⁷. Estes recursos não têm efeito suspensivo.

A referida *ordonnance* contém, ainda, um regime transitório, aplicável retroactivamente às diligências de busca efectuadas antes da sua entrada em vigor²⁸, que permite, *inter alia*, recorrer para a *cour d'appel* de Paris, do des-

25 Consultado in: http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=D2FCF7CBB8A523CC2D1F9C84EF51678E.tpdjoo4v_1?cidTexte=JORFTEXT000019758031&dateTexte=20081115. De acordo com o disposto no artigo 38.º da Constituição francesa, é permitido ao Governo, para a execução do seu programa, pedir autorização ao Parlamento para adoptar, através de “*ordonnances*”, medidas que, normalmente, são do domínio exclusivo da Lei.

26 O artigo L 450-4 do *CC* passou a dispor, no seu § 6, que o despacho de autorização das buscas “[...] peut faire l’objet d’un appel devant le premier président de la cour d’appel dans le ressort du juge ayant autorisé la visite et la saisie [...]”. *L’ordonnance du premier président de la cour d’appel est susceptible d’un pourvoi en cassation [...]*”. Esta redacção foi entretanto alterada, em questões de pormenor, pela Lei n.º 2009-526, de 12.05.2009.

27 E o § 12 desse normativo passou a dispor que “[...]e déroulement des opérations de visite ou saisie peut faire l’objet d’un recours devant le premier président de la cour d’appel [...]”. *Le recours n’est pas suspensif. L’ordonnance du premier président de la cour d’appel est susceptible d’un pourvoi en cassation selon les règles prévues par le code de procédure pénale [...]*”. Esta redacção foi igualmente alterada pela referida Lei n.º 2009-526.

28 “[...] *Les parties ayant formé, à l’encontre de l’ordonnance ayant autorisé la visite [...] un pourvoi pendant devant la Cour de cassation au jour de la publication de la présente ordonnance disposent d’un délai d’un mois pour interjeter appel de l’ordonnance objet dudit pourvoi à compter de la date de publication de la présente ordonnance [...]*. *Cet appel vaut désistement du pourvoi en cassation. Si l’autorisation de visite et saisie n’a pas fait l’objet d’un pourvoi en cassation ou si cette autorisation a fait l’objet d’un pourvoi en cassation ayant donné lieu à un arrêt de rejet de la Cour de cassation, un recours en contestation de l’autorisation est ouvert devant la cour d’appel de Paris [...] hormis le cas des affaires ayant fait l’objet d’une décision irrévocable à la date de publication de la présente ordonnance. Lorsque est pendant devant la Cour de cassation un pourvoi formé contre un arrêt de la cour d’appel de Paris [...] les parties ont la faculté de demander le renvoi à la cour d’appel de Paris pour l’examen d’un recours en contestation de*

pacho judicial que autorizou as buscas, conjuntamente com o recurso interposto, nos termos do artigo L 464-8 do *CC*, da decisão final da *Autorité de la concurrence* (nos casos de não ter existido recurso, daquele despacho, para a *Cour de cassation* ou ter sido o mesmo julgado improcedente).

1.3. Conclusões do TEDH nos dois acórdãos em análise

O Tribunal considerou que as empresas devem poder interpor recurso, quer relativamente à regularidade da autorização judicial, quer no tocante ao modo como decorreram as diligências em causa. É entendimento do TEDH que os recursos colocados à disposição das empresas devem permitir, em caso de detecção de irregularidades, obstar à realização das diligências, ou, caso as mesmas já se tenham realizado, exigir reparação adequada.

Ora, na medida em que, nos casos em apreço, as empresas só puderam interpor recurso perante a *Cour de cassation*, a qual só julga matéria de direito, não lhes foi possível obter um (re)exame sobre a matéria de facto subjacente ao pedido de autorização judicial. Pelo que o Tribunal concluiu que o recurso para aquela instância, relativamente à autorização das diligências de busca, não garante um controlo jurisdicional efectivo à luz do n.º 1 do artigo 6.º da Convenção²⁹.

Pese embora o Tribunal reconheça que as alterações introduzidas pela *ordonnance* n.º 2008-1161 tenham permitido novas vias de recurso³⁰, conclui que as disposições transitórias (retroactivas) constantes dessa *ordonnance*, já *supra* analisadas e aplicáveis, segundo o entendimento do TEDH, a ambos os casos em apreço, fazem depender a possibilidade de recurso perante a *cour d'appel* de Paris aí contemplada, do recurso que venha, hipoteticamente, a ser

l'autorisation de visite et saisie délivrée par le juge des libertés et de la détention", conforme § IV do artigo 5.º dessa *ordonnance*.

29 Cf. caso *Primagaz*, § 24 e § 25. A garantia de acesso aos tribunais é um princípio estruturante do Estado de Direito, tendo como conteúdo essencial a garantia da via judiciária, atribuindo aos cidadãos um direito de defesa ante os tribunais e contra actos dos poderes públicos (neste sentido, cf. Gomes Canotilho, 2007: 496). Não basta uma consagração substantiva dos Direitos Humanos para assegurar a sua efectiva protecção, é antes necessário que se estabeleçam garantias processuais fundamentais, que reforcem os mecanismos de salvaguarda desses direitos (cf. Barreto, 2010: 142). Ainda e conforme refere Poças, 2010: 21, o "direito real e efectivo ao recurso é um elemento estruturante do Estado de Direito Democrático", só se podendo falar em Estado de Direito quando, neste caso, as empresas têm direito a que a sua causa seja reapreciada por uma outra instância jurisdicional. Sobre o direito ao recurso, cf. também Aguilar, 2006: 305.

30 Aplaudindo o facto de as autoridades francesas terem sabido tirar as devidas consequências da jurisprudência *Ravon* para o direito da concorrência, cf. acórdão *Canal Plus*, § 38, e acórdão *Primagaz*, § 26.

interposto da decisão final da *Autorité de la concurrence*, o que, de forma evidente, confere um carácter de incerteza a esta via de recurso³¹.

Acresce, ainda, que o facto de a decisão da *Autorité de la concurrence* vir a ser adoptada vários anos depois da realização das diligências de busca³² não assegura às empresas uma reparação adequada dos prejuízos que, porventura, se apure judicialmente que aquelas tenham sofrido por virtude de tais diligências, desde logo, porque não confere a certeza, na prática, de obtenção de um controlo jurisdiccional efectivo em prazo razoável³³.

O que significa que, no entendimento do TEDH, o referido regime constante das disposições transitórias da *ordonnance* n.º 2008-1161 não responde às exigências do disposto no n.º 1 do artigo 6.º da Convenção³⁴.

E em resposta à alegação do Governo francês de que o disposto no artigo L 450-4, § 12, do *CC* (na redacção vigente à data dos factos) asseguraria às empresas, *per se*, o direito a um recurso efectivo, o TEDH afirma que se essa via de recurso permitia controlar a regularidade do decurso das diligências pelo juiz que as autorizou, não garantia, no entanto, um controlo jurisdiccional efectivo da própria autorização. E relembra que um controlo da forma como se processaram as diligências, efectuado pelo juiz que as autorizou, não permite um controlo independente da regularidade da própria autorização³⁵ – motivo pelo qual, aliás, a *ordonnance* n.º 2008-1161 veio prever a possibilidade de recurso perante um juiz diferente daquele que autorizou as diligências³⁶.

O Tribunal conclui, assim, que as empresas recorrentes viram-se privadas da possibilidade de interpor um recurso jurisdiccional efectivo dos despachos

31 O processo *Canal Plus* ainda se encontra em curso, e no caso *Primagaz*, embora tenha sido dirigida às arguidas uma “*notification de griefs*” (peça processual equivalente à “Nota de Illicitude” elaborada no âmbito dos processos instaurados por violação da Lei n.º 18/2003), o processo acabou por ser arquivado, através de decisão da *Autorité de la concurrence*, de 17.12.2010 (teor integral da decisão disponível in: <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/avisdec.php?numero=10D36>, consultado em 16.05.2011).

32 No caso *Canal Plus* as buscas realizaram-se, como vimos, em 2005, e em Dezembro de 2010 (mais de cinco anos volvidos) a *Autorité de la concurrence* ainda não tinha proferido a decisão final.

33 Cf. acórdão *Canal Plus*, § 40, e acórdão *Primagaz*, § 28.

34 Cf. acórdão *Canal Plus*, § 41.

35 Cf. acórdão *Canal Plus*, § 42.

36 Cf. acórdão *Canal Plus*, § 43.

que autorizaram as diligências, não tendo também obtido uma decisão em prazo razoável³⁷.

No entendimento do TEDH, só estamos perante um recurso jurisdicional efectivo se *i)* o tribunal de recurso não só analisar o direito, como reapreciar a matéria de facto; *ii)* através de um recurso autónomo; *iii)* apreciado por juiz diferente daquele que autorizou as diligências; e *iv)* que permita obter uma decisão em prazo razoável.

Podemos, pois, concluir, que, nos termos e com os fundamentos aduzidos ao longo dos dois arestos sumariamente *supra* analisados, o Tribunal considerou existir, nos casos em apreço, violação do artigo 6.º, n.º 1, da Convenção, porquanto *i)* no tocante ao recurso relativo ao modo como as diligências decorreram, o facto de o controlo jurisdicional das mesmas ser efectuado pelo juiz que as autorizou não permite um controlo independente da regularidade daquela autorização; e *ii)* no que se refere ao recurso do despacho de autorização das buscas, o facto de as empresas só terem a possibilidade de recorrer do direito aplicável – não podendo, pois, suscitar a reapreciação da matéria de facto – não preenche os requisitos de um recurso jurisdicional efectivo à luz da Convenção; e a possibilidade de recurso da matéria de facto estar dependente, e ser simultânea, ao recurso que as empresas venham a interpor da decisão final (condenatória) proferida no âmbito do processo em causa, viola a exigência de se obter uma decisão em prazo razoável, e não permite a exigida certeza quanto à admissibilidade de recurso.

1.4. Posição da *cour d'appel* de Paris relativamente à recente jurisprudência do TEDH

No âmbito de dois recentes acórdãos, de 13 e 27.01.2011, proferidos em sede de um mesmo processo³⁸, a *cour d'appel* de Paris pronunciou-se sobre o

37 Para Irineu Cabral Barreto, “o prazo razoável apresenta-se como uma questão de facto; por isso, o ónus da prova recai sobre o Estado requerido, incumbindo-lhe, quando o prazo parecer exorbitante, fornecer as explicações sobre os motivos dos atrasos verificados” (cf. Barreto, 2010: 184). Sobre a incumbência do Estado de organizar o seu sistema judiciário de forma à obtenção de decisões definitivas em prazo razoável, cf. acórdão *Vocaturo*, de 24.05.1991, § 17, in: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=vocaturo&sessionid=71515440&skin=hudoc-en> e acórdão *Cocchiarella*, de 5.03.2006, § 119, in: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Cocchiarella&sessionid=71515724&skin=hudoc-en>, consultados em 26.05.2011.

38 Nesse processo, denominado de “*betão pronto*”, estava em causa, de entre o mais, a arguição, pelas arguidas, da nulidade do despacho judicial que autorizou a realização de buscas às suas sedes. No primeiro destes acórdãos, a *cour d'appel* de Paris decidiu – atendendo à recente jurisprudência do TEDH (os dois

alcance da jurisprudência do TEDH que sumariámos. *In casu*, a *Autorité de la concurrence* já tinha proferido uma decisão condenatória, da qual as arguidas interpuseram recurso.

As partes tinham alegado, de entre o mais, que as disposições transitórias da *ordonnance* n.º 2008/1161 não permitiam “*um recurso efectivo*” à luz do artigo 6.º, n.º 1, da Convenção (cf. pág. 16, § 1, do acórdão de 27.01.2011).

A *cour d'appel* de Paris considera que a questão da existência, ou não, de um recurso efectivo deve ser apreciada de forma “*concreta e especial*”: no caso em apreço já não existia incerteza quanto à possibilidade de recurso, na medida em que a *Autorité de la concurrence* já tinha proferido uma decisão final condenatória; pelo que, no entendimento da *cour*, as arguidas “*tinham a certeza de obter um controlo jurisdicional efectivo de despacho de autorização das buscas, em prazo razoável*”. E que a incerteza da possibilidade de recurso, indicada pelo TEDH relativamente às disposições transitórias da *ordonnance* de 2008, só se refere às situações em que as empresas ainda não foram alvo de uma decisão condenatória e, como tal, ainda não puderam interpor recurso sobre o mérito da causa (pág. 17, § 2, do acórdão de 27.01.2011).

A *cour d'appel* não vem, pois, questionar a posição do TEDH quanto às disposições transitórias constantes da *ordonnance* de 2008, mas tão só considerar que as mesmas, atendendo exactamente aos fundamentos explanados pelo Tribunal nos acórdãos de Dezembro de 2010, não se aplicavam ao caso em apreço, contrariamente ao alegado pelas empresas arguidas nesse processo.

2. O regime jurídico português relativo a buscas e apreensões efectuadas pela Autoridade da Concorrência

Aqui chegados, vejamos então, de acordo com o objectivo do presente trabalho³⁹, se, contrariamente ao que sucedeu no sistema francês⁴⁰, no sistema

acórdãos que temos vindo a analisar) e às suas possíveis repercussões no processo em juízo – suspender a audiência para permitir à *Autorité de la concurrence*, enquanto parte interessada, pronunciar-se sobre aquela jurisprudência (cf. acórdão de 13.01.2011, pp. 6-7). Os referidos acórdãos da *cour d'appel* de Paris encontram-se disponíveis in: www.autoritedelaconurrence.fr/doc/ca4_bpe_13jan11.pdf e www.autoritedelaconurrence.fr/doc/ca5_97d39_27jan11.pdf; ambos consultados em 31.05.2011. Estes acórdãos encontram-se unicamente disponíveis em língua francesa, sendo a sua adaptação para língua portuguesa da responsabilidade das autoras.

39 E mantendo a ressalva anterior quanto a não ser nossa intenção proceder a um rigoroso estudo de direito comparado.

40 Maria Helena Brito afirma, a outro propósito – o da existência de conflitos entre normas de diferentes ordenamentos jurídicos, possibilitando a existência do direito internacional privado –, que para comparar normas de diferentes ordenamentos é necessário, e suficiente, que exista uma semelhança valorativa ou

jurídico português que disciplina o regime das buscas efectuadas pela Autoridade da Concorrência, as empresas alvo dessas diligências têm a possibilidade de interpor um recurso jurisdicional efectivo sobre o despacho judicial que as autoriza, bem como relativamente à forma como as mesmas decorreram, obtendo uma decisão em prazo razoável⁴¹.

2.1. As buscas efectuadas pela Autoridade da Concorrência

Compete à Autoridade da Concorrência, enquanto garante da legalidade, vigiar o mercado e o comportamento dos vários agentes económicos⁴², dispondo, para o efeito, de poderes de supervisão e sancionatórios e, de entre estes, de poderes de investigação e decisão.

A Lei n.º 18/2003 equipara a Autoridade da Concorrência aos órgãos de polícia criminal⁴³, e confere-lhe, *inter alia*, poderes para proceder a buscas nas instalações das empresas (artigo 17.º, n.º 1, alínea c)), dependendo a sua realização de despacho da competente autoridade judiciária. No entanto, e

funcional do conteúdo jurídico dos institutos integrados nas várias ordens jurídicas em apreço. Neste caso, e apesar da, como veremos, divergente solução consagrada nos dois regimes legais em análise, em ambos os sistemas se visou consagrar um controlo jurisdicional das medidas praticadas pela Administração, no âmbito da investigação de processos por violação das normas da concorrência (cf. Brito, 2011: 122).

41 Tem sido entendimento da jurisprudência do TEDH que o artigo 6.º, n.º 1, da Convenção se aplica em sede contra-ordenacional. E “*tal entendimento não surge por qualquer interpretação extensiva ou analógica por referência aos processos disciplinares (nomeadamente militares) da jurisdição austríaca (acórdão Engel vs. Holanda - 1976) ou contravenacional da jurisdição francesa (acórdãos Peltier vs. França e Malige vs. França), o que sempre seria possível, [mas] sim por referência à própria legislação alemã sobre contra-ordenações (Ordnungswidrigkeiten). De facto [...] o tribunal veio a delimitar [...] [e] acabou por concluir que o artigo 6.º da Convenção era aplicável [aos processos de contra-ordenação]*” (cf. acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 28.10.2008, processo n.º 144\11/08-1, in: <http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/47628d842b640538802574f7003c50f9?OpenDocument>, consultado em 31.05.2011). Como refere Miguel Moura e Silva, o legislador português optou por enquadrar as infracções às regras da concorrência como contra-ordenações, logo desde o primeiro regime legal da concorrência, em 1983. Nessa altura, “*o regime dos ilícitos de mera ordenação social era ainda recente, tendo sido [...] objecto de uma profunda reestruturação, volvidos escassos três anos após a sua consagração legislativa em 1979*”. De acordo com este Autor, tal “*enquadramento tornou o direito sancionatório relativo a ilícitos concorrenciais dependente da filosofia geral do direito das contra-ordenações e, por sua vez, da sua incerta localização entre o direito administrativo sancionatório e o direito penal e processual penal*” (Moura e Silva, 2008: 155).

42 Neste sentido, cf. Costa Ramos, 2005: 10.

43 O artigo 17.º, n.º 1, da Lei n.º 18/2003 dispõe, de entre o mais, que a “*Autoridade, através dos seus órgãos ou funcionários, goza dos mesmos direitos e faculdades e está submetida aos mesmos deveres dos órgãos de polícia criminal [...]*”.

diversamente do que sucede com os órgãos de polícia criminal, a Autoridade não actua sob a direcção e na dependência de uma autoridade judiciária⁴⁴.

Causou alguma celeuma o facto de ser o Ministério Público a entidade competente para emitir o mandado de autorização das buscas levadas a cabo pela Autoridade. No entanto, e na medida em que as buscas realizadas na sede/instalações das pessoas colectivas não são buscas domiciliárias⁴⁵, a entidade competente para as autorizar, ordenando a emissão dos competentes mandados, é o Ministério Público, nos termos do artigo 267.º do Código de Processo Penal (CPP)⁴⁶.

O facto de as buscas dependerem de despacho do Ministério Público garante integralmente os direitos das empresas envolvidas, na medida em que estamos perante uma autoridade judiciária cuja actividade é pautada pela conformidade à Constituição, e por critérios de legalidade e objectividade⁴⁷.

Uma vez que a Autoridade da Concorrência solicita autorização para a realização das buscas através de requerimento fundamentado (nos termos do n.º 2 do artigo 17.º da Lei da Concorrência), o Ministério Público tem possibilidade de “*aferir da necessidade e proporcionalidade da diligência solicitada, sendo certo que se não ficar convicto de que há indícios da prática de um ilícito e de*

44 Tal facto não impede que a realização da investigação e a prática de actos por funcionários da Autoridade se dêem no mesmo quadro dos levados a cabo pelos funcionários das entidades de polícia criminal (cf. neste sentido, Mendes Pereira, 2009: 229; e Rodrigues, 2009: 70).

45 Por economia de tempo e delimitação do tema, não nos debruçaremos sobre a problemática inerente à qualificação das buscas efectuadas na sede das empresas como buscas não domiciliárias. Para desenvolvimento desta problemática, entre muitos outros, cf. Martins da Fonseca, que considera que o conceito de domicílio abrange, tão só, a “*casa ou parte da casa que um indivíduo ocupa de facto, num dado momento, para aí viver só ou com a sua família*” (Cupello, 2002: 22); no mesmo sentido, Sanchez Aguilar, 1998: 83; e Rodrigues, 2009: 73-75 e doutrina aí citada.

46 Neste sentido, cf. Costeira, 2007: 29. E também a jurisprudência se pronunciou neste sentido: “[q]uando o artigo 174.º, n.º 2 [do CPP] faz depender as buscas de prévio despacho da autoridade judiciária competente, está-se a referir ao Ministério Público (cf. artigo 267.º [do CPP] e, quanto à definição de autoridade judiciária, artigo 2.º [do CPP])” (sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa, de 2.05.2007, 2.º juízo, processo n.º 965/06.9TYLSB).

47 No sentido de as buscas não domiciliárias poderem ser autorizadas pelo Ministério Público, *inter alia*, cf. Gonçalves, 2000: 206. No mesmo sentido já se pronunciou o Tribunal Constitucional, afirmando que “o n.º [8] do artigo 32.º da Constituição só considera nulas [...] as provas obtidas mediante abusiva intromissão na vida privada. Ora, sendo as [...] buscas não domiciliárias – no âmbito, é claro, do inquérito – autorizadas ou ordenadas pelo Ministério Público – que é uma ‘autoridade judiciária’, nos termos da alínea b) do n.º 1 do artigo 1.º do Código [de Processo Penal] – e especificando-se nos n.º 1 e n.º 2 do artigo 174.º os casos em que elas são admitidas, não se vê que estejamos em presença de uma intromissão abusiva na vida privada” (cf. acórdão do Tribunal Constitucional n.º 7/87, de 9.01.1987, processo n.º 302/86. Também, no mesmo sentido, acórdão do Tribunal Constitucional n.º 593/08, processo n.º 397/08; ambos disponíveis in: www.tribunalconstitucional.pt).

*que num dado local poderá haver elementos de prova relevantes, não autorizará a diligência*⁴⁸.

O regime legal relativo às buscas efectuadas pela Autoridade da Concorrência consta do artigo 17.º da Lei n.º 18/2003, e, no omissivo, do direito subsidiário do Regime Geral das Contra-Ordenações (RGCO)⁴⁹, e, por remissão deste, das pertinentes disposições (devidamente adaptadas) do CPP⁵⁰.

De acordo com o artigo 17.º da Lei da Concorrência, a Autoridade, em sede de buscas, pode examinar, recolher e apreender “*cópias ou extractos da escrita e demais documentação [das empresas envolvidas] quer se encontre ou não em lugar reservado ou não acessível ao público [...]*” (alínea *c*) do n.º 1) e proceder “*à selagem dos locais das instalações das empresas em que se encontrem [...]* elementos da escrita ou demais documentação, durante o período e na medida estritamente necessária à realização da[quela]s diligências [...]”(alínea *d*) do n.º 1).

Os funcionários da Autoridade que efectuarem as buscas serão portadores de credencial emitida pelo Conselho da Autoridade da Concorrência⁵¹, da qual conste a finalidade da diligência, e do já referido despacho emitido pela entidade judiciária para o efeito competente, o Ministério Público (nos termos da alínea *b*) do n.º 3 do artigo 17.º da Lei da Concorrência).

Vejamos, então, quais as vias de recurso de que dispõem as empresas alvo de buscas, para aferirmos, posteriormente, da sua compatibilidade com o preceituado no artigo 6.º, n.º 1, da Convenção.

48 Cf. Costeira, 2007: 31. Ou, como resulta de jurisprudência do Tribunal de Comércio de Lisboa, “[a] decisão do Ministério Público [...] é de autorizar ou não a diligência, fazendo um controlo prévio da respectiva necessidade e oportunidade” (sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa, de 12.09.2007, processo n.º 219/07.3TYLSB, do 3.º Juízo, p. 9).

49 O artigo 22.º, n.º 1, da Lei da Concorrência manda aplicar, subsidiariamente, aos processos relativos a práticas proibidas, o regime geral das contra-ordenações. O RGCO foi aprovado pelo Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de Outubro, republicado em anexo ao Decreto-Lei n.º 244/95, de 14 de Setembro.

50 O artigo 41.º do RGCO dispõe que “[s]empre que o contrário não resulte d[aque]l[e] diploma, são aplicáveis, devidamente adaptados, os preceitos reguladores do processo penal”. O regime das buscas não domiciliárias encontra-se disciplinado no artigo 176.º do CPP, e as apreensões, nos artigos 178.º a 182.º desse Código.

51 Na medida em que, como vimos, *in casu*, pese embora a execução das buscas dependa da obtenção do competente mandado emitido por entidade judiciária, a decisão de executar tal diligência compete à própria Autoridade da Concorrência (no sistema francês, essa decisão compete, actualmente, ou à *Autorité de la concurrence*, através do seu *rapporteur général*, ou ao *ministre chargé de l'économie*, nos termos do artigo L 450-4 do CC).

2.2. As possibilidades de reacção judicial contra a autorização de realização de diligências de busca e/ou contra o modo como as mesmas decorreram

No direito interno, a primeira fonte a perscrutar é a própria Lei Fundamental. A Constituição (CRP) inclui expressamente no seu artigo 32.º, n.º 1⁵², o direito ao recurso, enquanto garantia de defesa assegurada no processo penal (e, *mutatis mutandis*, contra-ordenacional⁵³), sendo pacífico na doutrina e na jurisprudência que “o direito ao recurso constitucionalmente consagrado compreende tanto o recurso sobre a matéria de direito como o recurso sobre a matéria de facto”⁵⁴.

A nível *infra* constitucional, rege o disposto na Lei da Concorrência que, relativamente à possibilidade de recurso, refere que: *i)* “[d]as decisões proferidas pela Autoridade que determinem a aplicação de coimas ou de outras sanções previstas na lei cabe recurso para o Tribunal de Comércio de Lisboa, com efeito suspensivo” (artigo 50.º, n.º 1); e *ii)* “[d]as demais decisões, despachos ou outras medidas adoptadas pela Autoridade cabe recurso para o mesmo Tribunal, com efeito meramente devolutivo, nos termos e limites fixados no n.º 2 do artigo 55.º do [RGCO]”⁵⁵ (artigo 50.º, n.º 2).

52 Desde a Revisão Constitucional de 1997. Decorre, ainda, directamente da Constituição que a “*todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos*” e que todos “*têm direito a que uma causa em que intervenham seja objecto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo*” (artigo 20.º, n.º 2 e n.º 3, da CRP).

53 E faz sentido *importar* para o regime contra-ordenacional a garantia (constitucional, e processual penal) de direito ao recurso, na medida em que, cada vez mais, o direito de mera ordenação social vai surgindo “*como um direito sancionatório de carácter punitivo; com um acervo de sanções cada vez mais gravosas quer no seu quantum, quer na sua natureza (sanções acessórias restritivas de direitos, [...], encerramento de estabelecimentos, etc. [...])*” (neste sentido, acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 28.10.2008, processo n.º 1441/08-1, in: <http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/47628d842b640538802574f7003c50f9?OpenDocument>, consultado em 31.05.2011). O que quer significar que, apesar das diferenças dogmáticas entre o direito penal e o direito contra-ordenacional, se esbatem os contornos de ambos os ramos do direito, designadamente do lado sancionatório, impondo-se, pois, um maior rigor em certos aspectos basilares, nestes avultando os direitos de defesa. O legislador concebeu “*um conjunto de garantias protectoras dos interesses em presença – de um lado, os do Estado na perseguição e punição dos prevaricadores da lei e, de outro, os dos particulares no direito a um processo justo – arquitectando expedientes vários destinados a reagir eficazmente às decisões desconformes com a lei e com os princípios estruturantes da comunidade [...]* erigindo-se o RECURSO como o de maior nobreza e latitude” (Simas Santos & Leal-Henriques, 2007: 17).

54 Poças, 2010: 21.

55 O artigo 55.º, n.º 2, do RGCO esclarece que não são susceptíveis de impugnação judicial (por parte do arguido ou da pessoa contra as quais se dirigem) as “*medidas que se destinem apenas a preparar a decisão final de arquivamento ou aplicação de coima, não colidindo com os direitos ou interesses das pessoas*”.

O RGCO, que se aplica, como vimos, subsidiariamente aos procedimentos contra-ordenacionais instaurados pela Autoridade da Concorrência, dispõe a esse respeito que “[a]s decisões, despachos e demais medidas tomadas pelas autoridades administrativas no decurso do processo são susceptíveis de impugnação judicial por parte do arguido ou da pessoa contra as quais se dirigem” (artigo 55.º, n.º 1).

Assim, as empresas visadas pelas diligências de busca e apreensão efectuadas pela Autoridade da Concorrência podem interpor recurso, de facto e de direito, para o Tribunal de Comércio de Lisboa das decisões da Autoridade da Concorrência relativas a essas diligências⁵⁶.

Aliás, o Tribunal da Relação de Lisboa considerou ser “claro que o Tribunal de Comércio funciona como Tribunal de recurso das decisões da Autoridade da Concorrência, quer decisões finais, quer despachos ou medidas adoptadas [...]. [O] legislador não pretendeu que a matéria relativa a buscas ou outros actos que atingem os direitos da empresa ficassem excluídos da competência do Tribunal de Comércio, em função da natureza da matéria a apreciar [...]. [T]em competência para apreciar a irregularidade do acto que constitui meio de obtenção de prova o tribunal que tem competência para apreciar a decisão final cujo suporte probatório se estriba (também) nesse acto”. E, como se refere nesse mesmo aresto, “não se diga que o facto da matéria relativa a buscas ser da competência do Tribunal de Comércio diminui ou sequer belisca os direitos, liberdades e garantias da requerente. A matéria será sempre apreciada por um juiz de direito, e qualquer órgão de soberania jurisdiccional é um garante das liberdades e garantias constitucionalmente consagradas” (p. 11)⁵⁷.

O Tribunal de Comércio de Lisboa, decide, nestes casos, em última instância, nos termos do disposto no artigo 55.º, n.º 3, do RGCO⁵⁸.

Pese embora as empresas não possam interpor recurso judicial do despacho de autorização das diligências, proferido pelo Ministério Público, já aconteceu terem arguido nulidades do despacho do Ministério Público junto da

56 Como se lê em Sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa, “a própria busca e, em especial a apreensão, podem [...] ser qualificadas como medidas, delas sendo possível recorrer, impugnando judicialmente, v.g., a decisão de apreensão [...]. Se o visado pela busca entender interpor um recurso de impugnação judicial [...] ele poderá e deverá ser apreciado pelo tribunal competente, no caso o Tribunal de Comércio de Lisboa” (sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa, de 06.12.2007, processo n.º 572/07.9TYLSB, 3.º Juízo).

57 Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 17.01.2007, processo n.º 5807/06-5, 5.ª secção, pp. 10-11.

58 Vide, neste sentido, sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa, de 10.07.2009, Processo n.º 220/07.7TYLSB (1.º Juízo), p. 1; e sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa, de 06.12.2007, Processo n.º 572/07.9TYLSB (3.º Juízo), p. 2.

própria Autoridade, bem como terem sucessivamente recorrido para o Tribunal de Comércio de Lisboa da decisão da Autoridade que indeferiu a arguição das nulidades, sendo que o Tribunal de Comércio de Lisboa conheceu dessas nulidades em diversos casos⁵⁹.

Para além disso, as empresas podem, ainda, arguir, perante a própria Autoridade, eventuais nulidades e/ou irregularidades que ocorram (ou que as empresas julguem ocorrer) no decurso das buscas.

E da decisão da Autoridade da Concorrência que indefira a arguição das nulidades/irregularidades, as empresas podem, ainda, recorrer judicialmente para o Tribunal do Comércio de Lisboa. Neste sentido já se pronunciou esse Tribunal: “*no caso de os visados pretenderem arguir nulidades e/ou irregularidades de buscas e apreensões efectuadas pela [Autoridade] no âmbito de processos de contra-ordenação, devem dirigir tal requerimento à própria [Autoridade], a qual decidirá, sendo tal decisão susceptível de impugnação judicial junto do Tribunal de Comércio de Lisboa [...]. Tratando-se de um recurso de plena jurisdição, fica assim assegurado o pleno controlo da legalidade dos actos praticados pela*” Autoridade da Concorrência⁶⁰.

A arguição das nulidades e irregularidades deve ser efectuada, sob pena de sanção, nos prazos expressamente previstos no CPP⁶¹.

Na prática, os recursos judiciais interpostos pelas arguidas podem ter como fundamento algum vício do mandado (cuja ordem de emissão é dada no despacho do Ministério Público que fundamenta a autorização da realização das diligências)⁶².

Foi, aliás, o que sucedeu no âmbito de alguns recursos interpostos por empresas visadas por diligências de busca efectuadas pela Autoridade. Nomeadamente, no âmbito de um recurso interposto para o Tribunal de Comércio em 2007, uma das arguidas/recorrentes alegou, de entre o mais, “*que as medidas ordenadas pelo Ministério Público e as provas obtidas a coberto do mesmo são*

59 Vide, neste sentido, sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa, de 24.04.2007, Processo n.º 97/06.0TYLSB (3.º Juízo), p. 1-2; sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa, de 16.06.2008, Processo n.º 570/07.2TYLSB (1.º Juízo), p. 1; e sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa, de 06.12.2007, Processo n.º 572/07.9TYLSB (3.º Juízo), p. 2.

60 Cf. sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa, de 06.12.2007, 3.º juízo, processo n.º 572/07.9TYLSB, p. 32-33.

61 Cf. sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa, de 10.03.2008, 2.º Juízo, processo n.º 571/07.0TYLSB, p. 5.

62 Refira-se, a título de mera curiosidade, que nenhum recurso foi interposto por qualquer arguida relativamente às diligências de busca e apreensão realizadas pela Autoridade nos anos de 2009, 2010 e 2011.

nulas [...] na medida em que extravasam em muito as diligências previstas no [...] artigo 17.º [da Lei n.º 18/2003] já que abrangem correspondência [...]”⁶³.

O Tribunal de recurso tem apreciado as questões suscitadas pelas empresas, transcrevendo-se, nesse sentido, pela sua pertinência, parte da mesma sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa: “*afigura-se ao tribunal que em concreto [...] a arguida suscita a nulidade do próprio despacho do Ministério Público e dos mandados emitidos na sequência do mesmo [...]; não estamos a analisar a validade das provas obtidas através das buscas [...] mas sim a validade intrínseca do despacho que as ordenou e dos mandados emitidos [...]. A decisão do Ministério Público que ordena/autoriza as buscas é, indiscutivelmente, um acto decisório do Ministério Público, ou seja, um despacho que reveste os requisitos formais dos actos escritos e é sempre fundamentado de facto e de direito [...]. Assim, o despacho, no caso concreto, tem de especificar quais as diligências ordenadas e porque é que as mesmas se justificam, sendo estes elementos parte integrante da sua fundamentação [...]. Não há nenhum preceito que comine com a nulidade o despacho do Ministério Público que determine a realização de buscas [...], [1]ogo, vigorando em processo penal o princípio da tipicidade das causas de nulidade [...] é forçoso concluir que a existir algum vício no despacho do Ministério Público o mesmo assumiria a feição de uma mera irregularidade [...]. Em suma, a existir algum vício o mesmo constituiria uma mera irregularidade que, por não ter sido arguida no prazo legal, se considera sanada” (p. 25 e ss.)⁶⁴.*

De notar, ainda, que os fundamentos invocados pelas arguidas relativamente a pretensos vícios da autorização emitida pelo Ministério Público têm-se referido, *a fortiori*, ao facto de as mesmas considerarem a sua sede social como domicílio (com o inerente regime garantístico)⁶⁵ e a documentação apreendida como correspondência (só podendo esta ser apreendida mediante autorização do juiz de instrução criminal)⁶⁶, bem como à falta de fundamentação do mandado.

63 Cf. sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa, de 2.05.2007, 2.º juízo, processo n.º 965/06.9TYLSB, p. 24. No mesmo sentido, cf. sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa, de 16.06.2008, 1.º juízo, processo n.º 570/07.2TYLSB, p. 1-2.

64 No mesmo sentido, cf. também, sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa, de 24.05.2007, 3.º juízo, processo n.º 97/06.0TYLSB, onde se lê que “*a primeira questão que se coloca [...] é se [o] despacho do Ministério Público e [o] mandado emitido na sequência do mesmo [...] viola[m] directamente” os artigos 32.º e/ou 34.º da CRP.*

65 Cf. sentença do Tribunal de Comércio, de 10.07.2009, processo n.º 220/07.7TYLSB, 1.º Juízo.

66 Cf. sentença do Tribunal de Comércio, de 06.12.2007, processo n.º 572/07.9TYLSB, 3.º Juízo.

Outros motivos foram ainda invocados pelas empresas alvo de diligências de busca realizadas pela Autoridade, tais como a falta de consentimento da empresa na realização das buscas⁶⁷, a omissão de menções obrigatórias nos mandados de busca e nas credenciais⁶⁸, a necessidade de constituição das empresas como arguidas⁶⁹, a omissão de várias menções nos mandados de busca e nas credenciais (impugnabilidade, prazo de recurso, objecto e finalidade da diligência⁷⁰), a violação do princípio da proporcionalidade⁷¹.

Na medida em que existe, como vimos, possibilidade de as empresas visadas pelas diligências de busca recorrerem, de forma autónoma, na sequência dessas diligências, não ficam na incerteza de poderem, ou não, recorrer⁷², e obtêm uma decisão em “*prazo razoável*”⁷³, não tendo de aguardar que a Autoridade da Concorrência decida, a final, sobre o mérito do processo.

O direito à decisão em prazo razoável, um dos componentes do direito a um processo equitativo, tem um “*lugar [...] eminente numa sociedade democrática*” (Lopes, 2009: 142), garantindo credibilidade e eficácia à própria administração da justiça⁷⁴.

67 Cf. sentença do Tribunal de Comércio, de 10.07.2009, processo n.º 220/07.7TYLSB, 1.º juízo.

68 Cf. sentença do Tribunal de Comércio, de 16.06.2008, processo n.º 570/07.2TYLSB, 1.º juízo; e sentença do Tribunal de Comércio, de 06.12.2007, processo n.º 572/07.9TYLSB.

69 Cf. sentença do Tribunal de Comércio, de 16.06.2008, processo n.º 570/07.2TYLSB e sentença do Tribunal de Comércio, de 06.12.2008, processo n.º 572/07.9TYLSB, 1.º juízo.

70 Cf. sentença do Tribunal de Comércio, de 06.12.2007, processo n.º 572/07.9TYLSB, 3.º juízo.

71 Cf. sentença do Tribunal de Comércio, de 06.12.2007, processo n.º 572/07.9TYLSB, 3.º juízo.

72 Note-se que nada obsta a que, depois de instaurado um procedimento contra-ordenacional nos termos do artigo 24.º, n.º 1, da Lei da Concorrência, e de efectuadas diligências de busca e apreensão, a Autoridade, caso não consiga coligir prova bastante da consumação da infracção ou da responsabilidade da arguida, archive o procedimento em causa. O que, a suceder, inviabiliza a interposição de recurso por parte da arguida, da decisão final da Autoridade. E daí a importância da solução, consagrada no nosso regime legal, de permitir às empresas visadas por diligências de busca, subsequentemente à realização das mesmas, a interposição de recurso autónomo para o Tribunal de Comércio de Lisboa (e, da decisão deste, para o Tribunal da Relação de Lisboa).

73 Sobre o conceito de prazo razoável e sua importância, cf. Aguilar, 2006: 308 ss.. Para aferição dos requisitos estabelecidos pelo TEDH para determinar a razoável duração do processo, cf. Pinho, 2009: 18-24.

74 Nos casos portugueses julgados pelo TEDH em que foram analisados os requisitos de “*prazo razoável de decisão*”, nunca esteve em causa o prazo de decisão sobre este tipo de questões, mas a delonga na conclusão dos próprios processos (penais) (entre outros, cf. Lopes, 2009: 142). Os órgãos da CEDH consideram que a natureza do processo, o comportamento dos requerentes e a actuação das autoridades competentes são os critérios gerais que devem ser levados em conta para apreciar o “*prazo razoável*” (neste sentido, cf. Barreto, 2010: 184), sendo a complexidade do processo a explicação mais razoável para fundamentar um atraso na resolução da causa.

Deixamos aqui, também, uma nota relativamente à questão – invocada pela *Primagaz*⁷⁵, e não apreciada pelo Tribunal – de um mesmo Tribunal, em sede de recurso, se pronunciar, quer sobre a validade das diligências, quer sobre o mérito da causa (concorrendo para a decisão proferida a final da autoridade administrativa, a prova recolhida no âmbito dessas diligências).

Se, como vimos, no regime francês constante das disposições transitórias da *ordonnance* de 2008 cabia à *cour d'appel* de Paris apreciar, em sede de recurso, quer a validade da autorização judicial das diligências de busca, quer o mérito da decisão final da *Autorité de la concurrence*, no nosso sistema recorre-se em primeira instância, como também já vimos, para o Tribunal de Comércio de Lisboa, quer do modo como decorreram as diligências, quer da decisão final da Autoridade da Concorrência.

O facto de ser o mesmo Tribunal, enquanto órgão de soberania, a apreciar ambas as questões, decorre da própria competência atribuída por lei ao Tribunal de Comércio de Lisboa (artigo 50.º da Lei da Concorrência⁷⁶), sendo tal solução sustentada pela jurisprudência do Tribunal da Relação de Lisboa⁷⁷.

O Tribunal Europeu não se tem pronunciado sobre esta questão, em sede de análise do artigo 6.º da Convenção, mas tão só sobre o facto de ser o mesmo juiz a intervir em momentos diferentes do processo⁷⁸.

Quanto a esta última questão, a nossa lei interna indica, taxativamente, os casos em que o juiz se encontra impedido, por motivos processuais, de intervir em determinado processo. Nesse sentido, dispõe o artigo 40.º do CPP que “[n]enhum juiz pode intervir em julgamento, recurso ou pedido de revisão relativamente a processo em que tiver: a) aplicado medida de coacção [...]; b) presidido a debate instrutório; c) participado em julgamento anterior; d) proferido ou participado em decisão de recurso ou pedido de revisão anteriores; e) recusado o arquivamento em caso de dispensa de pena, a suspensão provisória ou a forma sumaríssima por discordar da sanção proposta”.

A doutrina tem considerado que o impedimento do juiz que participou em qualquer recurso anterior só “*tem justificação material em alguns casos, como por*

75 Acórdão *Primagaz*, § 17.

76 A Lei de Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais (Lei n.º 52/2008, de 28 de Agosto) limita-se a atribuir expressamente competência aos “juízos de comércio” para julgar “[o]s recursos das decisões da Autoridade da Concorrência, em processo de contra-ordenação” [artigo 121.º, n.º 2, alínea b)].

77 Neste sentido, Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, 17.01.2007, processo n.º 5807/06-5, 5.ª secção, pp. 10-11.

78 Acórdão *Primagaz*, § 30.

exemplo relativamente à intervenção dos mesmos juízes do tribunal de recurso que anularam uma decisão de arquivamento, no julgamento do recurso sobre a condenação do arguido”, mas já não terá fundamento, por exemplo, “quando o juiz do tribunal de recurso, que conhece o recurso interposto do despacho do tribunal de primeira instância de rejeição de constituição como assistente, [é chamado a] intervir no recurso interposto no mesmo processo de uma decisão do tribunal de primeira instância que não admite a intervenção de parte civil”⁷⁹.

Deveria, pois, segundo este entendimento, fazer-se um juízo casuístico, baseado na matéria sobre a qual, em concreto, o juiz é chamado a pronunciar-se em cada uma das fases processuais. E o juiz só estaria impedido se voltasse a pronunciar-se sobre a *mesma questão*.

Certo é que, principalmente em sede processual penal (e, *m.m.*, contra-ordenacional), não competirá ao intérprete distinguir onde o legislador não o fez, pelo que, para bem ser, o juiz do Tribunal de Comércio de Lisboa que apreciou, em sede de recurso, a validade e regularidade das diligências de busca efectuadas pela Autoridade da Concorrência, não deve intervir na apreciação do recurso que vier a ser efectuada por esse mesmo Tribunal sobre a decisão final da Autoridade.

Na medida em que os recursos interpostos das diligências de busca, para o Tribunal de Comércio de Lisboa, dão normalmente entrada nesse Tribunal em momento anterior à prolação da decisão final da Autoridade – e como, tal, em momento anterior a uma eventual interposição de recurso de (hipotética) decisão condenatória – esses despachos são distribuídos como *requerimentos avulsos*, podendo os recursos de várias arguidas ser apreciados por juízos, e juízes, diferentes⁸⁰.

Se um dos juízes que decidiu um desses recursos vier a ser chamado a julgar a impugnação judicial da decisão final da Autoridade, deverá, pois, no nosso entendimento, considerar-se impedido para intervir neste segundo momento⁸¹.

79 Neste sentido, cf. Albuquerque, 2007: 126-127.

80 Como se refere em acórdão da Relação de Lisboa: “sendo interposto um requerimento [...] o mesmo tem de ser objecto de distribuição e só o juiz a quem o processo for distribuído pode, apreciando o mesmo, pronunciar-se [...]. [Nestes casos,] não terá ainda dado entrada em juízo qualquer processo já que as apreensões são normalmente efectuadas no âmbito de processos que estão em fase de investigação” (acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 17.01.2007, 5.ª secção, processo n.º 5807/06-5).

81 Por nos parecer ser esta a interpretação mais consentânea com a letra e o espírito da lei, e não porque da simples intervenção do juiz em momento anterior resulte, *per se*, uma suspeita de falta de imparcialidade por parte do mesmo. No entanto, a imparcialidade do juiz não importa só uma componente subjectiva (relativa

Analisando a questão à luz da CEDH, a jurisprudência do TEDH não tem sido uniforme na solução alcançada, tendendo, antes, o Tribunal a apreciar casuisticamente o critério do *direito a um tribunal independente e imparcial*.

Assim, se no processo *De Cubber*⁸² o Tribunal entendeu que não se encontrava assegurada a garantia de imparcialidade do Tribunal, em função da intervenção do mesmo juiz em diferentes momentos processuais, já no caso *Hauschildt*⁸³ o Tribunal considerou que podia presidir ao julgamento o juiz que decidira sobre a manutenção da prisão preventiva do arguido.

O critério fundamental do TEDH para aferir da imparcialidade do Tribunal e, como tal, da conformidade ao artigo 6.º, n.º 1, da CEDH, é que o “juiz do julgamento não detenha uma opinião preconcebida sobre a culpabilidade do acusado, dado o exercício prévio de funções de acusação ou instrução”⁸⁴.

Questão diversa da que acabámos de analisar é a da apreciação, em sede de recurso, pelo Tribunal de Comércio, no mesmo momento processual, de diversos recursos (ou requerimentos) interpostos por diferentes arguidas. *In casu*, consideramos que os vários requerimentos deveriam ser apensos num só processo⁸⁵, sendo todos decididos pelo mesmo juiz, em prol da celeridade

ao pensamento do julgador em determinada circunstância concreta – esta imparcialidade presume-se –, mas uma componente objectiva “que dissipe todas as dúvidas ou reservas, porquanto mesmo as aparências podem ter importância de acordo com o adágio do direito inglês ‘justice must not only be done; it must also be seen to be done’ [...]” (neste sentido, cf. Barreto, 2010: 194). No mesmo sentido, lê-se em acórdão do Tribunal Constitucional: “o juiz que julga [tem de o fazer] com independência e imparcialidade. E importa, bem assim, que o seu julgamento surja aos olhos do público como um julgamento objectivo e imparcial” (acórdão do Tribunal Constitucional, n.º 124/90, in DR, II série, n.º 33, de 8.02.1991, p. 1517 ss.).

82 Acórdão do TEDH, de 26.10.84 (A 86), in: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/portal.asp?sessionId=71616740&skin=hudoc-en&action=request>, consultado em 31.05.2011 (§ 25 e § 26). Neste acórdão, o Tribunal considerou que as funções de juiz de instrução eram incompatíveis com as funções de juiz de julgamento, porque o juiz de instrução adquire um conhecimento do processo anterior ao dos seus colegas e, por isso, pode ter já formado uma opinião prévia que venha, eventualmente, a pesar na balança no momento da decisão.

83 Acórdão do TEDH, de 24.05.1989, in: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/portal.asp?sessionId=71616740&skin=hudoc-en&action=request>, consultado em 31.05.2011. Neste caso, o Tribunal não entendeu ser violador da Convenção um sistema que acumula nas mãos do mesmo juiz a decisão sobre medidas de instrução, sendo esta realizada pelo Ministério Público e pela polícia, e as de julgamento, e, em princípio, de manutenção de prisão preventiva (também, neste sentido, cf. Barreto, 2010: 196). No entanto, o Tribunal considera que teria de se chegar a solução diversa se, para decidir pela manutenção da prisão preventiva, o juiz tiver de verificar se existem suspeitas particularmente sólidas da prática da infracção.

84 Acórdão *Fey*, do TEDH, de 24.02.1993, § 26, in: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/portal.asp?sessionId=71616740&skin=hudoc-en&action=request>, consultado em 31.05.2011.

85 Oficiosamente (caso o Tribunal disso se aperceba) ou a requerimento das partes.

processual, da segurança jurídica e da equidade da solução obtida⁸⁶. E sendo todas as questões dirimidas no mesmo *iter* processual, não existem quaisquer preocupações relacionadas com a “*imparcialidade do tribunal*” que possam obstar a esta solução.

2.3. DA COMPATIBILIDADE DO REGIME LEGAL DAS BUSCAS COM O ARTIGO 6.º DA CONVENÇÃO

Como vimos, o TEDH, ao pronunciar-se sobre os vários aspectos do regime francês relativo às possibilidades de recurso das diligências de busca, considera estar-se perante um recurso jurisdicional efectivo, no sentido do artigo 6.º, n.º 1, da CEDH, se *i)* o Tribunal de recurso não só analisar o direito, como reapreciar a matéria de facto; *ii)* através de um recurso autónomo; *iii)* apreciado por juiz diferente daquele que autorizou as diligências; e *iv)* que permita obter uma decisão em prazo razoável.

Ora, da análise que levámos a cabo ao regime das buscas efectuadas pela Autoridade da Concorrência, resulta o seguinte:

As diligências de busca realizadas pela Autoridade são autorizadas pela entidade judiciária para o efeito competente, o Ministério Público, através de despacho fundamentado.

Da fundamentação subjacente à realização das diligências, bem como sobre o modo como as mesmas decorreram, cabe recurso para o Tribunal de Comércio de Lisboa, que julga de facto e de direito. Este recurso é interposto na sequência da realização das buscas e é tramitado de imediato e de forma autónoma, não se encontrando dependente do recurso que venha, hipoteticamente, a ser interposto de uma eventual decisão condenatória proferida pela Autoridade da Concorrência no âmbito desse processo.

Ou seja, o Tribunal de Comércio de Lisboa aprecia (de facto e de Direito) – através de um recurso autónomo, que será, em princípio, decidido em prazo razoável – a validade e regularidade das buscas anteriormente efectuadas pela Autoridade da Concorrência, mediante autorização de entidade judiciária (o Ministério Público) diversa daquela a quem cumpre decidir o recurso.

86 Obviava-se, pois, a que incidentes similares, mas deduzidos por empresas diferentes, todas arguidas em um mesmo processo, obtenham soluções díspares, *v.g.*, no que se refere a pedidos de deferimento de prorrogação de prazo de resposta à Nota de Ilícitude.

CONCLUSÕES

Na sequência da análise encetada, verifica-se que os aspectos constantes do regime francês que levaram o TEDH a pronunciar-se no sentido de uma violação ao artigo 6.º, n.º 1, da CEDH não estão presentes no regime português relativo às possibilidades de recurso das buscas efectuadas pela Autoridade da Concorrência.

Pelo que, à luz dos fundamentos invocados pelo TEDH nos dois acórdãos analisados (*Canal Plus* e *Primagaz*) – e sem prejuízo de diferente análise a ser realizada pelo próprio Tribunal, o que até ao momento não sucedeu – podemos concluir, *prima facie*, não existirem fundamentos para que Portugal possa vir a ser condenado por violação do artigo 6.º, n.º 1, da Convenção.

BIBLIOGRAFIA

AGUILAR, Francisco

2006 “Direito ao recurso, graus de jurisdição e celeridade processual”, in *O Direito*, vol. II, n.º 138, pp. 295-311.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto

2011 *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4.ª ed. actualizada, Lisboa: Universidade Católica Editora.

BARRETO, Irineu Cabral

2010 *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem – Anotada*, 4.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora.

BRITO, Maria Helena

2009 “A utilização do método comparativo em Direito Internacional Privado. Em especial, o problema da qualificação”, in Lebre de Freitas, José *et al.*, (org.) *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, vol. I, Coimbra: Almedina.

COSTEIRA, Maria José

2007 “As buscas e apreensões nos processos de natureza contra-ordenacional”, in *Sub Judice*, n.º 40, pp. 27-38.

CUPELLO, Leonardo

2002 *Direito à inviolabilidade do domicílio, da correspondência, das comunicações e dos meios de obtenção da prova no processo penal*, Relatório de Mestrado, Lisboa: FDUL (não publicado).

FERREIRA, Rui Cardona

2007 “Os sistemas de protecção jurisdicional dos direitos humanos na Convenção Europeia dos Direitos do Homem e na Convenção Americana de Direitos Humanos”, in *O Direito*, n.º 4, pp. 895-932.

GOMES CANOTILHO, JJ

2007 *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora.

GONÇALVES, Fernando e outro

2000 *Os tribunais, as polícias e o cidadão – o processo penal prático*, Coimbra: Almedina.

HOMOBONO, Nathalie,

2010 “Le rôle de la DGCCRF en matière de concurrence”, disponível no suplemento electrónico da Revista *Concurrences*, n.º 2, disponível in www.concurrences.com.

LOPES, José Eduardo Gonçalves

2009 *A execução das decisões do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem – O caso português*, Lisboa: AAFDL.

MARIE, André

2008 “Les enquêtes de la DGCCRF en matière de pratiques anticoncurrentielles”, in *Revue Lamy de la concurrence*, n.º 14, disponível in http://www.minefe.gouv.fr/directions_services/dgccrf/documentation/publications/publications_externes/contributions.htm.

MENDES PEREIRA, Miguel

2009 *Lei da Concorrência anotada*, Coimbra: Coimbra Editora.

MOURA E SILVA, Miguel

2008 *Direito da Concorrência – Uma introdução jurisprudencial*, Coimbra: Almedina.

PINHO, Danielle Lopes

2009 *A razoável duração do processo – Uma análise do caso europeu e brasileiro*, Relatório de Mestrado, FDUL: Lisboa (não publicado).

PIRES, Maria José Morais

2006 “Execução dos acórdãos do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem – o protocolo n.º 14 à Convenção Europeia dos Direitos do Homem”, in *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor André Gonçalves Pereira*, Coimbra: Coimbra Editora.

POÇAS, Sérgio Gonçalves

2010 “Processo Penal – Quando o recurso incide sobre a decisão da matéria de facto”, in *Julgar*, n.º 10, pp. 21-37.

RAMOS, Vânia Costa

2005 *A Autoridade da Concorrência, uma análise estatutária*, Relatório de Mestrado, Lisboa: FDUL.

RODRIGUES, Sara

2009 *Da Admissibilidade de apreensão de correio electrónico em sede de buscas efectuadas pela Autoridade da Concorrência*, Dissertação de Mestrado, Lisboa, FDUL.

SANCHEZ AGUILAR, Manuel

1998 *Compendio de derecho procesal*, Madrid: Editorial Montecorvo.

SIMAS SANTOS, M. & LEAL-HENRIQUES, M.

2007 *Recursos em Processo Penal*, 6.^a ed., Lisboa: Rei dos Livros.

JURISPRUDÊNCIA CONSULTADA

Acórdão do TEDH, *Société Canal Plus et a. vs. France*, 21.12.2010, 5.^a secção, n.º 29408/08.

Acórdão do TEDH, *Compagnie des gaz de pétrole Primagaz vs. France*, 21.12.2010, 5.^a secção, n.º 29613/08.

Acórdão do TEDH, *Fey vs. Áustria*, de 24.02.1993, n.º 14396/88.

Acórdão do TEDH, *De Cubber vs. Bélgica*, de 26.10.84 (A 86), n.º 9186/80.

Acórdão do TEDH, *Hauschildt vs. Dinamarca*, de 24.05.1989, n.º 10486/83.

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 7/87, de 9.01.1987, processo n.º 302/86, in www.tribunalconstitucional.pt.

Acórdão do Tribunal Constitucional, n.º 160/03, 3.^a secção, de 25.03.2005.

Acórdão do Tribunal Constitucional, n.º 593/08, 3.^a secção, de 25.03.2005.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 17.01.2007, 5.^a secção, processo n.º 5807/06-5.

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 28.10.2008, processo n.º 1441/08-1.

Sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa, de 10.07.2009, processo n.º 220/07.7TYLSB, 1.º Juízo.

Sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa, de 16.06.2008, 1.º juízo, processo n.º 570/07.2TYLSB.

Sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa, de 04.03.2008, 2.º juízo, processo n.º 571/07.0TYLSB.

Sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa, de 06.12.2007, 3.º juízo, processo n.º 572/07.9TYLSB.

Sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa, de 12.09.2007, 3.º Juízo, processo n.º 219/07.3TYLSB.

Sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa, de 2.05.2007, 2.º juízo, processo n.º 965/06.9TYLSB.