CINCO ANOS, CINCO DESAFIOS

Pedro Marques Bom / Ana Cruz Nogueira[*]

Abstract: *The present article focuses on the first five years of activity of the TCRS and derives from that past to identify the challenges that the court will face in the near future, as the number and complexity of the cases increases. The Court was first designed to render swifter and flawless decisions with high quality. Will the Court be able to address an increase of its activity with the same number of judges and without specialization of the judges? How can the Court invest in capacity building and retain judges and key staff? Should the Court be able to assess cases from all regulators or should it be a specialized court for specific matters only? Is the role of the Court a matter of law or a matter of policy? In this short article the authors try to answer these questions and plant seeds for discussion of the Court's role in the near future.*

Síntese: 1. Introdução. 2. TCRS: sua génese e finalidades pretendidas. 3. Os cinco anos de atividade do TCRS. 4. Os cinco desafios que o TCRS enfrenta.

1. INTRODUÇÃO

O ano de 2003 foi um ano decisivo para o direito português da concorrência, quer com a criação da Autoridade da Concorrência[1] (AdC), enquanto entidade administrativa independente responsável por assegurar a aplicação das regras de promoção e defesa da concorrência, quer com a entrada em vigor de um novo regime jurídico da concorrência[2] mais apto à efetivação da missão atribuída à AdC.

---

* Diretor-Geral de Investigação e Diretor do Departamento Jurídico e do Contencioso da Autoridade da Concorrência / Diretora-Adjunta do Departamento Jurídico e do Contencioso da Autoridade da Concorrência. As opiniões expressas pelos autores no presente artigo correspondem à sua visão pessoal e não vinculam de qualquer forma a Autoridade da Concorrência.

1 Decreto-Lei n.º 10/2003 de 18 de janeiro.

2 Lei n.º 18/2003, de 11 de junho.

Cerca de uma década depois, e no âmbito do processo reformista motivado pelo Memorando da Troika[3], assiste-se a um novo reajuste do direito da concorrência nacional, desta feita numa tripla perspetiva: novos estatutos para a AdC, um novo enquadramento normativo da concorrência e a criação de um tribunal de competência especializada em matéria de concorrência.

A criação do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (TCRS) em 2012 veio dar resposta a um conjunto de necessidades que começaram a fazer-se sentir progressivamente ao longo dos 10 anos de prática decisória por parte da AdC. E não deixa de ser revelador da sua importância pensar-se no TCRS como uma realidade com apenas 5 anos por contraposição aos 10 anos de atividade do Tribunal do Comércio e, ainda assim, ser difícil equacionar-se um cenário de controlo judicial da atividade da AdC sem a sua existência.

Na Faculdade de Direito de Lisboa, várias gerações de alunos, na primeira aula de uma das cadeiras introdutórias daquele curso, ouviram que "o Direito começou por não existir." A frase, em si uma evidência básica, permitia que os alunos compreendessem que alguém teve de pensar o Direito, de criar o conceito de Lei. Que antes de existir a ordem, alguém teve de a pensar. Também o TCRS começou por não existir.

Também alguém teve de o pensar, lhe definir competências, determinar a sua composição, assegurar o recrutamento e garantir a sua instalação.

E não foi, de facto, assim há tanto tempo que o contencioso emergente da atividade da AdC no exercício quer dos seus poderes sancionatórios, quer dos seus poderes de controlo prévio de operações de concentração era da competência do Tribunal do Comércio de Lisboa. Aquela solução que, em abstrato, poderia ser adequada em termos de organização judiciária para a apreciação deste tipo de litígios veio, no caso concreto, revelar-se manifestamente desajustada na resposta às necessidades específicas do contencioso originado pela atividade da AdC.

Recorde-se que, até 2012[4], as impugnações das decisões da AdC tramitavam junto do Tribunal do Comércio, disputando-se a agenda e os (escassos) recursos daquele Tribunal com processos de natureza distinta, designadamente, inúmeros processos de insolvência que, atento o seu caráter urgente, prevaleceriam sempre em termos de prioridade e oportunidade de calendarização sobre processos de natureza jusconcorrencial que, não sendo urgentes, apresentavam,

3 De 17 de maio de 2011.

4 O TCRS foi instalado em 30 de março de 2012 – cfr. artigo 1.º da Portaria n.º 84/2012 de 29 de março.

todavia, um nível elevado de especificidade e complexidade técnicas, balizadas por prazos prescricionais sempre curtos quando comparados com a capacidade de resposta judicial.

O número de pendências no Tribunal do Comércio de Lisboa punha efetivamente em causa a qualidade e a celeridade das decisões judiciais em matéria de concorrência e era suscetível de comprometer a eficácia das políticas de concorrência em Portugal.

Os cinco anos que medeiam a instalação do TCRS e o presente permitem concluir terminantemente que voltar ao paradigma anterior ao da sua criação, ou seja, ao da sua inexistência e ao *status quo* que vigorava até então, constituiria um retrocesso em termos de controlo judicial da atividade decisória da AdC, comprometendo, no imediato, a aplicação das normas nacionais da concorrência e do direito da União Europeia, e impactando, num segundo momento, nos níveis de concorrência na economia portuguesa.

Cinco anos após a criação do TCRS, a litigância na área da concorrência permite identificar um conjunto de aspetos francamente positivos decorrentes da criação deste tribunal de competência especializada mas, igualmente, verificar que o processo reformista do sistema judiciário[5], no qual a criação do TCRS se integrou, ficou, nalguns pontos aquém das suas pretensões originárias.

Estas pretensões originárias poderão ser ainda postas mais em causa face a recentes decisões judiciais adotadas pelo Supremo Tribunal de Justiça (STJ) na definição da competência material do TCRS.

Neste sentido, para além de uma avaliação do que tem sido a atividade do TCRS, pretende-se com o presente artigo identificar os desafios que se vão colocar já num futuro próximo ao TCRS e a todos os agentes que se relacionam com este Tribunal, e contribuir construtivamente para a discussão destas matérias, adiantando-se, para o efeito, algumas soluções aptas a assegurar o bom funcionamento do TCRS e a potenciar a melhoria contínua da qualidade das suas decisões.

2. TCRS: SUA GÉNESE E FINALIDADES PRETENDIDAS

A criação do TCRS foi inicialmente formalizada na Proposta de Lei n.º 32/XI aprovada em Conselho de Ministros, e integrada no Programa do XVIII Governo que estabelecia *"como uma das prioridades na área da justiça a promoção*

5 Motivado pelo Memorando da Troika de 17 de maio de 2011.

de novas políticas para uma Justiça mais simples, desburocratizada, célere, acessível, pontual, transparente e previsível"[6].

Aquele objetivo passou, entre outras medidas, pela aposta na especialização dos tribunais, criando-se o TCRS enquanto tribunal de competência especializada para a concorrência, regulação e supervisão e fixando-se o leque de competências específicas e exclusivas daquele então novo Tribunal.

Na referida Proposta de Lei reconhecia-se que o *"incremento da função reguladora do Estado, através de entidades independentes reguladoras, com competência sancionatória em sectores de actividade muito específicos e complexos, exige do sistema de justiça, nomeadamente dos Magistrados que têm de julgar recursos das decisões das entidades reguladores, nomeadamente em matéria contra-ordenacional, um elevado grau de especialização"*[7].

A criação do TCRS permitiria assim "*assegurar uma melhor redistribuição de processos e o descongestionamento e redução do número de pendências nos Tribunais do Comércio, tribunais onde o número de pendências é muito elevado. Às vantagens inerentes à redução do número de processos que aí se encontram, juntam-se a especial complexidade destas matérias, o impacto supra nacional dos bens jurídicos em causa e motivos de celeridade no andamento das decisões, garantindo uma decisão mais célere e mais adequada para estas questões"*[8].

Numa fase prévia à instalação do TCRS, as principais finalidades pretendidas com a sua criação foram, assim, a celeridade das decisões, a melhoria da qualidade das decisões, a uniformização de jurisprudência e o descongestionamento dos tribunais até então competentes. Estas finalidades seriam alcançadas por via da especialização do tribunal competente.

A especialização do tribunal pode ser analisada sob um ponto de vista orgânico com a criação de um tribunal de competência especializada a quem são atribuídas competências exclusivas em matérias específicas como a da concorrência. Mas a especialização do tribunal deve também ser aferida de acordo com os critérios de recrutamento dos seus juízes, nomeadamente, pela exigência de formação específica na área do Direito da Concorrência.

O legislador apenas assegurou a especialização sob o ponto de vista orgânico com a criação de um tribunal de competência especializada. De facto, no que

---

6 Disponível em https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=35425.

7 Idem.

8 Idem.

respeita à formação dos juízes que integram o TCRS, o legislador não previu como pressuposto prévio para o seu recrutamento a formação específica em direito da concorrência ou da regulação. O modelo consagrado é, pois, o de um tribunal de competência especializada, com juízes sem formação específica nas respetivas áreas de atuação.

A mesma realidade é transponível para os magistrados do Ministério Público.

O TCRS foi instalado em Santarém, em 30 de março de 2012 pela Portaria n.º 84/2012, de 29 de março, tendo a sua criação e instituição sido consagradas pela Lei n.º 46/2011, de 24 de junho e pelo Decreto-Lei n.º 67/2012, de 20 de março.

Enquanto tribunal de competência territorial alargada[9], os juízes a colocar no TCRS são, desde 2013, nomeados de entre juízes com mais de 10 anos de serviço e classificação não inferior a Bom com distinção[10].

À presente data, encontra-se instalado um juízo que integra três juízes.

3. OS CINCO ANOS DE ATIVIDADE DO TCRS

Se, tendo em conta as finalidades pretendidas pelo Governo com a criação do TCRS, tivéssemos que sintetizar a atuação do TCRS nos primeiros cinco anos numa só palavra, essa palavra seria provavelmente celeridade.

A celeridade decisória foi talvez a maior mudança de paradigma face ao modelo anterior. No que respeita ao contencioso da concorrência, os períodos médios de prolação das decisões foram substancialmente reduzidos.

Atualmente, em matéria contraordenacional, um recurso de decisão interlocutória é decidido, em média, em menos de dois meses[11]; e um recurso de decisão final é decidido, em média, em menos de 6 meses[12]. Quanto aos processos judiciais que têm origem no exercício dos poderes de controlo prévio de operações de concentração[13], as ações administrativas são decididas, em média, em menos de 6 meses.

---

9 Cfr. artigo 83.º da Lei da Organização do Sistema Judiciário (LOSJ).

10 Cfr. artigo 183.º da LOSJ.

11 Excluído o período de férias judiciais e questões prévias e/ou incidentais tais como recursos para o Tribunal da Relação de Lisboa ou Tribunal Constitucional com efeito suspensivo do processo.

12 Idem.

13 Excluídos os processos que transitaram do Tribunal do Comércio de Lisboa e excluído o período de férias judiciais.

A celeridade e a previsibilidade da cadência decisória do TCRS tem permitido, de facto, aos Reguladores e aos administrados calcular os prazos médios de decisão e adequar a sua atuação, ponderando os benefícios do recurso à via judicial e, sobretudo, tendo a segurança de uma decisão em tempo útil.

A celeridade das decisões judiciais é um ponto fulcral para a atividade sancionatória desenvolvida pela AdC se se pensar nos prazos prescricionais legalmente previstos. A redução do período temporal que um processo fica pendente no TCRS por comparação com a situação anteriormente vivida no Tribunal do Comércio de Lisboa impõe uma maior eficácia do *enforcement* e favorece a implementação da política de concorrência desenvolvida pela AdC.

No que respeita à qualidade decisória do TCRS, e tendo em conta que os juízes titulares dos processos respeitantes à atividade da AdC não têm formação específica na área do direito e da economia da concorrência, vem-se verificando, desde a sua criação até à presente data, um aprofundamento dos conhecimentos nestas matérias.

Por um lado, destaca-se o recurso por parte dos juízes (e também dos magistrados do Ministério Público) a assessores económicos em processos de cariz iminentemente económico (por exemplo, nos processos de abuso de posição dominante) e cuja complexidade justificam este tipo de intervenção.

Por outro lado, não se pode deixar de dar nota ao estreitar de relações institucionais entre o TCRS e a academia, consubstanciado na celebração de diversos protocolos, podendo destacar-se os protocolos de colaboração entre o IDEFF, o Instituto Europeu, o Centro de Estudos Judiciários e a Comissão Europeia que asseguram cursos de formação para juízes em direito europeu da concorrência.

Esta qualidade decisória era suscetível de melhoria caso houvesse formação prévia específica de juízes e magistrados do Ministério Público nesta área? Sem dúvida e, como veremos, esse é um dos desafios que já hoje se coloca ao TCRS.

Cinco anos não serão ainda suficientes para uma análise exaustiva relativa à uniformização jurisprudencial em matéria de concorrência. Mas esta será seguramente uma consequência natural da produção jurisprudencial do TRCS nos próximos anos.

Em matérias de índole processual, como por exemplo no que respeita ao acesso ao processo para efeitos do exercício dos direitos de defesa, ou à classificação de informação confidencial, o TCRS tem dado um importante contributo na interpretação de normas e na integração de lacunas, disciplinando

consequentemente a atividade da AdC e contribuindo para decisões mais robustas com menor sindicância por parte dos administrados.

Face ao número de recursos de decisões interlocutórias quanto a estas matérias, é possível, no que respeita ao contencioso da AdC, verificar-se alguma estabilização e uniformização jurisprudencial ao nível do TCRS. Saber se o Tribunal da Relação de Lisboa vai acompanhar esta realidade é, talvez, como se analisará de seguida, um dos maiores desafios que o contencioso da concorrência e o próprio TCRS enfrenta desde já.

Celeridade, qualidade decisória e uniformização jurisprudencial são, pois, três vetores que se interrelacionam e cuja melhoria necessitará sempre de um papel ativo por parte do TCRS mas também dos Reguladores.

A consequência da celeridade, qualidade decisória e uniformização jurisprudencial será naturalmente o acréscimo e melhoria da prática decisória dos Reguladores, sendo esta harmonia essencial para que aqueles objetivos que presidiram à criação do TCRS continuem a verificar-se, que amadureçam e que continuem a justificar a existência deste Tribunal.

4. OS CINCO DESAFIOS QUE O TCRS ENFRENTA

Importará começar por relembrar que a violação das regras da concorrência pode, literalmente, subtrair milhões de euros à economia nacional, afetando a qualidade de vida do país e dos cidadãos. Não é ficção, não são meras frases feitas. Cada vez que o Estado é prejudicado num concurso público e paga mais porque duas empresas se apresentam a concurso em conluio todos nós enquanto cidadãos somos onerados nos nossos rendimentos. Cada vez que duas empresas fixam os preços de forma ilegal, todos nós somos onerados nos nossos rendimentos e na nossa liberdade de escolha.

A concorrência é assim, e desde logo, uma questão cultural. O país precisou de anos para que os cidadãos compreendessem que a fuga aos impostos e a economia paralela atrasam o desenvolvimento nacional. O país precisará ainda de anos para perceber que o cumprimento das regras de concorrência não é mero capricho político, económico ou jurídico. É uma necessidade sentida em todas as jurisdições desenvolvidas do mundo e, como se sabe, realidade tratada como crime em muitos países.

Uma mudança de paradigma exige um processo contínuo, eficiente e eficaz de administração da justiça e de aplicação do direito, sendo certo que o efeito dissuasor da aplicação do direito da concorrência variará em função da maior ou menor credibilidade do sistema.

Neste processo, o TCRS tem um papel vital. Em primeiro lugar, é necessário que a AdC seja capaz de conduzir mais investigações, com mais qualidade e em tempo razoável e que a política sancionatória se revele credível e proporcionalmente adequada.

Em segundo lugar, e como espelho da atividade administrativa, é necessário que o TCRS seja capaz de decidir mais processos, com qualidade e em tempo razoável e que a determinação de coimas pelos Tribunais se revele credível e proporcionalmente adequada.

Este controlo judicial é absolutamente essencial. Desde logo, o TCRS tem um efeito disciplinador da atividade da AdC, conduzindo a uma maior eficiência e eficácia na atividade administrativa, na exata medida em que a AdC procura incorporar na sua prática decisória os ensinamentos dos Tribunais; por outro lado, os administrados tenderão a credibilizar as decisões que beneficiam da jurisprudência e a conformar os seus comportamentos de acordo com as regras aplicáveis. Neste ciclo, o *enforcement* aumenta e a violação das regras diminui; a economia e o bem-estar social crescem. O problema reside no facto de esta frase simplista encerrar em si mesma um processo que pode levar anos, atravessar gerações, várias reformas legislativas, vários Governos e um esforço contínuo e coerente na administração da justiça.

É neste contexto de longo prazo que o TCRS deve ser pensado e é a pensar no futuro não imediato que os desafios se podem e devem colocar. O primeiro maior desafio que se coloca aos decisores no presente é serem capazes de lançar hoje as reformas necessárias cujos resultados serão alcançados por outros no futuro.

O TCRS enfrenta no futuro os desafios que se colocam normalmente às instituições jovens: o volume de trabalho vai seguramente aumentar, a qualidade do trabalho vai seguramente aumentar; existirá alguma resistência ao crescimento proporcional de recursos humanos e financeiros e existirá alguma resistência à realização de reformas que se revelem necessárias, pelo facto de o modelo desenhado ser ainda recente.

Concretizando. Pense-se que a AdC (à semelhança de outros reguladores) é uma autoridade ainda jovem (criada apenas em 2003 e que confronta com autoridades de outros países que existem há muitas décadas), que vem investindo no reforço dos seus poderes, das suas competências e dos seus quadros. Isto significa que se deve esperar um aumento importante do número e complexidade de processos nesta área (o mesmo podendo transpor-se para a realidade de outros reguladores). Os atuais indicadores já demonstram isso

mesmo, verificando-se um aumento exponencial de diligências de busca e apreensão e do número de investigações, que se materializará no curto prazo num aumento do número de decisões, adotadas em prazos mais curtos. Foi assim também no resto do mundo.

Pense-se que apenas em 2017 a AdC realizou mais diligências de busca e apreensão do que no período anterior desde a sua criação; ou que há 5 anos atrás a AdC não estava preparada para conduzir investigações mais complexas envolvendo simultaneamente múltiplas visadas e volumes de informação de muitos milhares de documentos; ou por exemplo que a primeira condenação por abuso de posição dominante confirmada em Tribunal ocorreu apenas em 2015.

O TCRS será necessariamente o espelho da atividade dos diferentes reguladores, com a diferença importante de que pode e deve influenciar através do controlo judicial das decisões o futuro da atividade destas instituições.

Tal significa que o TCRS não deve ser pensado em função do volume de trabalho observado nos últimos anos, mas antes em função do volume de trabalho esperado face ao amadurecimento natural das instituições. Procurando sistematizar o discurso, são cinco os desafios que se colocam ao TCRS no futuro próximo: celeridade, qualidade, capacidade de crescimento, capacidade de retenção e delimitação da competência material.

O TCRS apresenta hoje taxas de celeridade invejáveis (considerando, desde logo, a complexidade crescente dos processos, os parcos recursos humanos e alguma rotação de magistrados).

Do mesmo modo, as sentenças do TCRS vêm apresentando uma densidade e qualidade crescentes, que beneficia também dos contributos da AdC e dos advogados de concorrência, mas que encontrou já um espaço próprio de análise capaz de nortear a administração e os administrados.

Todavia, parece evidente que, face ao incremento esperado na atividade da AdC (e de outros reguladores), essa celeridade e a qualidade desejada das decisões estarão comprometidas sem um reforço proporcional dos quadros do TCRS. Os seis meses atualmente necessários para proferir uma sentença com qualidade rapidamente passam para um ou dois anos; o prazo de decisão agrava-se igualmente nos tribunais superiores; compromete-se a qualidade; leva-se os juízes à exaustão; perde-se capacidade de retenção de magistrados neste Tribunal e rapidamente se admite discutir (como já sucedeu no passado) soluções como o alargamento dos prazos de prescrição ou a limitação das possibilidades de recurso das visadas. Errado.

Existe, manifestamente, espaço para a criação de mais juízos no TCRS, que permita fazer face ao trabalho esperado já no imediato. Não pode esquecer-se que a complexidade crescente de algumas investigações de concorrência permite que se possa esperar com elevada certeza que num futuro próximo os julgamentos possam envolver uma multiplicidade de visadas, largas dezenas de testemunhas e algumas dezenas de advogados e assessores, num trabalho exigente que se prolongará por vários meses. Esta realidade, replicada por vários processos, exige um reforço de quadros do TCRS.

Simultaneamente, o reforço contínuo da qualidade tem também de ser uma prioridade. Sem prejuízo do esforço permanente dos magistrados que desempenham funções neste Tribunal para oferecer uma resposta de referência aos processos, faria sentido investir numa formação especializada dos magistrados que devam desempenhar funções neste Tribunal (esse investimento em formação pode passar pelo próprio Centro de Estudos Judiciários, mas também por universidades portuguesas e estrangeiras e por instituições como a Comissão Europeia ou a OCDE).

Por outro lado, é necessário criar condições para que os juízes se possam fixar e querer permanecer neste tribunal (não se discutindo aqui sequer a bondade da localização geográfica do Tribunal). Não parece compatível com os objetivos inicialmente pensados para o TCRS criar um tribunal especializado em Santarém e aceitar sem questionar que os magistrados aí possam permanecer por períodos de apenas um ou dois anos ou que possam aí ingressar para logo aceitar destacamento noutro Tribunal. Uma excessiva rotação de magistrados tem o efeito perverso de não permitir ao Tribunal acumular e consolidar *know-how* e, simultaneamente, pode colocar os próprios magistrados, provenientes muitas vezes de tribunais criminais ou cíveis, perante o desafio de terem de realizar um esforço elevado de investimento em formação nas áreas da concorrência e da regulação económica (muitas vezes a expensas suas) sem a certeza de que continuarão no mesmo tribunal por um período de tempo razoável. Não faz sentido. Mais até do que a exigência de um período mínimo de experiência como magistrado para o ingresso no TCRS, dir-se-á que que um compromisso entre formação especializada e disponibilidade para permanecer no lugar a médio prazo são fatores essenciais para a consolidação da experiência e *know-how* do Tribunal.

Finalmente, não pode pensar-se o TCRS e o sistema de *enforcement* como um todo sem pensar também o controlo das sentenças do TCRS.

Este controlo jurisdicional está concentrado, por força da lei, no Tribunal da Relação de Lisboa, que decide em última instância os recursos interpostos das sentenças do TCRS.

Pela natureza última deste recurso e pelas mesmas razões que nos levam a pensar o TCRS como um Tribunal de referência em que se justifica investir, dir-se-á que o sistema seria mais eficiente com a criação de uma secção especializada em concorrência e regulação no Tribunal da Relação de Lisboa, compreendendo vários coletivos de juízes. Tomando como referência o modelo do Tribunal de Justiça da União Europeia, parece que se poderia admitir que uma tal secção integrasse (necessariamente) magistrados de carreira, mas também profissionais reconhecidos da área (professores universitários ou advogados, por exemplo), que desempenhariam as suas funções por período certo e não renovável de alguns anos (em regime apertado e controlado de exclusividade e incompatibilidades).

Paralelamente, poderia fazer sentido criar um mecanismo de uniformização de jurisprudência ao nível deste Tribunal da Relação, que permitisse de modo automático que uma decisão fosse decidida pelo pleno dos juízes da secção especializada sempre que o acórdão a proferir em determinado caso se apresentasse em contradição com acórdão adotado para matéria semelhante. Independentemente de todas as reservas dogmáticas, o direito da concorrência é efetivamente especial, na exata medida em que a partir de dois artigos apenas do atual Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (artigos 101.º e 102.º) foi possível criar nas várias jurisdições nacionais todo um regime legal de direito da concorrência, em que as orientações da Comissão Europeia e a jurisprudência do TJUE continuam a ser ferramentas preciosas para a análise, interpretação e aplicação do direito nacional. A importância da jurisprudência nacional para a construção deste edifício jurídico permite pensar a criação de mecanismos de uniformização que limitem o impacto real de decisões contraditórias ao nível de um Tribunal da Relação de Lisboa, que se pretende seja a referência que fecha o círculo de *enforcement* para o qual todos contribuímos.

Finalmente, o TCRS enfrenta outro importante desafio que se prende com a delimitação do âmbito da sua própria competência. De acordo com a LOSJ, a competência do TCRS afere-se de modo enunciativo, tendo o legislador identificado especificamente as entidades cujas decisões em processo contraordenacional são suscetíveis de controlo por parte deste tribunal. Optou-se ainda por consagrar uma cláusula aberta que atribui competência ao TCRS

relativamente a todas as decisões de âmbito contraordenacional *"das demais entidades administrativas independentes com funções de regulação e supervisão"*[14].

Esta formulação residual, mas de caráter indesejavelmente genérico, tem originado decisões por parte do próprio TCRS quanto ao âmbito da sua competência e abriu a porta a diversos conflitos negativos de competência com plena intervenção decisória, nem sempre uniforme, por parte do STJ. Saber o que são "*entidades administrativas independentes com funções de regulação e supervisão*" tem sido objeto de várias decisões judiciais desde 2012 (muitas vezes contraditórias), as quais determinaram o alargamento de competência do TCRS a entidades como a Comissão Nacional de Proteção de Dados, o INFARMED, o IMPIC e, mais recentemente, a ASAE.

Em suma, o critério adotado pelo STJ para efeitos de qualificação de "entidade administrativa independente" tem sido o de a entidade aplicar a sanção contraordenacional de forma autónoma sem que tenha de ser confirmada por despacho ou prévia apreciação da tutela do Estado.

Discutir se a norma em questão deve ser interpretada de forma mais restritiva ou mais ampla é uma discussão a nosso ver infrutífera. Há cerca de cinco anos que essa discussão é tida nas diversas instâncias dos tribunais e, ainda hoje, o que se verifica é que a competência do TCRS tem dependido das posições oscilantes e variáveis dos tribunais, que aferem casuisticamente da matéria. Há segurança e certeza jurídicas quando uma secção do STJ considera o TCRS competente para apreciar uma sanção contraordenacional do INFARMED e outra secção o considera incompetente? Parece-nos que não.

Na prática, a interpretação mais maximalista do conceito "*entidades administrativas independentes com funções de regulação e supervisão*" sufragada ultimamente pelo STJ tem levado, e vai levar mais ainda, ao alargamento da competência do TCRS de tal modo que, a não ser invertida tal tendência, o TCSR tornar-se-á no "tribunal da contraordenação", realidade que contraria as finalidades pretendidas com a sua criação.

Não se pretende discutir aqui a bondade técnica das várias decisões (contraditórias) do STJ. Parece-nos todavia claro que o TCRS, no modelo inicialmente pensado e implementado, tinha como escopo ser um tribunal de referência para processos especialmente complexos, em matérias com especial relevo para o Estado, capaz de responder de forma célere e especializada. Recorde-se que havia uma clara preocupação de celeridade e descongestionamento dos

14 Alínea g) do n.º 1 do artigo 112.º LOSJ.

Tribunais. Neste sentido, mal se compreenderia que o Tribunal especializado chamado a julgar de forma célere processos de grande dimensão e complexidade, em que se podem decidir coimas de muitos milhões de euros, pudesse ser também o mesmo tribunal que teria de julgar centenas ou milhares de pequenas contraordenações de algumas centenas ou milhares de euros. Ou o modelo foi mal desenhado ou o atual tribunal terá necessariamente de ser totalmente reconfigurado na sua dimensão e competências.

É possível, mantendo os mesmos recursos humanos (pense-se no números de juízes, de magistrados do Ministério Público, de funcionários judiciais) e as mesmas instalações, aumentar o número de pendências em Tribunal em razão do alargamento da sua competência e em simultâneo assegurar a celeridade e a qualidade decisória? Mais uma vez, também nos parece que não.

Não deve a discussão ser erradamente concentrada na interpretação do que deva considerar-se entidade independente com funções de regulação ou supervisão, mas antes assumir-se de forma transparente qual o modelo que se pretende para o TCRS e, consequentemente, quais os resultados que se pretende obter.

Esta situação justificará uma intervenção por parte do legislador, no sentido de clarificar a competência do TCRS e assegurar que as atribuições que lhe foram acometidas e que estiveram na origem da sua criação não ficarão comprometidas. Mas, em nosso entender, não há soluções intermédias: ou se limita o âmbito material das competências do TCRS ou se alarga dramaticamente a sua dimensão e estrutura (ou assume-se a rutura com os objetivos iniciais de celeridade, qualidade e especialização).

Em conclusão, dir-se-á que a experiência dos últimos cinco anos não poderia ter sido mais enriquecedora, tendo-se assistido ao amadurecimento conjunto do TCRS e da AdC, mas também dos vários *stakeholders*, crescentemente mais atentos aos desafios da concorrência para a sociedade. Estes cinco anos permitem também que se possa refletir sobre o futuro e tentar pelo menos apontar algumas soluções para desafios que se colocarão já amanhã a todos nós.