

COMPETÊNCIA DO TCRS EM RELAÇÃO À INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA FASE ORGANICAMENTE ADMINISTRATIVA DO PROCESSO DE CONTRAORDENAÇÃO POR PRÁTICAS RESTRITIVAS DA CONCORRÊNCIA*

Marta Campos

ABSTRACT *This paper focuses on the exercise of judicial control by the Competition Court in relation to the acts resulting from the intervention of the Public Prosecutor's Office during the organically administrative phase of the procedure for the enforcement of sanctions for anticompetitive practices. It tackles the case-law relating to the acts of the Public Prosecutor, and the disparities therein, and goes into the space for discussion and reflection regarding the acts of the Competition Authority in execution of decisions of Public Prosecutors*

SUMÁRIO 1. Introdução. 2. Atos próprios do Ministério Público. 3. Atos próprios da Autoridade da Concorrência. 3. Síntese da jurisprudência do TRCS e do TRL. 4. Conclusões.

1. INTRODUÇÃO

O presente texto versa sobre uma questão que tem sido bastante debatida no Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (doravante “TCRS”) nos processos de contraordenação por práticas restritivas da concorrência e que consiste, em termos genéricos, na competência do TCRS para apreciar atos¹ gerados pelo âmbito de intervenção do Ministério Público (doravante “MP”)

* Este texto corresponde, no essencial, à apresentação oral que efetuei na Conferência dos 10 anos do Círculo dos Advogados Portugueses de Direito da Concorrência, realizada no dia 12 de abril de 2019.

1 Utiliza-se, no texto, o termo “atos” para designar o objeto do controlo judicial em sentido amplo e apenas por facilidade de expressão, sem que com isso se esteja a assumir qualquer posição no sentido de que o TCRS possa atuar ou não, designadamente no âmbito de recursos de decisões interlocutórias, sobre atos que não sejam decisões. Aliás, a opção pelo termo “atos” está também relacionada com a necessidade de se evitar que, por via de uma opção conceitual não refletida, se retirasse do texto um entendimento implícito sobre uma questão, complexa, que ultrapassa o tema em discussão.

durante a fase organicamente administrativa do processo de contraordenação por práticas restritivas da concorrência.

A questão está especificamente relacionada com o artigo 21.º, do Novo Regime Jurídico da Concorrência (doravante “NRJC”), que atribui ao Ministério Público competência para autorizar a realização de determinadas diligências de prova durante a fase organicamente administrativa do processo de contraordenação por práticas restritivas da concorrência. Essas diligências probatórias são aquelas que estão previstas no artigo 18.º, n.º 1, alíneas c) e d), do NRJC, e no artigo 20.º, n.º 1, do NRJC, sendo o exemplo mais típico e recorrente a autorização para a realização de buscas e exames em instalações das empresas.

É bastante seguro que a decisão do Ministério Público – desde logo, face ao seu potencial de afetação da esfera jurídica dos visados – tem de ser passível de controlo judicial. Contudo, o NRJC é omissivo sobre este ponto, nada estipulando sobre os termos do controlo judicial ou sobre os meios de reação judicial respetivos, pelo que, tratando-se de uma matéria que carece necessariamente de uma expressão legal positiva, tal omissão corresponde a uma lacuna.

Nos capítulos seguintes irei explicitar o entendimento que tenho adotado sobre os termos de preenchimento desta lacuna, o que implicará a distinção entre os atos próprios do Ministério Público e os atos próprios da Autoridade da Concorrência (AdC) em execução daqueles. Adicionalmente, como não há entendimentos coincidentes no TCRS e no TRL sobre esta questão, apresentarei uma síntese da jurisprudência sobre a matéria, antes das conclusões finais.

2. ATOS PRÓPRIOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Os atos próprios do Ministério Público reportam-se tão simplesmente aos atos praticados pelo Ministério Público, sendo o exemplo mais paradigmático o despacho de autorização.

Em tese são equacionáveis três hipóteses de solução para o problema identificado, que podemos enunciar nos seguintes termos: (i) a primeira hipótese consiste na impugnação da decisão do MP perante a AdC e recurso desta decisão para o TCRS; (ii) a segunda hipótese traduz-se na impugnação da decisão do MP diretamente perante o TCRS; (iii) e a terceira hipótese reconduz-se ao controlo judicial subsequente pelo TCRS durante a fase de impugnação judicial da decisão final proferida pela AdC.

A primeira hipótese é a mais intuitiva e linear, face às competências do TCRS (cf. artigo 112.º, da Lei de Organização do Sistema Judiciário – doravante “LOSJ”) e ao regime dos recursos previsto nos artigos 83.º e ss, do NRJC. Contudo, depara-se com obstáculos de natureza estrutural e teleológica inultrapassáveis.

Assim, do ponto de vista estrutural, importa ter presente que o Ministério Público, no seu recorte jurídico-constitucional, consagrado nos artigos 219.º e ss., da Constituição, pese embora não exerça “a função judicial em sentido estrito que é da reserva dos tribunais judiciais”², é um órgão do poder judicial, ou seja, “é uma entidade que constitui, ao lado do tribunal, um órgão autónomo de administração da justiça”³. Isto é assim não só quando o Ministério Público intervém como titular da ação penal, mas também, pelo menos, em todas as funções e intervenções de natureza judiciária. Desta premissa essencial parte-se para uma segunda, que se traduz no seguinte: enquanto órgão do poder judicial, as “iniciativas e decisões de natureza judiciária do Ministério Público ... estão sujeitas ao controlo interorgânico dos tribunais”⁴. Estas duas premissas conduzem lógica e necessariamente à conclusão de que é inaceitável, desde logo, na perspetiva constitucional, que a AdC possa exercer qualquer tipo de controlo sobre as iniciativas e decisões de natureza judiciária do Ministério Público. Simplesmente, não pode. Só os tribunais o podem fazer.

Para além de estar vedada a referida possibilidade, numa ótica de opções constitucionais fundamentais, também seria fatalmente incongruente de um ponto de vista teleológico, pelo seguinte: conforme se exarou, na sentença proferida no processo n.º 83/18.7YUSTR, a atribuição de competência ao Ministério Público prevista nos artigos 18.º, n.º 2, e 21.º, ambos do NRJC “*garante um nível de proteção dos direitos e interesses das visadas acrescido pela via da equiparação das diligências de busca, exame, recolha e apreensão, previstas nas alíneas c) e d) do n.º 1 dos arts.º 18.º, 19.º e 20.º do NRJC, às diligências de busca e apreensão do processo penal*”. Ou seja, tratou-se de uma opção legislativa que visou mais garantia no que respeita ao decisor e não menos, face a meios de obtenção de prova que se caracterizam por uma “maior agressividade”⁵. Seria uma aporia insustentável admitir que a competência, em primeira linha, cabe ao Ministério Público em nome de uma opção que oferece mais garantias do

2 Mesquita, 2003: 50.

3 *Idem*, p. 50.

4 *Idem*, p. 49.

5 Moutinho & Duro, 2013: 209.

que a AdC, para, no momento seguinte, se aceitar que a AdC pode rever e substituir – ou seja, controlar – as decisões do Ministério Público.

Por estas razões, rejeita-se esta primeira hipótese de solução não só no plano do direito constituído, mas também no plano do direito a constituir.

Passemos para a análise da segunda hipótese – impugnação da decisão do MP diretamente perante o TCRS.

O primeiro argumento em sentido contrário consiste no facto da competência do TCRS estar dependente da existência de uma *decisão, despacho ou medida* da AdC – cf. artigo 112.º, n.º 1, alínea a), da LOSJ. Contudo, este argumento não é decisivo, pois, face ao disposto no artigo 112.º, n.º 5, da LOSJ, não se pode ter por totalmente excluída – pelo menos, para efeitos de melhor ponderação – a possibilidade do Tribunal ser chamado a intervir diretamente. Por conseguinte, considera-se que a resposta definitiva não está neste horizonte de análise.

Avançando noutra direção, importa realçar que os artigos 18.º, n.º 2, e 21.º, ambos do NRJC, ao atribuírem competência ao Ministério Público, saíram fora da arquitetura-padrão de competências e controlo prevista no NRJC, corporizada pela AdC e pelo TCRS. Concomitantemente, tais normas ao fazerem intervir o Ministério Público, na qualidade de “*autoridade judiciária competente*”, estão a pressupor, por via da utilização do designativo e função exercida pelo Ministério Público na fase de inquérito do processo penal (cf. artigos 1.º, alínea b), e 263.º, n.º 1, ambos do Código de Processo Penal – doravante “CPP”), uma atuação organicamente enquadrada dentro do regime definido pelo complexo de normas de origem dessa atuação enquanto “*autoridade judiciária competente*”, ou seja, o CPP. Esta asserção sai reforçada pela circunstância do legislador não ter incluído no NRJC normas específicas sobre o controlo dos atos e decisões do Ministério Público.

A conclusão a que estas premissas nos conduzem é que as decisões e os atos praticados pelo Ministério Público, no processo de contraordenação por práticas restritivas da concorrência, devem estar sujeitos aos mesmos mecanismos de controlo endoprocessual previstos no CPP para as decisões e atos praticados pelo Ministério Público, enquanto *autoridade judiciária competente*, que se adaptem, evidentemente, ao processo contraordenacional. Vejamos quais são esses mecanismos de controlo.

No processo penal, a atuação do Ministério Público enquanto autoridade judiciária competente – isto é, na fase do inquérito – está sujeita a mecanismos de controlo intraorgânicos, através da intervenção hierárquica, e a um controlo *interorgânico*, ou seja, a um controlo exercido por um órgão do poder

judicial diferente do próprio Ministério Público. Este controlo interorgânico, em regra, é o controlo judicial exercido sobre a decisão final do inquérito, pelo juiz de instrução na fase de instrução e/ou pelo juiz de julgamento nesta fase final.

Há também a intervenção do juiz de instrução durante a fase de inquérito. Contudo, o juiz de instrução não intervém especificamente como instância de controlo interorgânico dos atos praticados pelo Ministério Público, mas como expressão da “reserva judicial relativamente à aplicação de medidas que afectem os ... direitos, liberdades e garantias”⁶, sendo uma intervenção ocasional, provocada e tipificada⁷, ou seja, intervém em matérias que estão excluídas do poder de decisão do Ministério Público, tematicamente vinculadas à protecção dos referidos valores constitucionais, podendo-se afirmar com Paulo Dá Mesquita, que entre o juiz de instrução e o Ministério Público existe uma “*relação de equiordenação*”⁸.

Face à tipificação prevista nos artigos 268.º e 269.º, ambos do CPP, relativamente aos atos que o juiz de instrução pode praticar, ordenar ou autorizar na fase de inquérito, conclui-se que, no processo penal, o mérito das decisões proferidas pelo Ministério Público não pode ser invocado autonomamente perante o juiz de instrução, na fase referida. Tem-se noção de que este entendimento não é unânime (pelo menos, quanto a vícios formais), conforme se pode constatar por via da fundamentação do acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 24.09.2015, processo n.º 208/13.9TELSB-B.L1-9º, que indica abundante doutrina e jurisprudência num sentido e no outro. Contudo, é aquele que, face aos parâmetros enunciados, se considera, com muito respeito pela posição contrária, o mais consentâneo com as opções legais adotadas.

Contudo, tal não significa que ao juiz de instrução esteja sempre vedada a competência para rever o mérito das decisões proferidas pelo Ministério Público na fase de inquérito. Poderá fazê-lo, mas por via incidental apenas quando relevem para as decisões que terá de proferir, tipificadas na lei e tematicamente vinculadas. Só nestas hipóteses muito limitadas se poderá admitir um controlo interorgânico, residual, por parte do juiz de instrução.

Destes mecanismos, retira-se a solução para a questão da competência para a revisão ou controlo do mérito das decisões do Ministério Público durante o

6 Mesquita, 2003: 327.

7 *Idem*, p. 182.

8 *Idem*, p. 171.

9 *In* www.dgsi.pt.

inquérito, traduzindo-se no seguinte: sem prejuízo de um eventual controlo intraorgânico¹⁰, qualquer decisão do Ministério Público, nessa fase, ainda que seja “definitiva na sequência procedimental do inquérito, não vincula o órgão judicial que vier a intervir em fases subsequentes do processo”¹¹. Por conseguinte e em síntese do que se referiu, qualquer decisão do Ministério Público está sujeita a um controlo endoprocessual interorgânico que é garantido pelo controlo judicial (i) “em sede de incidentes judiciais que relevem os actos inválidos”¹² pelo juiz de instrução, na fase de inquérito (*controlo residual*, conforme referido) e (ii) pelo controlo judicial subsequente “no decurso de fases dirigidas judicialmente”¹³, instrução e/ou julgamento (*controlo regra*).

A aplicação destes parâmetros ao processo contraordenacional por práticas restritivas da concorrência leva-nos a concluir pela inviabilidade da segunda hipótese referida e em análise, no sentido do mérito da decisão do Ministério Público ser contestado diretamente perante o TCRS na fase organicamente administrativa, pois, na fase de inquérito do processo penal, não existe este tipo de controlo interorgânico, mas apenas aquele controlo judicial residual por parte do juiz de instrução.

Resta, por fim, a terceira hipótese - controlo judicial subsequente pelo TCRS durante a fase de impugnação judicial da decisão final proferida pela AdC.

As asserções precedentes, a propósito da análise da segunda hipótese, já permitem antever que esta terceira possibilidade é a correta, não se impondo apenas por exclusão de partes. Assim, há um ponto de identidade entre a arquitetura de controlo traçada no CPP e no NRJC e subsidiariamente no Regime Geral das Contraordenações (doravante “RGCO”) que dá apoio a esta solução.

Este ponto de identidade consiste no facto do controlo judicial exercido pelo TCRS, no recurso de impugnação judicial da decisão final da AdC, ser um controlo de plena jurisdição, cujo âmbito pode ser extensivo a todo o objeto do processo, passando a decisão impugnada a ter um valor meramente enunciativo e estar sujeita a um verdadeiro controlo judicial total subsequente. Este ponto permite estabelecer a identidade substantiva necessária à aplicação – devidamente adaptada – do referido controlo judicial regra.

10 Mesquita, 2003: 96, nota de rodapé 141.

11 *Idem*.

12 *Idem*.

13 *Idem*.

É certo que também há um fator de diferença, que consiste no seguinte: o Ministério Público não é a entidade decisora da fase organicamente administrativa, sendo a sua intervenção no processo de contraordenação pontual, provocada e tipificada. Contudo, este elemento de diferenciação não é suficientemente forte para comprometer a referida identidade substantiva, pois a decisão final da fase organicamente administrativa, ao pressupor e aceitar como válidos os atos e decisões do Ministério Público, está a incorporá-los ou, utilizando as palavras proferidas no processo n.º 83/18.7YUSTR, dá-se *“uma utilização processual própria, autónoma e funcionalizada ao exercício das competências sancionatórias da AdC no âmbito de processo contra-ordenacional e de acordo com a tramitação prevista no NRJC”*.

O acolhimento desta terceira hipótese significa o seguinte: durante a fase organicamente administrativa, o visado deve (quanto a vícios sanáveis) ou pode (quanto a vícios insanáveis) suscitar as invalidades relativas aos atos praticados pelo Ministério Público perante o próprio Ministério Público (com eventual intervenção hierárquica se se entender que é legalmente admissível); esta decisão do Ministério Público e os vícios insanáveis podem ser sujeitos a controlo judicial no recurso de impugnação judicial da decisão final da AdC, assim como o TCRS pode conhecer oficiosamente os vícios insanáveis neste recurso e nos termos gerais.

Foi este o entendimento adotado nos processos n.ºs 249/18.0YUSTR e 249/18.0YUSTR-A.

3. ATOS PRÓPRIOS DA AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA:

Os atos próprios da AdC incluem todos os atos praticados por esta Autoridade durante a execução dos atos praticados pelo MP.

Neste plano, é necessário distinguir entre: (i) os atos da AdC cuja decisão está logicamente dependente da apreciação dos atos do MP; (ii) e os atos da AdC cuja decisão não está logicamente dependente da apreciação da validade dos atos do MP.

Os primeiros – atos da AdC cuja decisão está logicamente dependente da apreciação dos atos do MP – incluem todos os atos praticados pela AdC, cuja apreciação implicaria, como pressuposto prévio e necessário, a apreciação dos atos do MP. O exemplo mais paradigmático consiste na invocação simultânea da nulidade ou irregularidade do mandado do MP por indeterminação do objeto e da nulidade por apreensão de documentos pela AdC não compreendidos no objeto do processo. Esta segunda questão está dependente e

pressupõe a primeira, pois a decisão relativamente aos documentos cobertos ou não pelo despacho que determinou a busca implica, como premissa lógica e necessária, que tal despacho e bem assim o mandado cumprem os requisitos legais quanto à definição do objeto do ato. Efetivamente, o Tribunal não pode decidir que a AdC não foi ou foi para além dos atos que a habilitavam a proceder à busca, sem assumir, como pressuposto da sua decisão, que esses atos definiram ou não de forma suficiente as finalidades da diligência, que servem de referência para a decisão de saber se os documentos apreendidos estão ou não compreendidos no seu âmbito.

A questão problemática quanto a estes atos consiste em saber se o Tribunal pode, nestes casos, apreciar e decidir, antes do recurso de impugnação judicial da decisão final, a regularidade formal e/ou a validade dos atos próprios do MP.

Das asserções tecidas no capítulo precedente retira-se que o único enquadramento jurídico possível para sustentar esta hipótese seria admitir que o TCRS pode exercer, na fase organicamente administrativa do processo de contraordenação por práticas restritivas da concorrência, o referido *controlo interorgânico residual*, que permitiria a revisão da decisão do Ministério Público a título incidental. Contudo, considera-se que esta hipótese não é legalmente possível.

Assim, a aplicação do referido *controlo interorgânico residual* pressupõe a equiparação do juiz do TCRS ao juiz de instrução, no âmbito dos recursos de decisões interlocutórias. Sucede que o próprio juiz de instrução é chamado a intervir na fase organicamente administrativa do processo contraordenacional (cf. artigo 21.º, do NRJC). O que significa que o TCRS não pode assumir, nessa fase, tal função, pois aquilo que a mesma implica e visa proteger já está salvaguardado.

Dir-se-á: mas, por uma questão de oportunidade e economia processual, poder-se-ia aproveitar o controlo exercido pelo Tribunal nos recursos de decisões interlocutórias para rever, a título incidental, do mérito das decisões do Ministério Público, tanto mais que o regime-regra de recurso das decisões interlocutórias – cf. artigos 84.º, n.ºs 1 e 2, e 85.º, n.º 1, ambos do NRJC – é indiciador de que se pretendeu evitar que as ilegalidades ocorridas ao longo do processo sejam suscitadas no recurso de impugnação judicial da decisão final.

Estes argumentos não são válidos, porque o regime-regra de recurso das decisões interlocutórias foi pensado e previsto apenas para o controlo das decisões da AdC. E não é indiferente que esteja em causa uma decisão da AdC ou uma decisão do Ministério Público, pois a atribuição de competência

ao Ministério Público tem subjacente, conforme já referido, mais garantia, o que é correlativo de mais confiança.

Acresce ainda que, por meras razões de oportunidade, estar-se-ia a enveredar por uma solução de controlo interorgânico injustificadamente exasperada face ao regime seguido no processo penal, pois, conforme se nota na decisão proferida por este Tribunal, no processo n.º 83/18.7YUSTR, *“se no processo criminal o exercício de competências probatórias restritivas de direitos, liberdade e garantias pelo Ministério Público se encontra salvaguardado por aquele regime de sindicância respectivo da sua autonomia e domínio do inquérito, tornar-se-ia flagrantemente inadmissível que o Juiz da Concorrência, Regulação e Supervisão pudesse intervir no controlo dessa actividade além daquilo que o Juiz de Instrução pode nos termos da lei processual penal”*.

Quanto às razões de economia processual, o argumento não é igualmente válido, pois há razões desta natureza que ditam solução contrária, conforme, aliás, o TCRS salientou, na referida decisão proferida no processo n.º 83/18.7YUSTR, ao chamar a atenção para o facto de estar em causa uma discussão que, em última instância, ganha a sua relevância se os meios de prova afetados forem utilizados pela AdC para sustentar uma decisão condenatória, pois, neste momento, *“a relevância da prova apreendida no que tange ao sancionamento da visada/recorrente é necessariamente prematura e precária, pois que a AdC não procedeu a qualquer acto processual tendente à utilização dessa prova para demonstração da infracção, mormente quanto à sua utilização na nota de ilicitude. Aliás, tão mais prematura é essa relevância que, como temos vindo a dizer, essa apreensão não isenta a AdC de um juízo de utilidade e aferição do valor probatório nos actos de prosseguimento processual do respectivo processo sancionatório e que pode, em abstracto, conduzir a uma decisão de irrelevância e desentranhamento da prova, esvaziando a ilegalidade da restrição que a visada/recorrente quer ver sindicada”*.

É claro que a solução alcançada, sendo plenamente satisfatória do ponto de vista do controlo judicial dos atos próprios do MP, não garante o mesmo grau de satisfação relativamente ao controlo judicial dos atos da AdC, pois estes ficarão por apreciar e decidir durante a fase organicamente administrativa do processo, sem que sejam válidos, quanto aos mesmos, pelo menos parte dos argumentos precedentes. Inclusive se pode alegar que, por esta via, fica comprometida a finalidade subjacente ao regime-regra dos recursos interlocutórios.

Estas asserções são válidas. Contudo, não é possível dar uma resposta para o problema que seja plenamente satisfatória para todos os interesses envolvidos

ou que, numa perspectiva menos ambiciosa, garanta em certa medida, inferior à satisfação plena, uns e outros, pois os termos do conflito não permitem uma solução de compromisso. Assim, a opção pelo controlo judicial imediato dos atos próprios da AdC levará a uma antecipação do controlo judicial dos atos próprios do MP. Por sua vez, o diferimento do controlo judicial do MP conduzirá ao protelamento do controlo judicial dos atos próprios da AdC.

Sem prejuízo de admitir que o entendimento que tenho adotado sobre esta questão (designadamente nos processos n.ºs 249/18.0YUSTR e 249/18.0YUSTR-A) poderá, face à sua complexidade, ser reponderado no futuro, em função de novas reflexões e argumentos, provenientes nomeadamente da dialética processual, por ora considero que há razões mais fortes para optar pela segunda hipótese enunciada no final do parágrafo precedente. Tais razões estribam-se, no essencial, no argumento relativo à economia processual já referido, traduzido na circunstância de, em regra, estar em causa uma discussão relacionada com meios de prova e que, em última instância, ganha a sua relevância se os elementos probatórios afetados forem utilizados pela AdC para sustentar uma decisão condenatória. Uma discussão que apenas terá efetiva utilidade no recurso de impugnação judicial da decisão final condenatória.

Assim, quanto aos atos da AdC cuja decisão não está logicamente dependente da apreciação da validade dos atos do MP, apenas podem ser objeto de controlo judicial no recurso de impugnação judicial da decisão final condenatória.

Por fim, no que respeita aos atos da AdC cuja decisão não está logicamente dependente da apreciação dos atos do MP, como é o caso, por exemplo, da apreensão pela AdC, durante as buscas autorizadas pelo MP, de documentos sujeitos a segredo profissional, a solução é diferente. Efetivamente, quanto a estes atos considero não existirem razões para não se fazer aplicação do regime-regra do recurso das decisões interlocutórias da AdC previsto no NRJC, pelo que os mesmos poderão ser apreciados e sujeitos a controlo judicial pelo TCRS durante a fase organicamente administrativa do processo de contraordenação.

4. SÍNTESE DA JURISPRUDÊNCIA DO TCRS E DO TRL SOBRE A QUESTÃO:

A jurisprudência do TCRS e do TRL é convergente no que respeita ao controlo judicial dos atos próprios do MP. Assim, ainda que com fundamentos diversos, considerou-se que o Tribunal não podia apreciar e decidir da validade de tais atos durante a fase organicamente administrativa do processo

de contraordenação também nos seguintes processos: 83/18.7YUSTR; 71/18.3YUSTR; 71/18.3YUSTR-E; e 229/18.5YUSTR.

Já no que respeita aos atos próprios da AdC não há unanimidade. Efetivamente, sem efetuar a distinção entre atos dependentes logicamente ou não de atos do MP, o TCRS entendeu, nos processos indicados no parágrafo precedente e em decisões proferidas pelos Senhores Juízes Dr. Alexandre Baptista e Dr. Sérgio Sousa, que todos os atos da AdC em execução do mandado do MP também não são passíveis de controlo judicial pelo Tribunal durante a fase organicamente administrativa. Já o TRL, também sem empreender a distinção adotada no capítulo 3., mas igualmente sem a problematizar, decidiu, no processo n.º 229/18.5YUSTR, em sentido contrário, designadamente que os atos próprios da AdC estão sujeitos a controlo judicial pelo TCRS durante a fase referida.

Pela sua importância e pertinência para a discussão das questões em relação às quais não há convergência deixo aqui uma síntese dos argumentos subjacentes ao entendimento adotado pelos Senhores Juízes Dr. Alexandre Baptista e Dr. Sérgio Sousa, nos processos *supra* indicados, que gentilmente me foi cedida pelo Dr. Alexandre Baptista e que mereceu a adesão do Dr.º Sérgio Sousa, no sentido de que os atos próprios da AdC em execução do mandado do MP e quaisquer que eles sejam não são passíveis de controlo judicial pelo TCRS durante a fase organicamente administrativa. Assim:

- “O que está em causa neste tipo de recurso de medidas interlocutórias é a validade de decisões da AdC e não qualquer questão de competência jurisdicional para julgar da legalidade, conformidade e cumprimento do mandado de busca e apreensão, ainda que, em última análise, esta questão possa ser prejudicial;
- o critério enunciado pela RL de autonomizar *validade do mandado e validade da execução do mandado* para efeitos da competência material do Tribunal pode revelar-se inoperante ou obstaculizante das sentenças proferidas pelo TCRS;
- é à autoridade judiciária competente para a emissão do mandado quem cabe controlar a respectiva execução, seja por acto próprio seja por sindicância da visada;
- outra conclusão interpretativa não se pode retirar da obrigatoriedade de sujeitar as apreensões efetuadas pela Autoridade da Concorrência, não previamente autorizadas ou ordenadas, à validação pela autoridade

judiciária, no prazo máximo de 72 horas conforme se dispõe expressamente no art.º 20.º, n.º 3 do NRJC.

- **A inexistir validação e a ocorrer preterição do art.º 20.º, n.º 3 do NRJC, tal omissão deve seguir o mesmo regime de arguição da ilegalidade, invalidade ou irregularidade das diligências de busca, exame, recolha e apreensão realizada pela AdC em cumprimento do mandado emitido pelo Ministério Público.**
- **Se existiu validação da apreensão, admitir a competência do TCRS para conhecer da legalidade, validade ou irregularidade da apreensão mais não será que um acto a *non domino* por invasão da competência das autoridades judiciais competentes em matéria criminal.**
- **Por via da tutela e da dignidade constitucional conferida aos direitos, liberdades e garantias conexas com a protecção da vida privada, do domicílio, da correspondência ou das telecomunicações, o legislador foi clarividente ao atribuir competência jurisdicional própria, exclusiva e autónoma às autoridades judiciais com competência em matéria criminal para as diligências de busca e apreensão de documentos de visadas em processo contra-ordenacional e no âmbito do NRJC.**
- **Esta definição do foro de competência, por um lado, delimita o exercício dos poderes de investigação e aquisição probatória atribuídos à AdC, e, por outro, garante um nível de protecção dos direitos e interesses das visadas acrescido pela via da equiparação das diligências de busca, exame, recolha e apreensão, previstas nas alíneas c) e d) do n.º 1 dos arts.º 18.º, 19.º e 20.º do NRJC, às diligências de busca e apreensão do processo penal.**
- **Fora deste âmbito, à luz dos artigos 18.º, n.º 2; 19.º, 20.º e 21.º do NRJC, este Tribunal não dispõe de qualquer competência material ou hierárquica própria, exclusiva e autónoma para sindicar as decisões das autoridades judiciais competentes para as diligências previstas no art.º 18.º, n.º 1 al. c) e d) do NRJC;**
- **a relevância da prova apreendida no que tange ao sancionamento da visada/recorrente é necessariamente prematura e precária, pois que a AdC, no momento processual em que a decisão interlocutória impugnada foi proferida, não havia procedido a qualquer acto processual tendente à utilização dessa prova para demonstração da infracção, mormente quanto à sua utilização na nota de ilicitude;**
- **este Tribunal tem competência para conhecer das medidas interlocutórias de mas não dispõe de qualquer competência para conhecer da**

legalidade (*lawfulness*), existência de indícios suficientes ou razoáveis (*reasonable suspicion*), necessidade e justificação material (*substantive justification*) da diligência ordenada e determinada pelo Ministério Público;

- no Direito da Concorrência, que participa do acervo jurídico do direito da União Europeia, o *enforcement* público depende, precisamente, da utilidade dessas diligências invasivas e intrusivas para a obtenção de prova, dificilmente coligida ou acessível com recurso a outros meios de prova;
- o regime de controlo e validação de autoridade judiciária criminal vale por dizer que a protecção do sigilo de correspondência da visada e dos seus colaboradores, do sigilo profissional de advogado e do direito à intimidade da vida privada já se encontra abrangida pela atribuição da competência jurisdicional própria, exclusiva e autónoma àquelas autoridades judiciárias com competência em matéria criminal para as diligências de busca e apreensão de documentos de visadas em processo contra-ordenacional e no âmbito do NRJC, devendo ser necessariamente sindicado aquando da emissão do mandado e da respectiva autorização/validação judicial, sem prejuízo da sindicância da sua validade, legalidade e regularidade;
- a eventual procedência das diferentes vias recursivas/graciosas do CPP esgota a necessidade de qualquer tutela jurisdicional de potencial lesão, afectação ou compressão dos direitos fundamentais invocados pelas visadas”.

5. CONCLUSÕES

Tudo o que se deixou escrito resume-se, no essencial, a dois enunciados:

- em primeiro lugar, pode-se considerar como estabilizada e solidamente resolvida a questão do controlo judicial dos atos próprios do MP durante a fase organicamente administrativa do processo de contraordenação por práticas restritivas da concorrência, no sentido do mesmo ser da competência do TCRS, mas apenas no âmbito do recurso de impugnação judicial da decisão final condenatória, pois há razões de natureza estrutural e teleológica que não permitem a sindicância destes atos pela AdC, passível de suscitar a intervenção do TCRS ao abrigo do regime-regra do recurso das decisões interlocutórias da AdC, e não há fundamento legal para se admitir um controlo judicial direto pelo TCRS, sendo a jurisprudência deste Tribunal e do TRL convergente neste sentido;

- em segundo lugar, o controlo judicial dos atos próprios da AdC durante a execução do mandado tem merecido respostas diferentes, podendo-se identificar três pronunciamentos: (i) um entendimento que passa pela distinção entre os atos da AdC cuja decisão depende logicamente da decisão dos atos do MP, aos quais é aplicável a mesma solução dada a estes, e os atos da AdC cuja decisão não depende logicamente da decisão dos atos do MP, que podem ser objeto de controlo judicial por parte do TCRS durante a fase organicamente administrativa ao abrigo do regime-regra do recurso das decisões interlocutórias; (ii) um entendimento no sentido de que os atos próprios da AdC em execução do mandado do MP e quaisquer que eles sejam não são passíveis de controlo judicial pelo TCRS durante a fase organicamente administrativa; (iii) e um entendimento, que não problematiza a distinção referida em (i) e que considera que os atos próprios da AdC, em execução do mandado, podem ser objeto de controlo judicial por parte do TCRS durante a fase organicamente administrativa.

BIBLIOGRAFIA

MESQUITA, Paulo Dá

2003 *Direcção do Inquérito Penal e Garantia Judiciária*, Coimbra: Coimbra Editora.

MOUTINHO, José Lobo & DURO, Pedro

2013 “Anotação ao artigo 18.º”, *Lei da Concorrência – Comentário Conimbricense*, in Lopes Porto, Manuel; Cruz Vilaça, José Luís da; Cunha, Carolina; Gorjão-Henriques, Miguel (Dir.); Anastácio, Gonçalo (Coord.), 1.ª Ed. Coimbra, Almedina, pp. 205-216

JURISPRUDÊNCIA

Acórdão do Tribunal da relação de Lisboa, 24 de setembro de 2015, processo n.º 208/13.9TELSB-B.L1-9

Sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, de 3 de maio de 2018, processo n.º 83/18.7YUSTR

Sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, de 17 de maio de 2018, processo n.º 71/18.3YUSTR

Sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, de 30 de outubro de 2018, processo n.º 229/18.5YUSTR

Sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, de 14 de novembro de 2018, processo n.º 249/18.0YUSTR

Sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, de 19 de novembro de 2018, processo n.º 71/18.3YUSTR-E

Sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, de 23 de novembro de 2018, processo n.º 249/18.0YUSTR-A