

IMPUGNAÇÃO DE DECISÕES DA AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA EM PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO[†]

João Espírito Santo Noronha[‡]

Abstract: This articles deals with the challenge of the Portuguese Competition Authority decisions in administrative procedure before the courts, especially in the case of the procedures, as the one in merger control, which are lawfully typified, in the context of the newest Portuguese legal framework.

Sumário: 1. Conspecto geral. 2. Os procedimentos administrativos tipificados na LdC. 3. O âmbito do art. 91 da LdC. 4. Recurso de primeira jurisdição: tribunal competente e efeitos. 5. Recurso de segunda jurisdição: tribunal competente e efeitos.



1. CONSPECTO GERAL

O novo Regime Jurídico da Concorrência, aprovado pela Lei n.º 19/2012, de 8 de maio (doravante referida como LdC¹),

[†] Artigo originariamente publicado na *C&R, Revista de Concorrência e Regulação/Competition and Regulation*, Ano III, n.º 9, jan-mar. 2012, Autoridade da Concorrência, Instituto de Direito Económico Financeiro e Fiscal da Faculdade de Direito de Lisboa/Editora Almedina (Portugal)

[‡] Vogal do Conselho da Autoridade da Concorrência.

¹ Pertencem a este diploma legal as normas doravante citadas sem indicação da origem. Na numeração de artigos de diplomas legais utiliza-se o ordinal até nove e o

consagra um capítulo, o IX, a *recursos judiciais*, compreendendo os arts. 83 a 93. Este capítulo IX corresponde ao conjunto normativo do Capítulo V (*Dos Recursos*) da anterior Lei n.º 18/2003, de 11 de junho de 2003, revogada pelo art. 99, n.º 1, da LdC.

O Capítulo IX da LdC divide-se em duas secções, sendo a primeira epigrafada *processos contraordenacionais* e a segunda *procedimentos administrativos*.

Uma rápida leitura dos artigos em questão permite evidenciar que o objecto da primeira secção é constituído por dois núcleos de decisões: (i) proferidas pela Autoridade da Concorrência (doravante referida como AdC), cuja recorribilidade não esteja legalmente excluída (art. 84, n.º 1), designadamente as que apliquem coimas ou outras sanções previstas na lei (art. 84, n.º 5); e (ii) decisões, do tribunal de primeira instância, que incidam sobre decisão da AdC que aplique coimas ou outras sanções previstas na lei (art. 89, n.º 1); trata-se, portanto, no primeiro caso, de decisões com carácter administrativo-sancionatório, proferidas, em termos substantivos, com base num regime jurídico sancionatório, que se recolhe à esfera do Direito Contraordenacional, e que corresponde ao exercício de uma competência administrativa; no segundo, do exercício de uma competência de sindicância judicial.

Já no que respeita ao objeto da segunda secção do Capítulo IX da Lei, estão também em causa dois núcleos de decisões: (i) as proferidas pela AdC nos procedimentos administrativos a que se refere a própria LdC, bem como da decisão ministerial prevista no art. 34 do DL n.º 10/2003, de 18 de janeiro, que aprovou os Estatutos da AdC (art. 92, n.º 1)²; e

cardinal de dez em diante, por tal corresponder ao modo gramaticalmente correto de o fazer (cfr. Celso Cunha/Luís F. Lindley Cintra, 2010 Nova gramática do português contemporâneo, 19.ª ed., Edições João Sá da Costa, 374)., pelo que nos afastamos da tradição legislativa portuguesa, que não temos por justificada

² A justificação para a adjetivação *judiciais* acrescentada pela LdC à epígrafe

(ii) decisões, do tribunal de primeira instância, que incidam sobre decisão da AdC relativamente aos procedimentos administrativos identificados em (i) (art. 93, n.º 1).

O presente escrito tem por objecto os recursos de decisões relativas a procedimentos administrativos.

2. OS PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS TIPIFICADOS NA LdC

A moderna doutrina administrativista tende a considerar o *procedimento administrativo*, entendido em sentido dinâmico, ou atividade procedimental, aquela que se reporta “[...] à preparação de um dever ser conclusivo e à realização das tarefas inerentes: a unidade do procedimento, como modo de exercício específico da função, está, por isso, em consistir apenas numa atividade preparatória, materializada em tarefas relativas ao conhecimento do direito, à captação de factos e interesses e à comprovação de factos”³.

A LdC disciplina dois procedimentos administrativos típicos: o de controlo de operações de concentração de empresas — cuja substância decorre das normas do art. 36 —, qualificado *qua tale* no art. 42, n.º 1, e o de estudos, inspeções e auditorias (Capítulo IV).

3. O ÂMBITO DO ART. 91 DA LdC

A determinação legal constante do art. 91 da LdC define o regime processual aplicável à interposição, à tramitação e ao julgamento dos recursos aí abrangidos, fazendo confluir expressamente dois grupos normativos: o correspondente aos *artigos seguintes*, que se configura como regime particular, e o

Recursos do Capítulo V da Lei n.º 18/2003 resulta, precisamente, da admissibilidade legal de um recurso tutelar das decisões da AdC em matéria de operações de concentração de empresas (*infra*, 3).

³ Duarte, 2006: 436.

da impugnação contenciosa de atos administrativos (arts. 50 a 65 do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, doravante referido como CPTA), que assume o estatuto de um regime geral, subsidiariamente aplicável, ou seja, em tudo quanto não constitua objeto de um particularismo normativo dos *artigos seguintes*.

A impugnação contenciosa de atos administrativos prevista no CPTA consta dos seus arts. 50 a 65, correspondendo-lhe uma forma de processo especial, por referência ao processo administrativo comum, aplicável à ação administrativa comum, que é o do processo civil declarativo (arts. 37 a 45 do CPTA)⁴.

A delimitação da norma do art. 91 aos *recursos referidos na presente secção* — e não, simplesmente, aos recursos de decisões da AdC no exercício dos seus poderes de supervisão — relaciona-se positivamente com a tripla vertente recursória em causa: (i) de decisões da AdC nos procedimentos administrativos a que se refere a LdC (art. 92, n.º 1), designadamente decisões finais em matéria de controlo de operações de concentração de empresas; (ii) da decisão ministerial que revogue decisão da AdC (art. 92, n.º 1, e art. 34 dos Estatutos da AdC); (iii) de decisões do tribunal de primeira instância que incidam sobre decisões da AdC (recursos de segunda jurisdição). Em termos negativos, e na conjugação dos arts. 91 e 92, n.º 1, do domínio de decisões da AdC relativas a procedimentos administrativos excluem-se as que se refiram a procedimentos não disciplinados especificamente na LdC, ainda que conexos com os que aí se contemplam, designadamente de intimação para a prestação de informações, consulta de documentos, ou passagem de certidões, nos termos

⁴ A lei não refere expressamente um *processo administrativo comum*, mas a contraposição com o *processo administrativo especial* não cria dúvidas quanto à adequação da expressão, também usada por Oliveira & Oliveira, 2006: 256. Sobre o assunto, cfr. também, e entre outros, Andrade, 2011: 146 ss., Almeida & Cadilha, 2007: 194 ss.

do art. 104 do CPTA, para cuja impugnação são competentes os tribunais administrativos [Ac. do STA, de 5 de julho de 2007 (proc. n.º 223/07)⁵; Ac. do STA, de 25 de julho de 2007 (proc. n.º 295/07)⁶].

A decisão ministerial a que se reporta o art. 34 (n.º 1) dos Estatutos da Autoridade da Concorrência é a do membro do Governo responsável pela área da economia que autoriza uma operação de concentração que tenha sido proibida pela AdC [art. 53, n.º 1, *b*)] em consequência de recurso — legalmente qualificado como *extraordinário* — tutelar instaurado pelos autores da notificação da operação de concentração de empresas sujeita ao controlo administrativo da AdC (arts. 36 e 37); a instauração do recurso extraordinário suspende o prazo da impugnação judicial da decisão proibitiva da AdC (art. 34, n.º 4, dos Estatutos da AdC)⁷, sendo que o autor da notificação

⁵ Disponível em <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/86ed45859db86922802572b9004cc2cc?OpenDocument&Highlight=0,223%2F07>.

⁶ Disponível em <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/0ba8c0b59e5ee2c802572d600488c17?OpenDocument&Highlight=0,295%2F07>.

⁷ Nos termos do art. 1.º, n.º 1, dos seus Estatutos, a AdC é “[...] uma pessoa coletiva de direito público, [...] dotada de autonomia administrativa e financeira”, sujeita, todavia, nos termos do art. 33, n.º 1, “[...] à tutela do ministro responsável pela área da economia nos termos dos presentes Estatutos [...]”, “[...]o estrito respeito da sua independência [...]”. A norma do art. 34, n.º 1, dos Estatutos da AdC estabelece, assim, um recurso tutelar de mérito, cujo critério central de apreciação — *prosecução de interesses fundamentais para a economia nacional* — é extrínseco relativamente à apreciação estritamente jus-concorrencial da AdC, no que respeita ao controlo da operação de concentração (art. 41, n.ºs 3 e 4). Não obstante isso, a decisão ministerial pode — nos termos do n.º 2 do art. 34 dos Estatutos da AdC —, e em termos meramente acessórios, fazer uma apreciação jusconcorrencial, espelhada na possibilidade de a decisão de autorização poder ser acompanhada de “[...] condições e obrigações tendentes a minorar o impacte negativo sobre a concorrência decorrente da sua realização” (na doutrina nacional pode confrontar-se, sobre o assunto, Gonçalves, 2011: 302-305). A norma do art. 34, n.º 1, dos Estatutos da AdC tem por fonte o § 42, (1), da lei alemã da concorrência (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*), sobre o qual pode consultar-se Bremer, 2010: 307-372. O prazo para interposição do recurso tutelar é de 30 dias, contados sobre a notificação da AdC aos interessados (art. 168, n.º 1, *ex vi* art. 177, n.º 5, ambos do

da operação de concentração só tem interesse processual num recurso jurisdicional quando o membro competente do Governo indefira o recurso extraordinário ou autorize a concentração com condições e obrigações.

Desde a criação da AdC, o único recurso instaurado nos termos do art. 34, n.º 1, dos seus Estatutos, foi o relativo à operação de concentração que correu termos sob o n.º Ccent. 22/2005 [Via Oeste (Brisa)/Autoestradas do Oeste/Autoestradas do Atlântico⁸]; o Ministro da Economia revogou a decisão da AdC, autorizando, conseqüentemente, a operação de concentração.

4. RECURSO DE PRIMEIRA JURISDIÇÃO: TRIBUNAL COMPETENTE E EFEITOS

CPTA), podendo o recurso ser indeferido, incondicionalmente deferido ou deferido com condições e obrigações. A vigente lei espanhola de defesa da concorrência (Lei n.º 15/2007, de 3 de julho) determina (art. 60) que o Ministro da Economia e Finanças pode submeter a decisão sobre uma operação de concentração ao Conselho de Ministros “[...] por razões de interesse geral, quando, em segunda fase, o Conselho da Comissão Nacional da Concorrência:a) Tenha decidido proibir a concentração;b) Tenha subordinado a autorização ao cumprimento de determinados compromissos propostos pelos notificantes ou a condições [...]”; nesse caso, o Conselho de Ministros poderá: (i) confirmar a decisão da Comissão Nacional da Concorrência; (ii) Autorizar a concentração, com ou sem condições, sendo que a autorização deverá, então, “[...] fundar-se em razões de interesse geral, diversas da defesa da concorrência, nos termos estabelecidos no artigo 10 [n.º 4] [...]” [sobre a questão, cfr., entre outros, Navarro Varona, 2008: 664 e 665]. No direito francês, o art. L-430-7-1, do *Code de commerce*, aditado pela Lei de 4 de agosto de 2008, estabelece (II) que o ministro responsável pela área da economia pode, no prazo de 24 dias úteis após a receção da decisão da Autoridade da Concorrência sobre uma operação de concentração [ou da notificação de que a Autoridade não adotou uma decisão quanto à operação notificada, em fase de investigação aprofundada, no prazo legal (art. L-430-7-1, do *Code de commerce*)], avocar a questão e decidir a operação com fundamento em razões de interesse geral, diversas da da manutenção da concorrência, designadamente o desenvolvimento industrial, a competitividade internacional das empresas envolvidas e a criação ou manutenção do nível do emprego. A autorização ministerial pode ser simples ou com compromissos (sobre o assunto, cfr. Decocq & Decocq, 2010: 290 ss.).

⁸ Disponível em http://www.concurrencia.pt/FILES_TMP/2005_22_final_net.pdf.

Das decisões da AdC proferidas nos procedimentos administrativos a que se refere a LdC, nos termos anteriormente delimitados, bem como da decisão ministerial que revogue decisão proibitiva da AdC (art. 34, n.º 1, dos Estatutos da AdC) cabe recurso judicial para o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (art. 92, n.º 1), que tem sede em Santarém e jurisdição em todo o território nacional.⁹

O recurso judicial de decisões da AdC relativas a procedimentos administrativos previstos na LdC, bem como da referida decisão ministerial tem, por regra, efeito meramente devolutivo (art. 92, n.º 2, primeira parte). Ao recurso, pode, todavia, ser atribuído efeito suspensivo, assim o determina a regra da segunda parte do n.º 3 do art. 92, cujo sentido geral não é de fácil apreensão. Com efeito, da letra do preceito retira-se que: (i) o efeito suspensivo do recurso tem que ser atribuído e, aparentemente, (ii) que tal atribuição constitui uma *medida provisória*; (iii) que tal medida provisória pode ser exclusiva ou cumular-se com outras. O enunciado em causa reproduz, na parte em questão, o do art. 55, n.º 1, da Lei n.º 18/2003, sendo que só o *pouco uso* desta norma no seu domínio de vigência parece explicar que se não tenha detetado na reforma legislativa a sua estranha construção. Julga-se, todavia, ser expectável, no âmbito da LdC, um recrudescimento dos recursos relativos aos procedimentos de inspeções e auditorias (arts. 63 e 64).

As *medidas provisórias* a que a lei faz referência são, necessariamente, de carácter judicial, decretadas pelo tribunal competente para conhecer do recurso instaurado e conglobadas numa suspensão de eficácia de uma decisão da entidade recorrida, a AdC; por essa razão, as *medidas provisórias* não se

⁹ O tribunal foi instituído pelo DL n.º 67/2012, de 20 de março, tendo entrado em funcionamento, nos termos do art. 4.º do referido DL, e instalado pela Portaria n.º 84/2012, de 29 de março. O processo legislativo relativo ao tribunal iniciou-se com a Lei n.º 46/2011, de 24 de junho, que, entre outras, alterou a Lei n.º 3/99, de 13 de janeiro (Lei de Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais).

confundem com as *medidas cautelares* previstas no art. 34, que são conteúdo de uma decisão da AdC. Segundo cremos, as ditas *medidas provisórias* correspondem à tutela cautelar instrumental prevista no art. 112 do CPTA, salientando-se que a lei processual administrativa vigente ao tempo da elaboração da Lei n.º 18/2003 desconhecia uma categoria de *medidas provisórias*. As medidas cautelares previstas no art. 112 do CPTA não podem ser oficiosamente decretadas e, portanto, têm que ser requeridas por quem esteja legitimado para a ação principal.

O sentido útil do enunciado normativo do art. 92, n.º 2, da LdC, é — crê-se — o seguinte: (i) o recurso da decisão da AdC tem efeito meramente devolutivo, pelo que a mesma é imediatamente eficaz; (ii) todavia, com a instauração do recurso pode ser requerida a suspensão da eficácia da decisão recorrida [que corresponde à providência cautelar prevista na alínea *a*) do art. 112, n.º 2, do CPTA]; (iii) a medida cautelar de suspensão de eficácia da decisão impugnada pode ser requerida isoladamente ou em cumulação com outras, como a produção antecipada de prova ou determinação provisória de abstenção de um comportamento. O decretamento das *medidas provisórias* previstas no art. 92, n.º 2, da LdC, é, portanto, o das providências cautelares previstas no CPTA.

5. RECURSO DE SEGUNDA JURISDIÇÃO: TRIBUNAL COMPETENTE E EFEITOS

Das decisões do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão que conhecem dos recursos das decisões da AdC ou da decisão ministerial referidas no antecedente n.º 3 cabe recurso de segunda jurisdição *para o Tribunal da Relação competente*, se respeitar, ainda que não exclusivamente, a matéria de facto; o recurso do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão que respeite apenas a matéria de

direito é instaurado, *per saltum*, para o Supremo Tribunal de Justiça, não constituindo faculdade do recorrente instaurá-lo junto do Tribunal da Relação, numa solução próxima das consagradas no art. 151, n.º 1 do CPTA¹⁰ e no art. 725, n.º 1, do CPC¹¹.

O Tribunal da Relação competente é o de Évora, por ser aquele cuja competência territorial (Distrito Judicial de Évora) abrange o Círculo Judicial de Santarém, local da sede do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão¹².

Os recursos de segunda jurisdição, bem como o recurso do Tribunal da Relação para o Supremo Tribunal de Justiça, que têm apenas matéria de direito por objeto, têm efeito meramente devolutivo, nos termos do n.º 4 do art. 93, não sendo admissível a atribuição de efeito suspensivo, a requerimento dos interessados, o que foi intencionado pelo legislador, como se verifica pela comparação com a regra do n.º 2 do art. 92.



BIBLIOGRAFIA

- ALMEIDA, Mário Aroso de & CADILHA, Carlos Alberto Fernandes 2007 *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, 2.^a ed., Coimbra: Almedina.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de 2011 *A justiça administrativa*, 11.^a ed., Coimbra: Almedina.
- BREMER, Echart 2010 “Recurso para o ministro em controlo de

¹⁰ Lei n.º 4-A/2003, de 19 de Fevereiro.

¹¹ Decreto-Lei n.º 303/2007, de 24 de Agosto.

¹² Cfr. o Mapa I anexo ao DL n.º 186-A/99, de 31 de maio (Regulamento da Lei de Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais).

concentrações”, in *Temas de Integração*, 1.º e 2.º Semestres de 2010, n.ºs 29 e 30, pp. 307-372.

DECOCQ, Andre & DECOCQ, Georges 2010 *Droit de la Concurrence*, 4.ª ed., Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.

DUARTE, David 2006 *A norma de legalidade procedimental administrativa*, Coimbra: Almedina.

GONÇALVES, Pedro Costa 2011 “Controlo de concentração de empresas no direito português”, in *Revista de Concorrência & Regulação*, n.ºs 7/8 (jul.-dez), 2011, pp. 245-310.

NAVARRO VARONA, Edurne 2008 *Comentario a la Ley de la Defensa de la Competencia*, AA.VV., (dir. de José Massaguer, José Maria Sala Arquer, Jaime Folguera, Alfonso Gutiérrez), Madrid: Thompson/Civitas.

OLIVEIRA, Mário Esteves de & OLIVEIRA, Rodrigo Esteves 2006 *Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, I, Coimbra: Almedina.