

DEZ ANOS DO TRIBUNAL DA CONCORRÊNCIA, REGULAÇÃO E SUPERVISÃO – ALGUMAS NOTAS E PROPOSTAS¹

Luís Miguel Caldas

ABSTRACT *The paper reflects the author's perspective by making a critical reflection on the specialisation of the Competition Court, its location and the existing challenges. Beyond an analysis of the context of the Court's activity, three concrete measures are proposed for the future improvement of the Court's activity: full procedural digitisation; simplification of pleadings/ decreasing the length of procedural documents; limitation of the time of testimonies.*

SUMÁRIO 1. Introdução. 2. O Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão e a especialização. 3. O Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão e Santarém. 4. Expectativas em torno da actividade jurisdicional do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão: Justiça Preditiva? 5. Três simples propostas para a melhoria de funcionamento do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão: Digitalização, simplificação e limitação do tempo.

KEY-WORDS Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão – Especialização do tribunal – Localização do tribunal – Digitalização processual – Simplificação dos articulados – Limitação do tempo dos depoimentos testemunhais

1. INTRODUÇÃO

No mundo actual, caracterizado por uma elevada dinâmica dos mercados internacionais, a inovação e a concorrência, além de forças motrizes vitais ao

¹ O presente texto corresponde, na sua essência, ao discurso que proferi nas III Jornadas do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão e que decorreram no Convento de São Francisco, na cidade de Santarém, no dia 13 de Maio de 2022, cuja abertura coube ao Senhor Juiz Conselheiro Presidente do Supremo Tribunal de Justiça, Dr. Henrique Araújo, e à Senhora Procuradora-Geral da República, Dra. Lucília Gago. Por opção do autor, o texto não está redigido ao abrigo do novo acordo ortográfico da língua portuguesa, aprovado pela Resolução da Assembleia da República n.º 35/2008, de 29 de Julho, mas sim na grafia anterior.

desenvolvimento generalizado e abrangente de novos produtos e serviços, traduzem factores decisivos para o bem-estar económico.

A concorrência é fundamental para a criação e diversificação de produtos e de serviços disponibilizados aos consumidores e para o incremento da liberdade de acesso ao mercado, contribuindo para a existência de preços competitivos, gerando desenvolvimento da economia e desempenhando um papel essencial na própria inclusão social.

A consolidação de uma economia de mercado e aberta implica, em primeira linha, a defesa da concorrência, sendo um dos objectivos da União Europeia proporcionar aos cidadãos europeus um espaço de liberdade, segurança e justiça sem fronteiras e um mercado interno em que a concorrência é livre e não falseada.²

Em linha com o Direito emanado da União Europeia, a Constituição da República Portuguesa – após definir como uma das tarefas fundamentais do Estado promover o bem-estar e a qualidade de vida do povo e a igualdade real entre os portugueses, bem como a efectivação dos direitos económicos, sociais, culturais e ambientais, mediante a transformação e modernização das estruturas económicas e sociais – proclama como uma das incumbências prioritárias do Estado assegurar o funcionamento eficiente dos mercados, de modo a garantir a equilibrada concorrência entre as empresas, a contrariar as formas de organização monopolistas e a reprimir os abusos de posição dominante e outras práticas lesivas do interesse geral.³

O objectivo primacial do direito da concorrência consiste, sinteticamente, na defesa, preservação e promoção das estruturas concorrenciais do mercado.⁴

Num Estado de Direito democrático, promotor da liberdade de mercado e de uma sã concorrência, o sistema jurídico deve conceder aos Tribunais a jurisdição não só para responsabilizar os agentes económicos que atentam contra o regular funcionamento do mercado, o que é indispensável ao seu correcto funcionamento – *tutela sancionatória* –, como a competência para, em situações de violação das regras da concorrência, indemnizar os lesados por essas condutas – *tutela compensatória e ressarcitória*. É irrefutável, ademais, que a construção, manutenção e robustecimento de um efectivo sistema de

2 Cf., artigos 2.º, 3.º, n.º 1, al. g), e 3.º-A, n.º 1, do Tratado CEE (Roma), com a redacção conferida pelo Tratado UE (Maastricht).

Vejam-se, em especial, os artigos 101.º e 102.º do TFUE.

3 Cf. artigos 9.º, al. d), e 81.º, n.º 1, al. f).

4 Albuquerque, 1990.

concorrência, dentro da União Europeia, está directamente relacionada com a possibilidade de recurso a acções de indemnização por perdas e danos decorrentes de práticas violadoras das regras da concorrência.⁵

Numa *brevíssima viagem* pelo direito da concorrência nacional, o primeiro passo que abriu caminho ao regime de preços livres, ao abolir grande parte das regras corporativas e de intervenção estatal na fixação de preços, foi dado pelo Decreto-Lei n.º 422/83, de 3 de Dezembro, a que se seguiria o Decreto-Lei n.º 371/93, de 29 de Outubro, que veio estabelecer o regime geral de defesa e promoção do direito da concorrência.⁶

Já em 2003 a legislação da concorrência foi alvo de uma nova reforma, através da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, cujo objectivo prioritário foi a agilização e flexibilização dos mecanismos de acesso aos mercados por parte das empresas, retirando definitivamente ao Estado o papel de “*actor directo nas actividades económicas*” que passou a ser desempenhado pela Autoridade da Concorrência.⁷

Concomitantemente, procedeu-se a uma “*centralização ou unificação, em benefício dos tribunais judiciais, da competência para conhecer as decisões da*

5 O Tribunal de Justiça da União Europeia consagrou o papel proeminente dos tribunais nacionais no domínio do direito da concorrência, ao estabelecer que “(...) *na ausência de regulamentação comunitária na matéria, compete à ordem jurídica interna de cada Estado-Membro designar os órgãos jurisdicionais competentes e regular as modalidades processuais das acções judiciais destinadas a garantir a salvaguarda dos direitos que para os cidadãos resultam do efeito directo do direito comunitário, desde que essas modalidades não sejam menos favoráveis do que as das acções análogas de natureza interna (princípio da equivalência) e não tornem praticamente impossível ou excessivamente difícil o exercício dos direitos conferidos pela ordem jurídica comunitária (princípio da efectividade)*” (sic) [Acórdão do Tribunal de Justiça de 20 de Setembro de 2001, *Courage c. Crehan*, C-453/99, EU:C:2001:465 (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A61999CJ0453>)].

O Regulamento (CE) n.º 1/2003, do Conselho, de 16 de Dezembro de 2002, relativo à execução das regras da concorrência estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado, estabeleceu, no ponto sétimo das considerações iniciais, que “*Os tribunais nacionais desempenham uma função essencial na aplicação das regras comunitárias de concorrência. Ao deliberarem sobre os litígios entre particulares, salvaguardam os direitos subjectivos decorrentes do direito comunitário, nomeadamente através da concessão de indemnizações às vítimas das infracções (...)*”.

6 Como refere Marta Vicente (2012: 10): O Decreto-Lei n.º 371/93 “*assentava numa divisão ou repartição de competências entre o Conselho da Concorrência, por um lado, e a Direcção-Geral da Concorrência e Preços e o ministro, por outro. Ao contrário do que sucede actualmente, previa-se uma repartição da competência jurisdicional: se das decisões proferidas pelo Conselho da Concorrência em matéria de práticas restritivas da concorrência cabia recurso para o Tribunal de Comércio de Lisboa, as decisões ministeriais relativas ao controlo de operações de concentração de empresas deviam ser conhecidas pelo Supremo Tribunal Administrativo, em sede de «recurso contencioso»*”.

7 A este respeito, Henrique, 2020: 118.

Autoridade da Concorrência, sejam elas emitidas em procedimentos administrativos ou contra-ordenacionais”.⁸

A nova Lei da Concorrência, aprovada pela Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio, veio estabelecer que das “*decisões proferidas pela Autoridade da Concorrência cabe recurso para o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão*” – cf. artigo 84.º, n.º 3.

Por fim sinaliza-se a relevância da Lei n.º 23/2018, de 5 de Junho, que operou a transposição da Directiva 2014/104/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Novembro de 2014, relativa a certas regras que regem as acções de indemnização no âmbito do direito nacional por infracção às disposições do direito da concorrência dos Estados-Membros e da União Europeia – a Directiva *Private Enforcement* –, procedendo, simultaneamente, à primeira alteração à Lei n.º 19/2012, e à quarta alteração à Lei n.º 62/2013, de 26 de Agosto, que ampliou o leque da competência material do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão – cf., em especial, o artigo 22.º.

2. O TRIBUNAL DA CONCORRÊNCIA, REGULAÇÃO E SUPERVISÃO E A ESPECIALIZAÇÃO

O Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (doravante, “TCRS”), criado pela Lei n.º 46/2011, de 24 de Junho, e instituído pelo Decreto-Lei n.º 67/2012, de 20 de Março, completou, no pretérito dia 30 de Março de 2022, dez anos da sua instalação.

Este Tribunal surgiu com a finalidade de agilizar a tramitação dos processos judiciais, especialmente no âmbito do direito da concorrência, tratando-se de um tribunal de competência territorial alargada, com sede na cidade de Santarém e com jurisdição nacional.⁹

8 Vicente, 2012: 10.

9 Muito infeliz foi a redacção original do n.º 1 do artigo 112.º da Lei da Organização do Sistema Judiciário (doravante, “LOSJ”), no qual após se prever, especificamente nas als. a) a d), a competência do TCRS para apreciar os recursos contra-ordenacionais de actos da Autoridade da Concorrência, da Autoridade Nacional de Comunicações, do Banco de Portugal, da Comissão do Mercado de Valores Mobiliários, da Entidade Reguladora para a Comunicação Social e do Instituto de Seguros de Portugal, se estipulou, na al. e), uma competência genérica para apreciar os recursos contra-ordenacionais “[d]as demais entidades administrativas independentes com funções de regulação e supervisão” (sic).

Esta redacção demasiado aberta da al. e) do artigo 112.º, n.º 1, da LOSJ, suscitaria diversos conflitos negativos de competência em torno da interpretação do conceito de “*entidades administrativas independentes com funções de regulação e supervisão*” – cf. Ferro, 2017: 157-170.

A par da área contra-ordenacional, desde 2018, compete ao TCRS, no âmbito da jurisdição civil, julgar as acções de indemnização cuja causa de pedir se fundamente exclusivamente em infracções ao direito da concorrência, acções destinadas ao exercício do direito de regresso entre co-infractores, bem como pedidos de acesso a meios de prova relativos a tais acções, nos termos previstos na Lei n.º 23/2018. Por fim, compete-lhe julgar todas as demais acções civis cuja causa de pedir se fundamente exclusivamente em infracções ao direito da concorrência previstas nos artigos 9.º, 11.º e 12.º, todos da Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio, em normas correspondentes de outros Estados-Membros e/ou nos artigos 101.º e 102.º do TFUE, bem como pedidos de acesso a meios de prova relativos a tais acções, nos termos previstos na Lei n.º 23/2018.

A criação do TCRS traduziu uma opção legislativa nacional, enquadrada pelo memorando de entendimento celebrado a 17 de Maio de 2011, entre Portugal e a *troika* – formada pela União Europeia, o Banco Central Europeu e o Fundo Monetário Internacional –, consagrando uma opção deliberada pela instituição de um tribunal especializado, em matéria de concorrência, regulação e supervisão, que apenas conhece paralelo nos Estados-membros da Áustria, Malta e Polónia, para além do Reino Unido que entretanto abandonou a União Europeia.¹⁰

Na exposição de motivos da Proposta de Lei n.º 32/XI/1 exarou-se que “[a] criação (...) do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão permite 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”.¹¹

A questão só ficaria superada com a nova redacção daquele preceito legal, introduzida pelo artigo 22.º da Lei n.º 23/2018, de 5 de Junho, ao elencar exaustivamente as 11 entidades administrativas independentes com funções de regulação e supervisão de cujos actos cabe recurso para o TCRS.

10 Conforme explica Miguel Sousa Ferro (2017: 203): “São minoritários os Estados-membros da União Europeia que, até agora, optaram por criar tribunais especializados similares ao TCRS. (...) [N]a maioria dos restantes Estados, alcança-se um grau variável de especialização através da concentração de alguns destes tipos de processos numa secção de um determinado tribunal, tanto na primeira instância como nas instâncias de recurso (Alemanha, Bulgária, Espanha, França, Itália e Roménia)”.

11 Cf. <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetailIniciativa.aspx?BID=35425>.

Está-se, por conseguinte, perante um tribunal especializado em matérias relacionadas com o direito da concorrência, regulação e supervisão.

Para Marta Vicente, “[a] especialização jurisdicional anda ligada à natural «assimetria informativa» que existe entre os actores institucionalmente relevantes do mercado (os operadores e as agências, fundamentalmente), por um lado, e os juízes que são chamados a conhecer os actos de regulação, por outro. A natureza especificamente técnica (regulação económica) ou económica (disciplina da concorrência) desses actos só com uma adequada especialização pode ser mitigada. Este fosso exprime-se através da área vocabular hermética com que o juiz tem de trabalhar e que tem de dominar minimamente se quiser poder pronunciar-se sobre o litígio em causa em termos que não sejam meramente formais-procedimentais (...)”.¹²

Miguel Sousa Ferro, por seu lado, enfatiza: “A necessidade de estudo aprofundado de jurisprudência específica e extensa para compreensão de um direito pouco positivado, a necessidade de uma abordagem interdisciplinar com elevada dependência da ciência económica e a necessidade de recurso a conhecimentos altamente especializados de diferentes áreas científicas e técnicas, consoante a área de regulação, fazem com que um número significativo das pronúncias do TCRS impliquem um elevado esforço de preparação e estudo para os magistrados”.¹³

É inegável que, com alguma frequência, mas não sendo a regra, o TCRS tem-se deparado com a distribuição de processos de elevada complexidade, sendo certo que a complexidade processual é apanágio de todos os tribunais, em maior ou menor escala, especialmente quando falamos de instâncias centrais.

Centrando a atenção nos recursos de contra-ordenação, os quais têm ocupado mais significativamente a actividade jurisdicional do tribunal até esta data, regista-se que o número total de processos de complexidade elevada – acima dos 100 000 € – e muito elevada – acima dos 500 000 € – distribuídos, desde 2017 até 2021 se cifrou em 68, pelo que a média se situou na ordem dos 14 processos/ano, ou menos de 5 processos/ano por cada lugar de juiz. Os restantes processos contra-ordenacionais ocupam cerca de 90% da actividade do tribunal. No corrente ano de 2022, e até meados do mês de Maio, entraram em todo o tribunal 5 processos de complexidade elevada e muito elevada.¹⁴

Não parece, contudo, desejável que, pelo facto de o TCRS ter de lidar com a natureza de processos com que tem de lidar, e em que são habitualmente partes algumas das empresas mais conhecidas do país, das mais diversas áreas

¹² p. 14.

¹³ Ferro, 2017: 151.

¹⁴ Dados retirados do sistema *Citius*.

económicas e financeiras, e alguns dos seus protagonistas mais conhecidos (designadamente banqueiros e gestores) conduzindo a uma frequente exposição mediática do tribunal – normal numa sociedade democrática e evoluída –, tais idiosincrasias possam, subliminarmente, contribuir para converter o TCRS num qualquer “*tribunal especial*”, qual epicentro do sistema judiciário.

A problemática da criação de tribunais e juízes especializados no espaço europeu foi objecto de análise atenta do Conselho Consultivo de Juízes Europeus (doravante, “CCJE”) que, reunido em Paris em 2012, emitiu, a final, o conhecido “*Parecer sobre a Especialização de Juízes*”.¹⁵

Trata-se de um documento importante, talvez um pouco descurado pela nossa doutrina, no qual se salienta um ponto fulcral: todos os Juízes, sejam *generalistas* ou *especializados*, devem ser especialistas na *arte de julgar* e ser capazes de analisar e compreender os factos e a lei de modo a tomar decisões em todos os casos, quaisquer que sejam as matérias com que se confrontem.

O parecer do CCJE acentua que a especialização do juiz oferece vantagens ao permitir-lhe assegurar o aprofundamento de conhecimentos e a aquisição de experiência no âmbito da sua competência, tendendo, conseqüentemente, a proferir decisões judiciais de melhor qualidade e aumentando, desse modo, a autoridade da sua jurisdição. Por seu turno, aduz que a concentração de determinados processos judiciais num círculo de juízes especializados pode favorecer a uniformização jurídica das decisões e, por conseguinte, a segurança jurídica.

Todavia, o parecer alerta para os possíveis limites e perigos da especialização.

Sem esgotar essas advertências, coloca em evidência, desde logo, a questão da tendência para a reprodução das decisões judiciais anteriormente tomadas sobre um mesmo assunto, o que pode fazer perigar a evolução jurisprudencial em coerência com as necessidades da sociedade, problema que será tanto maior quanto mais restrito for o número de juízes que analisam determinadas questões ou matérias jurídicas.

Adverte o parecer, igualmente, para o facto dos juristas especializados tenderem a desenvolver uma linguagem e conceitos específicos de uma área jurídica que muitas vezes são desconhecidos dos demais juristas, o que pode conduzir a uma *compartimentação* do direito e do processo, e desviar os juízes

15 *Opinion (2012) number 15 of the Consultative Council of European Judges on the Specialization of Judges, adopted at the 13th plenary meeting of the CCJE (Paris, 5-6 November 2012)*, disponível em <https://rm.coe.int/16807477d9>.

especializados das realidades jurídicas comuns a outras matérias, afastando-os potencialmente dos princípios gerais e dos direitos fundamentais, com prejuízo para o princípio da unidade do direito e da segurança jurídica.

Lembra, ainda, que, em determinadas situações, a especialização dos juízes pode ser perniciososa à unidade do próprio sistema judicial, dando aos juízes especializados a impressão que os seus conhecimentos em determinada área jurídica os colocam num patamar diferenciado dos restantes juízes, como que pertencendo a uma *elite de juízes*, podendo igualmente criar no público a impressão de que alguns juízes são *super juízes* ou que, pelo contrário, um determinado tribunal mais não é do que um órgão puramente técnico separado do sistema judicial.

Por fim, e não esgotando todos os pontos do parecer, avisa-se que a criação de tribunais altamente especializados pode ter o propósito ou o efeito de separar os juízes aí colocados do restante corpo judicial, tornando-os mais vulneráveis a uma maior pressão das partes, dos interesses de determinados grupos e de outros poderes do Estado.

Seja como for, a realidade é que, em Portugal, o legislador tomou uma opção firme pela criação de um tribunal especializado para lidar com os recursos contra-ordenacionais e, igualmente, com a maioria dos litígios civis emergentes do direito da concorrência e regulação, evidenciando o TCRS alguns processos que lidam com matérias com elevada tecnicidade e cujas decisões têm tendencialmente um relevante impacto no sector económico e na vida dos próprios consumidores.

3. O TRIBUNAL DA CONCORRÊNCIA, REGULAÇÃO E SUPERVISÃO E SANTARÉM

Uma outra questão que mereceu especial enfoque de alguns autores, aquando da instalação do TCRS, relaciona-se com a sua localização geográfica, dado que, mesmo antes da acomodação deste tribunal em Santarém, algumas vozes se manifestaram contra a sua presente sede.

Argumentou-se, então, entre outros aspectos, que a “*esmagadora maioria dos cidadãos que terão que se deslocar a tal tribunal estão baseados em Lisboa, numa proporção que não tem proximidade com a de qualquer outra área especializada da justiça*”, aludindo-se, inclusive, a uma “*ineficiência económica acrescida gerada por uma peregrinação constante, de Lisboa para Santarém, de funcionários do Estado, advogados, estagiários, assessores económicos ou outros peritos, representantes das empresas, ou testemunhas, para efeito de audiências de julgamentos (quantas*

*vezes adiadas e que, atenta a complexidade deste tipo de processos, podem decorrer durante semanas), ou meras consultas de processos”.*¹⁶

Salvo o devido respeito, além de os 10 anos já transcorridos desde a instalação do TCRS na sua actual sede não terem confirmado estes receios, considera-se que a questão da localização do tribunal não representa, na presente data, um problema, constituindo essa “preocupação” uma questão lateral que não pode escamotear aspectos bem mais relevantes relacionados com o modo de funcionamento da justiça na globalidade, e do TCRS em particular.

Tal visão, defensora de uma hipotética localização do TCRS na capital do país, a existir ainda hoje, mais não é do que um resquício ultrapassado de uma visão centralista da Justiça, apenas compreensível pelo facto objectivo de em Lisboa se sedearam a maioria das entidades administrativas de regulação e supervisão e muitos dos mais importantes escritórios de advocacia do país, o que não impressionará especialmente atendendo aos recursos tecnológicos e informáticos existentes em pleno século XXI, mormente as plataformas digitais acessíveis a todos os operadores judiciários.

A tecnologia hoje existente permite, sem qualquer dificuldade de monta, a realização de diligências judiciais, inquirições de partes, de testemunhas e de peritos, se necessário for, por videoconferência, a partir de qualquer parte do país e inclusive do estrangeiro, a que se soma o facto objectivo de a obrigatoriedade da tramitação electrónica dos processos judiciais pendentes neste tribunal, como na esmagadora maioria dos tribunais portugueses, não olvidando, por fim, que Santarém, além da sua centralidade, dispõe de óptimas vias de acesso ao norte e ao sul do país, quer rodoviárias, quer ferroviárias.

4. EXPECTATIVAS EM TORNO DA ACTIVIDADE JURISDICIONAL DO TRIBUNAL DA CONCORRÊNCIA, REGULAÇÃO E SUPERVISÃO: JUSTIÇA PREDITIVA?

Os cidadãos e as empresas que demandam os Tribunais, num Estado de Direito democrático, procurando a tutela jurisdicional efectiva dos seus direitos, reclamam do sistema judiciário uma resposta de qualidade e temporalmente adequada, para o que convergem dois aspectos essenciais: 1.º) a capacidade dos tribunais e 2.º) a independência dos tribunais.

¹⁶ Anastácio, 2011: 53.

Em sentido análogo, Nuno Ruiz, in *Jornal de Negócios*, de 20 de Março de 2012 (https://www.jornaldenegocios.pt/empresas/concorrenciaregulacao/detalhe/nuno_ruiz_tribunal_da_concorrecircncia_em_santarea-cutem_quoteacute_inexplicaacutefulquot).

Focando a atenção na acção jurisdicional do TCRS, a questão da *Capacidade* relaciona-se, indelévelmente, com os recursos disponíveis, tanto materiais como humanos: a crescente demanda do tribunal, mais recentemente na área da jurisdição cível, fruto do incremento da propositura de acções de *private enforcement* da concorrência, e a falta de meios próprios, designadamente instalações, coloca-o à mercê da boa vontade de serviços que não estão sob a sua jurisdição, sendo evidente a preocupação que o Conselho Superior da Magistratura e a presidência do tribunal¹⁷ têm manifestado, desde há vários anos, junto do Ministério da Justiça e das entidades sob a sua tutela, em especial, o Instituto de Gestão Financeira e Equipamentos da Justiça.

A questão da *Independência*, princípio basilar do Estado de Direito democrático, é especialmente delicada, porquanto, a maior visibilidade de actuação do tribunal pode conduzir quer a tentativas de pressão, quer a uma ingerência indirecta do poder político, através, designadamente, da implementação de sucessivas políticas de reforma da Lei da Organização do Sistema Judiciário, que poderão afectar o *acquis já* consolidado.

Dada a natureza dos assuntos debatidos no TCRS, mormente quando analisa e decide recursos de contra-ordenação em que são aplicadas coimas de elevado valor, quer as entidades de supervisão e regulação, por um lado, quer as empresas visadas e os seus responsáveis, por outro lado, desejam (e exigem) uma elevada previsibilidade das decisões judiciais tomadas.

Num recente texto, Carlo Vittorio Giabardo, catedrático italiano, escreve, com alguma ironia, que “[o] direito, para ser funcional à economia e às práticas quotidianas, deve aspirar a ser geométrico, matemático, científico, certo, capaz de prever: numa palavra, «previsível»”.¹⁸

Salienta o autor que, embora tardiamente, conceitos como tecnologia jurídica, inteligência artificial, justiça digital e justiça cibernética estão agora em voga, sendo o fio condutor deste vasto universo técnico-jurídico a noção de “Justiça Preditiva”, definida como a necessidade de que as consequências legais das nossas acções sejam tanto quanto possível previsíveis – e previsíveis antecipadamente –, e que a margem de incerteza seja reduzida ao mínimo, até potencialmente desaparecer.

17 É de realçar que o TCRS, para além de estar dotado de um quadro completo de três juizes, tem beneficiado, com regularidade, da adopção concertada de diversas medidas gestionárias entre a presidência da Comarca e o Conselho Superior da Magistratura, designadamente através da colocação adicional de juizes para lá do quadro desde Setembro de 2020.

18 Giabardo, 2021: 2.

O objectivo da *justiça preditiva* é, em síntese, tornar transparentes as consequências das acções humanas, em caso de conflito, através da utilização de grandes bases de dados (*big data*), ou seja, imensas colecções de informação, que a mente humana não seria capaz de compilar, e cuja análise e combinação permite descobrir estruturas e padrões de regularidade, enquanto antes apenas se podia ver caos, confusão e aleatoriedade. É o poder do algoritmo.

A realidade é que, como adverte este autor, fazer justiça é muito mais difícil do que só aplicar a lei de forma fria. O direito paira no equilíbrio entre a certeza (que pressupõe imutabilidade) e a necessidade de adaptação (que implica, por definição, a evolução e, por conseguinte, a incerteza): as normas legais devem ser adaptadas às especificidades dos casos concretos, evoluir e ser adaptadas, especialmente quando a sua interpretação ou aplicação parece ser ou é injusta.¹⁹

Conclui este autor: “*Julgar significa, portanto, não ser impenetrável. Julgar significa «sintonizar». O julgamento é um contexto emocional; os tribunais são os lugares emocionais por excelência, e todos os participantes no litígio são também seres emocionais*”.²⁰

O que se afirma é tão válido para um julgamento de um qualquer tribunal de competência genérica ou especializada como o é, igualmente, para um julgamento do TCRS.

5. TRÊS SIMPLES PROPOSTAS PARA A MELHORIA DE FUNCIONAMENTO DO TRIBUNAL DA CONCORRÊNCIA, REGULAÇÃO E SUPERVISÃO: DIGITALIZAÇÃO, SIMPLIFICAÇÃO E LIMITAÇÃO DO TEMPO.

Termino com três propostas muito concretas, de *iure constituendo*, que não sendo exclusivas deste tribunal, penso poderão contribuir para melhorar o modo de funcionamento do TCRS e que passo a sumariar: Digitalização processual integral; Simplificação dos articulados/diminuição da prolixidade das peças processuais; Limitação do tempo dos depoimentos testemunhais.

Vejamos, nuclearmente, cada uma destas ideias.

19 Ao conduzir um julgamento e decidir a final, o juiz tem de separar o complexo dialéctico entre regras e princípios jurídicos, avaliar cuidadosamente a evolução das necessidades e interesses da sociedade, devendo, perante um novo caso, “descobrir” uma solução legal e justificá-la. Ora, estes são fins que estão em desacordo com os objectivos frios da justiça algorítmica – Giabardo, 2021: 9.

20 Giabardo, 2021: 12.

5.1. Digitalização processual integral

No que se reporta à digitalização processual urge alterar a redacção do artigo 1.º, n.º 3, da Portaria n.º 280/2013, de 26 de Agosto (na versão emergente da Portaria n.º 267/2018, de 20 de Setembro) ao excepcionar da obrigatoriedade de tramitação electrónica obrigatória das impugnações judiciais das decisões e das demais medidas das autoridades administrativas tomadas em processo de contra-ordenação, toda a fase pré-judicial ou administrativa.

No actual momento não é compreensível esta separação de regimes de tramitação processual entre a fase administrativa e fase judicial – processo físico vs. processo electrónico –, continuando a assistir-se, com frequência, à remessa ao TCRS de dezenas de volumes – e mesmo, por vezes, centenas de dossiês – contendo o processo administrativo tramitado junto das entidades administrativas independentes com funções de regulação e supervisão previstas no artigo 112.º, n.º 1, da LOSJ.

A sugestão do alargamento da desmaterialização obrigatória a todos os processos de contra-ordenação, logo na fase administrativa, sempre que exista recurso perante o TCRS, foi apresentada ao Conselho Superior da Magistratura (CSM) pelo Juiz Presidente em 2019 e prontamente comunicada pelo Conselho ao Ministério da Justiça nesse ano. Perante a falta de tomada de decisão, já no decurso do corrente ano de 2022 foi realizada nova insistência pelo CSM junto daquele Ministério.

A digitalização integral dos processos contra-ordenacionais numa fase precoce traria ganhos de tempo significativos, o que é especialmente relevante quando a *espada de Dâmocles* da prescrição está sempre presente, mormente porque, indesejavelmente, em algumas situações, continua a verificar-se que os processos são remetidos a Juízo em datas muito próximas da ocorrência da prescrição.

5.2. Simplificação dos articulados/diminuição da prolixidade das peças processuais

No que tange à simplificação das peças processuais e articulados, recordam-se as palavras de Fritjof Haft: “*Nos seus melhores momentos, a linguagem jurídica é certa, curta, sóbria e livre de pretensões de imponência*”.²¹ Sublinha, porém, que não pode escamotear-se que as “velhas virtudes” da simplicidade da linguagem e da concisão se perderam em grande medida, registando que se é certo que o mundo se tornou mais complicado, nem por isso as nossas capacidades linguísticas se tornaram maiores. Apregoa, como tal, que deve ser feito um

21 Haft, 2009: 305.

esforço no sentido de empregar a maior simplicidade e concisão possíveis, designadamente no momento decisório.

Na verdade, a “cultura da prolixidade” talvez não seja tão proeminente noutras actividades como é nos meios jurídicos: criou-se entre os intervenientes processuais o mito de que escrever bem é escrever muito e exaustivamente.

Por isso, tal como os juízes o têm de fazer nas sentenças, também os advogados terão de interiorizar que uma justiça de qualidade e temporalmente adequada não se compadece com articulados desmesurados, compostos por exuberantes peças processuais, em que factos e direito aparecem aglutinados em bloco, dificultando a tarefa de saneamento do juiz e de delineamento do objecto do litígio a dirimir.

A realidade é que, com grande frequência, continua a assistir-se à prolixidade dos articulados sem qualquer distinção, ou com deficiente distinção, entre os factos principais e factos instrumentais ou acessórios, conduzindo a peças processuais com centenas de artigos, sem qualquer discriminação sintetizada dos factos dos quais pode decorrer a procedência ou improcedência de determinada pretensão.

Tem de se conferir decisivamente ao tribunal, sem qualquer tibieza, a autoridade processual de impedir tais situações, mediante a concessão de poderes efectivos que lhe permitam exigir a apresentação de peças sucintas e concisas que se cinjam ao que é relevante para decidir o litígio e que expurguem o acessório e gongórico, se necessário for através de penalizações pecuniárias.

5.3. Limitação do tempo dos depoimentos testemunhais

Por fim, e não desconhecendo que a questão da limitação de tempo de depoimentos testemunhais, em abstracto, é polémica, a verdade é que seria desejável que, ao abrigo dos poderes de gestão do juiz, para além da definição dos dias e sessões de julgamento, pudesse ser estimado e acordado, em audiência preparatória do julgamento, o tempo concreto de depoimento de cada testemunha, com a participação colaborante e activa dos mandatários judiciais dos intervenientes processuais e sempre com integral respeito pelo processo equitativo, na vertente dos princípios da igualdade das partes e do contraditório – cf., *v.g.*, artigo 6.º, n.º 1, da Convenção Europeia dos Direitos Humanos.

Decidir-se-ia, nessa fase inicial, não só a forma de tramitar o processo, o que solicitar aos intervenientes processuais e quando, o que aceitar ou indeferir dos seus requerimentos, que actos seria necessário praticar, por que ordem e com que função, mas o tempo que cada meio probatório levaria a produzir em concreto.

Tal mudança de paradigma exigiria, no fundo, que, a par da gestão processual do juiz, já legalmente prevista, fosse mais incentivada a colaboração estreita dos mandatários judiciais, aumentando a sua responsabilização pró-activa e cooperante com o tribunal.

O que é absolutamente despropositado e inaceitável é estar a sujeitar o sistema judicial, muitas vezes e em muitos processos, a uma actividade instrutória demorada e onerosa, designadamente *forçando-o* a proceder a inquirições de testemunhas que duram várias horas e sessões de julgamento, quando, por vezes, já se dispõe de total clarificação da matéria de facto em discussão e se para a resolução do caso em litígio é totalmente irrelevante procrastinar a duração da inquirição.

Uma audiência de julgamento não pode servir de palco para discussões jurisprudenciais e doutrinárias desnecessárias, por muito interessantes que sejam, e o tribunal não é um local de discussão académica.

A este propósito escreveu-se nos cadernos de “Justiça Económica em Portugal”, no capítulo dedicado à Prova: “*Um instrumento muito convocado noutros sistemas processuais, e de aconselhável introdução entre nós, em sede de produção de prova testemunhal (e em geral nas audiências), respeita à limitação do tempo de inquirição. Atribui-se, a cada uma das partes, um número de sessões ou horas, incumbindo àquelas proceder à sua gestão em função, designadamente, do número de testemunhas que pretendem apresentar. O tempo, se fixado em horas, é rigorosamente cronometrado, não se permitindo, em caso algum, extensões do acordado. Isso faz com que os advogados disciplinem as suas inquirições e instâncias, impedindo uma extensão desmesurada dos julgamentos e o incumprimento dos tempos das sessões inicialmente agendadas. (...) Esta gestão do tempo impede ou diminui consideravelmente a possibilidade de ser necessária a marcação de sessões para além das inicialmente agendadas. Essencial para o sucesso e adequação desta medida é que ela seja determinada em conjunto com os advogados – serão estes quem melhor conhecerá o tempo necessário para a inquirição e instância de cada testemunha que pretendem apresentar*”²²

O que aqui se propõe consta já, em grande medida, das regras processuais do *Competition Appeal Tribunal* do Reino Unido de 2015 – com jurisdição para recursos dos reguladores britânicos e para decidir certos casos de *private enforcement* do direito da concorrência –, que num singelo *código* de 120 artigos disciplina o processo perante aquele tribunal e que bem podia inspirar o legislador português.

²² Gouveia, Garoupa & Magalhães, 2012: 87-88.

6. SÍNTESE CONCLUSIVA

A génese e a instalação do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, em Portugal, correspondeu ao desiderato legislativo de descongestionar os Tribunais de Comércio, apetrechando o aparelho judiciário de um tribunal especializado para lidar com matérias relacionadas com o direito da concorrência, por vezes revestindo maior tecnicidade e complexidade, solução que não foi sufragada pela maioria dos Estados-membros da União Europeia.

A especialização dos tribunais comporta, de acordo com parecer veiculado pelo CCJE, algumas vantagens – aprofundamento de conhecimentos e aquisição de experiência dos juízes e maior uniformidade jurídica das decisões –, mas igualmente alguns riscos – reprodução das decisões judiciais, desenvolvimento de uma linguagem e conceitos específicos desconhecidos da comunidade jurídica em geral, criação de uma *elite de juízes*, maior vulnerabilidade à pressão das partes ou interesses de determinados grupos.

Na presente data, a sede do TCRS em Santarém, inicialmente criticada por alguns sectores, é uma questão lateral, tendo em atenção as plataformas tecnológicas existentes e a tramitação electrónica obrigatória dos processos judiciais.

Não obstante o anseio das entidades de supervisão e regulação, por um lado, e das empresas visadas e seus responsáveis, por outro, de uma elevada previsibilidade do teor das decisões judiciais tomadas no TCRS, é fulcral ter em atenção que a Justiça não é uma mera equação matemática ou operação silogística, sendo o Direito, por natureza, de carácter evolutivo, porquanto as normas legais têm de ser adaptadas a casos concretos, assentando a justiça no difícil e permanente equilíbrio entre a certeza e a necessidade de adaptação.

A melhoria do modo de funcionamento do TCRS, para o futuro, pressupõe medidas simples e unívocas, das quais se destacam, fundamentalmente, as seguintes: a necessidade de digitalização integral dos processos desde a fase administrativa; a simplificação dos articulados e a redução da prolixidade das peças processuais; e, por fim, avançar, sem quaisquer receios, para a limitação do tempo dos depoimentos testemunhais.

Com o acolhimento legal destas propostas a actividade do TCRS, à semelhança de todo o sistema judicial, teria seguramente maiores ganhos de eficácia, produzindo decisões ainda mais justas, temporalmente adequadas e com custos mais comedidos. Pede-se coragem ao legislador para não procrastinar estas e outras soluções.

BIBLIOGRAFIA

ALBUQUERQUE, Pedro

1990 “Direito Português da Concorrência (Em torno do Decreto-Lei n.º 422/83)”, in *Boletim da Ordem dos Advogados*, ano 50, Volume III, pp. 577-622

ANASTÁCIO, Gonçalo

2011 “Aspectos Normativos Decisivos para a Modernização do Direito da Concorrência em Portugal”, in *Revista da Concorrência & Regulação*, n.º 5, pp. 43-55

FERRO, Miguel Sousa

2017 “Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão: Uma Análise Jurídico-Económica no seu 5.º Aniversário”, in *Revista da Concorrência & Regulação*, n.º 30, pp. 143-238

GIABARDO, Carlo Vittorio

2021 *The Judge and the Algorithm (In Defense of the Human Nature of Judging)*, Junho de 2021, pp. 1-15, disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3859922

GOUVEIA, Mariana França; GAROUPA, Nuno & MAGALHÃES, Pedro (coords.)

2012 *Justiça Económica em Portugal: Produção de Prova*, in Fundação Francisco Manuel dos Santos, Caderno 3/6, pp. 1-92, disponível em <https://www.ffms.pt/FileDownload/4e81fae5-0ebc-40bc-a1fc-d87409c1a5b9/justica-economica-em-portugal-prova-caderno>

HAFT, Fritjof

2009 “Direito e Linguagem”, in A. Kaufmann e W. Hassemer (org.), *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*, 2.ª edição, pp. 303-326

HENRIQUE, Luís

2020 “A Transposição da Diretiva ECN+ e o seu impacto no ordenamento jurídico nacional”, in *Revista da Concorrência & Regulação*, n.ºs 42/43, pp. 117-125

VICENTE, Marta

2012 “Comentário à Lei n.º 46/2011, de 24 de Junho, que cria o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão”, in Centro de Estudos de Direito Público e Regulação, CEDIPRE Online, n.º 11, Coimbra, disponível em <https://www.fd.uc.pt/cedipre/cedipre-online>