

O “inconstitucional” e o “ilógico” no regime de buscas e outras diligências do regime jurídico da concorrência (Lei n.º 19/2012, de 8 de maio)

José M. Damião da Cunha

Professor Associado da Universidade Católica Portuguesa

Centro de Estudos e Investigação em Direito

Faculdade de Direito – Escola do Porto

Porto-Portugal

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Análise crítica 3. A inadmissibilidade de um MP autoridade judiciária em processo sancionatório 4. Do juiz de instrução – buscas domiciliárias e “apreensões qualificadas” em processo sancionatório contraordenacional 5. Conclusões Finais

PALAVRAS-CHAVE: Concorrência; Práticas restritivas; Buscas e apreensões; Ministério Público e Juiz de Instrução.

1. INTRODUÇÃO

1.1. OS PODERES “CONDICIONADOS” DA AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA (ARTS. 18.º, 19.º E 20.º)

A Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, que aprova o novo regime da concorrência, atribui, no âmbito do processo sancionatório por práticas restritivas, determinados poderes à Autoridade da Concorrência, nomeadamente: a possibilidade de proceder, *nas instalações, terrenos ou meios de transporte de empresas ou de associações de empresas, à busca, exame, recolha e apreensão de extratos da escrita e demais documentação* (art. 18.º, n.º 1, c); de “*proceder à selagem dos locais das instalações de empresas e de associações de empresas em que*

se encontrem ou sejam suscetíveis de se encontrar elementos da escrita ou demais documentação, bem como dos respetivos suportes, incluindo computadores e outros equipamentos eletrónicos de armazenamento de dados, durante o período e na medida estritamente necessária à realização das diligências a que se refere a alínea anterior (art. 18.º, n.º 1, d); no subsequente art. 19.º, prevê-se também a possibilidade de proceder a buscas domiciliárias. Por fim, no art. 20.º refere-se ainda a possibilidade de efetuar apreensões, sejam aquelas com conteúdo análogo às previstas no Código de Processo Penal (CPP), seja outras com conteúdo análogo às previstas em Lei penal especial. Para efeitos destas diligências, e numa solução em tudo similar à que se prevê no CPP, exige-se a intervenção habilitante da “autoridade judiciária competente” (assim, art. 18.º, n.º 2; arts. 20.º, n.ºs 1 e 3) e, em certos casos, do juiz de instrução (arts. 19.º e 20.º, n.ºs 4 e 6). Depreende-se, aliás com facilidade, que as autoridades judiciárias competentes são, por um lado, o Ministério Público – MP – (no caso, p. ex., de buscas não domiciliárias e respetivas apreensões) e, por outro, o juiz de instrução (vindo, por fim, o art. 21.º estabelecer as regras de competência territorial de cada entidade).

Numa leitura mais cuidadosa e aprofundada, pode concluir-se que, no fundo, só há uma verdadeira autoridade judiciária (o MP), pois que, estando em causa a necessidade de intervenção de juiz de instrução, este, em regra, é nomeado como tal ou nessa sua intitulação^[1]. Daí que, só por este aspeto, a técnica legislativa usada deixe algo a desejar.

[1] Tal conclusão é demonstrada na regra de determinação de competência: “É competente para autorizar as diligências previstas nas alíneas c) e d) do n.º 1 do artigo 18.º e nos artigos 19.º e 20.º o Ministério Público ou, quando expressamente previsto, o juiz de instrução, ambos da área da sede da Autoridade da Concorrência”.

Ora, tal significa que a expressão “autoridade judiciária” não tem qualquer sentido útil nesta Lei. Autoridade judiciária será sempre o MP; porque se estiver em causa o juiz de instrução já não se denomina “autoridade judiciária” – exceto nas apreensões consequentes a buscas domiciliárias (mas a competência do juiz deduz-se por conexão

neste caso). Assim, utiliza-se a expressão “autoridade judiciária”, mas ficamos a saber exatamente quais os atos que cabem ao MP e quais os que cabem ao juiz de instrução. Ora, esta definição apenas assumiria relevo, quando os atos possam ser determinados por autoridade judiciária (ou seja, tanto por MP, como por juiz de instrução ou juiz).

1.2. A “ANALOGIA” COM O PROCESSO PENAL

Deduz-se também que o legislador terá pretendido “transportar” para o domínio do processo contraordenacional – no caso, o processo sancionatório na concorrência – a repartição/distribuição de poderes interventivos/coercivos que se encontra consagrada no CPP em matéria de diligências, a *realizar durante a fase de inquérito*^[2], que respeitem a direitos fundamentais ou, ao menos, a certas garantias constitucionais – ou seja, a repartição entre diligências para as quais o MP estará habilitado a decidir (ordenando/autorizando) e diligências que, mesmo na fase de inquérito, são de “reserva de juiz”^[3]. Assim, p. ex., as buscas, desde que não domiciliárias (as domiciliárias cabem sempre no domínio do juiz), são ordenadas pela “autoridade judiciária competente”. Transporta-se, pois, esta solução do CPP^[4] para o domínio do processo sancionatório da concorrência.

Antecipamos desde já que, em nosso entender, esta solução legal parte dum pressuposto incorreto, implicando uma “perversão” do conceito/definição autoridade judiciária. Além disso, procede à autonomização de atos ou diligências, que são meramente instrumentais para as competências/funções processuais penais das autoridades judiciárias (no sentido definido no CPP), configurando-os, no contexto deste diploma legal, como “singularidades/excentricidades” dentro do processo sancionatório.

[2] Cf. arts. 268.º, 269.º e 270.º, do CPP.

[3] Sobre o conceito “reserva de juiz”, cf. MARIA DE FÁTIMA MATA-MOUROS, *Juiz das Liberdades*, Almedina, Coimbra, 2011, p. 38 ss.

[4] Mas que se encontra também prevista na Lei da Cibercrime – em matéria de apreensão de dados informáticos (arts. 15.º, 16.º e 17.º, p. ex.). Solução legal que deve ser integrada na matriz geral do nosso processo penal.