



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CÍRCULO DE LISBOA

Processo n.º 247/11.4BELSB

4.ª U. Orgânica

DESPACHO SANEADOR – DECISÃO

I. AUTOMÓVEL CLUB DE PORTUGAL (ACP), m.i. a fls. 3, veio propor a presente ação administrativa comum, sob a forma de processo ordinário, contra a AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA (AdC), pedindo a condenação desta “*a abrir um inquérito dando sequência à queixa apresentada pelo ACP a 16.11.2010*”.

Alega, em síntese, que em 16.11.2010, apresentou na AdC uma queixa contra a Galp Energia, SGPS, S.A., Sociedade Aberta, pedindo, ainda, a abertura de um inquérito destinado a apurar da eventual existência de práticas restritivas da concorrência no mercado de venda de combustíveis por parte daquela empresa e que a AdC decidiu não abrir qualquer inquérito ou investigação aos factos que lhe foram transmitidos na queixa apresentada.

Citada para contestar, veio a R. defender-se por exceção, invocando a inadmissibilidade do pedido, por inexistência de jurisdição do Tribunal, a inimpugnabilidade jurisdicional da decisão da Ré de não abertura de inquérito, a ilegitimidade do A. e a irregularidade de representação do A., e por impugnação, pugnando pela improcedência da ação.

II. Assegurado que foi o contraditório, apreciar-se-á, pela sua necessária prioridade, da matéria de exceção suscitada.

- Da exceção de incompetência em razão da matéria



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CÍRCULO DE LISBOA

Na sua contestação, a fls. 631 e s., veio a R., suscitar, entre outras, a exceção dilatória de incompetência deste Tribunal, em razão da matéria, para apreciar e decidir a presente demanda.

Sustenta a R. que a decisão de abertura de inquérito pelo Conselho da AdC é o primeiro ato de um processo de contraordenação por práticas restritivas da concorrência, processo que tem natureza sancionatória, inscrevendo-se no âmbito mais geral do Direito de Mera-Ordenação Social e, em segunda linha, no do Direito Penal e Processual Penal.

Assumindo o ato em causa natureza sancionatória, na medida em que integra um processo de contraordenação, encontra-se excluído do âmbito da jurisdição dos Tribunais Administrativos.

O A. replicou a fls. 784-796, invocando, quanto à jurisdição competente para a ação que não estando legalmente prevista outra instância jurisdicional para acolher e apreciar a pretensão de condenação da AdC a adotar a medida em falta, a mesma tem que ser encaminhada para os tribunais da jurisdição administrativa, que são os “tribunais comuns” para apreciação dos litígios emergentes das relações jurídicas administrativas. A lei confiou ao Tribunal de Comércio de Lisboa o estatuto de tribunal de anulação de decisões da AdC, no contexto de uma apreciação da legalidade de tais decisões, que não é a situação dos presentes autos, pois que o que o A. pretende é uma condenação da AdC a agir e não uma decisão anulatória.

Por fim refere que o critério legal que determina a competência dos juízos de comércio e do Tribunal de Comércio de Lisboa não é o “âmbito de um processo de contraordenação”, mas antes “decisões que determinem a aplicação de coimas ou de outras sanções” e “demais decisões, despachos ou outras medidas adotadas pela Autoridade”, pelo que, mesmo que a questão litigiosa se situasse “no âmbito de um processo contraordenacional”, mesmo assim, a competência pertenceria aos tribunais administrativos. Por fim, alega que a determinação da jurisdição competente para apreciar a conduta omissiva da AdC não pode fazer-se à luz do regime legal constante dos artº 50º e 54º da Lei da Concorrência ou do



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CÍRCULO DE LISBOA

artº 55º do RGCOC, mas sim à luz dos princípios gerais que regem o controlo jurisdicional das autoridades administrativas.

Vejamos então.

A competência dos tribunais administrativos é de ordem pública e o seu conhecimento precede o de qualquer outra matéria (cfr. artº 13º, do CPTA).

A Constituição da República Portuguesa distingue, quanto à competência de cada uma das categorias de tribunais, os tribunais judiciais que “*são os tribunais comuns em matéria cível e criminal e exercem jurisdição em todas as áreas não atribuídas a outras ordens judiciais*”, e os tribunais administrativos e fiscais a quem compete “*o julgamento das ações e recursos contenciosos que tenham por objeto dirimir os litígios emergentes das relações jurídicas administrativas e fiscais*” (cfr. artº 211º, nº 1 e 212º, nº 3, da CRP).

O disposto no artº 211º, nº 1, da Constituição vem transposto na lei ordinária nos artº 66º, do CPC e 18º, nº 1, da Lei 3/99, de 13.01, em que se estabelece que “*são da competência dos tribunais judiciais as causas que não sejam atribuídas a outra ordem jurisdicional*”.

Como ensina MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA “*a competência material dos tribunais comuns é aferida por critérios de atribuição positiva e de competência residual. Segundo o critério de atribuição positiva, pertencem à competência do tribunal comum todas as causas cujo objeto é uma situação jurídica regulada pelo direito privado, civil ou comercial. (...) Segundo o critério da competência residual, incluem-se na competência dos tribunais comuns todas as causas que, apesar de não terem por objeto uma situação jurídica fundamentada no direito privado, não são legalmente atribuídas a nenhum outro tribunal. Isto é: os tribunais judiciais são os tribunais com competência material residual (artº 211º, nº 1, CRP; artº 18º, nº 1, LOFTJ) e, no âmbito dos tribunais judiciais, são os tribunais comuns aqueles que possuem essa competência residual*” – cfr. Miguel Teixeira de Sousa, A nova competência dos tribunais judiciais, Lex 1999, p.31-32.

Os tribunais comuns gozam de competência genérica ou residual, pois que são da competência dos tribunais judiciais as causas que não sejam atribuídas a outra ordem jurisdicional (cfr. artº 66º, CPC e 18º, nº 1, da LOFTJ).



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CÍRCULO DE LISBOA

O disposto no art. 212.º/3 da CRP vem transposto na lei ordinária no artigo 1º do ETAF, sendo concretizado no art. 4º do mesmo diploma legal. É à luz da referida norma constitucional que hão de ser interpretados os correspondentes preceitos do ETAF e também da LOFTJ.

Dispõe o artº 1º, do ETAF que “os tribunais da jurisdição administrativa e fiscal são os órgãos de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo, nos litígios emergentes das relações jurídicas administrativas e fiscais”.

Dos citados normativos legais resulta que os tribunais administrativos e fiscais constituem jurisdição ordinária da justiça administrativa, não apresentando a respetiva competência natureza excepcional em relação aos tribunais comuns (cfr. Gomes Canotilho e Vital Moreira, Constituição da República Portuguesa Anotada, 3.ª Edição, pág. 814).

A Constituição não prevê exceções à competência dos tribunais administrativos no sentido de atribuir a outros tribunais o julgamento de questões de natureza administrativa (cfr. Ac. T.C., n.º 508/94, de 14 de julho, in DR, 2.ª Série, de 13 de dezembro de 1994, pp. 12517 e ss.), pelo que a “jurisdição comum dos tribunais administrativos é a administrativa e (...) as causas jurídico-administrativas só saem da esfera dos tribunais administrativos se uma lei dispuser (validamente) em sentido contrário” (cfr. Mário Esteves de Oliveira e outros, Código de Processo dos Tribunais Administrativos, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2004, p. 21).

Como reconhece atualmente a jurisprudência, “o conceito de relação jurídica administrativa passou, assim, a ser erigido em operador nuclear de repartição de jurisprudência entre os tribunais administrativos e tribunais judiciais”, sendo a esse conceito que importa atender para determinar a competência material do Tribunal (cfr. Acórdão do Tribunal de Conflitos de 04.03.2004, no proc. n.º 010/03, acessível em www.dgsi.pt).

José Carlos Vieira de Andrade define que se “têm de considerar relações jurídicas públicas (segundo um critério estatutário, que combina sujeitos, fins e meios) aquelas em que um dos sujeitos, pelo menos, seja uma entidade pública ou uma entidade particular no exercício de um poder público, atuando com vista à realização de um interesse público legalmente definido.” (cfr. José Carlos Vieira de Andrade, A Justiça Administrativa (lições), 8.ª edição, Almedina, p. 57 e 58).

4



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CÍRCULO DE LISBOA

Por outro lado, como ensina Manuel de Andrade, para se decidir qual a norma de competência aplicável “deve olhar-se aos termos em que foi posta a ação – seja quanto aos seus elementos objetivos (natureza da providência solicitada ou do direito para o qual se pretende a tutela judiciária, facto ou ato donde teria resultado esse direito, bens pleiteados, etc), seja quanto aos seus elementos subjetivos (identidade das partes)” – cfr. Manuel de Andrade, *Noções Elementares de Processo Civil*, p. 89.

Acrescenta, ainda, aquele Autor, que a competência do tribunal “se determina pelo pedido do Autor”, “com os termos da pretensão do Autor (compreendidos ai os respetivos fundamentos)”.

Portanto, a competência em razão da matéria afere-se pelo *quid disputatum* tal como é apresentado pelo Autor na p.i., isto é, no confronto entre o respetivo pedido e a causa de pedir.

In casu, haverá que estabelecer se a causa de pedir está ou não abrangida no conceito de relação jurídica administrativa reservada pela Lei Fundamental à jurisdição administrativa.

Para tanto, há que olhar aos termos em que a ação foi posta, seja quanto aos seus elementos subjetivos (identidade da partes), seja quanto aos seus elementos objetivos (*maxime*, natureza da medida solicitada ou do direito para a qual se pretende a tutela judiciária).

Importa assim, antes de mais, atender à pretensão que o A. formula na petição inicial apresentada nos autos, considerando especialmente as razões de facto e de direito que suportam o pedido formulado.

Ora, o A. propôs a presente ação administrativa comum, contra a AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA (AdC), pedindo a condenação desta “a abrir um inquérito dando sequência à queixa apresentada pelo ACP a 16.11.2010”.

Sustenta a sua pretensão nos seguintes factos: em 16.11.2010, apresentou na AdC uma queixa contra a Galp Energia, SGPS, S.A., Sociedade Aberta, pedindo, ainda, a abertura de um inquérito destinado a apurar da eventual existência de práticas restritivas da concorrência no mercado de venda de combustíveis por parte daquela empresa, mais



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CÍRCULO DE LISBOA

referindo que “importa investigar em que medida uma política seletiva de discriminação de preços pode configurar um exercício abusivo de poder de mercado”, e que existem um conjunto de “questões relevantes para a análise da licitude (nomeadamente ao abrigo do artº 6º da Lei da Concorrência) da discriminação de preços inerente à estratégia de comercialização dos combustíveis Galp Base”, “todas elas são questões de facto que a AdC nunca analisou”, sendo que, “não obstante, a AdC decidiu não abrir qualquer inquérito ou investigação aos factos que lhe foram transmitidos na queixa do ACP e em anexo à mesma.” – cfr. artº 9º, 10º, 30º, 37º, 38º e 41º, da p.i..

Mais alega que “o ACP requereu expressamente, por meio da queixa de 16.11.2010, a intervenção da AdC nos termos do disposto no nº1 do art. 24º da Lei da Concorrência, que esta recusou”, sendo que “o objetivo do pedido é desencadear um meio de investigação legalmente obrigatório (inquérito), o que em nada interfere com a margem de apreciação da AdC quanto ao resultado final desse processo” – cfr. artº 46º e 48º, da p.i..

Enquadradadas as razões de facto e de direito invocadas pelo A., e que suportam o seu pedido, cumpre apreciar se é este o Tribunal competente para conhecer da ação.

Importa, para o efeito, ter ainda presente o que se estabelece na Lei nº 18/2003, de 11.06, que aprova o regime jurídico da concorrência (doravante LC), e nos Estatutos da Autoridade da Concorrência, aprovados pelo Decreto-Lei nº 10/2003, de 18.01.

Nos termos do artº 14º da LC o respeito pelas regras da concorrência é assegurado pela Autoridade da Concorrência, nos limites das atribuições e competências que lhe são legalmente cometidas.

O artº 7º dos Estatutos da AdC estabelece que para o desempenho das suas atribuições a AdC dispõe de poderes sancionatórios, de supervisão e de regulamentação.

E estatui o artº 22º, da LC, integrado na secção II, do capítulo III, sob a epígrafe “processos relativos a práticas proibidas”, que “os processos por infração do disposto nos artigos 4º, 6º e 7º, regem-se pelo disposto na presente secção, na secção I do presente capítulo e, subsidiariamente, pelo regime geral dos ilícitos de mera ordenação social” (cfr. artº 21º, nº 1, da LC).



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CÍRCULO DE LISBOA

Por sua vez, o artº 6º respeita ao abuso de posição dominante, com identificação dos comportamentos considerados abusivos.

Naquilo que aqui se mostra essencial, temos que determina o artº 24º, da LC, sob a epígrafe “*Abertura do inquérito*” que, “*sempre que a Autoridade tome conhecimento, por qualquer via, de eventuais práticas proibidas pelos artigos 4º, 6º e 7º, procede à abertura de um inquérito, em cujo âmbito promoverá as diligências de investigação necessárias à identificação dessas práticas e dos respetivos agentes*” (cfr. artº 24º, nº 1, da LC).

Ou seja, a abertura do inquérito na sequência da denúncia de alegada prática proibida, levará à abertura de inquérito, tendente a apurar da existência de indícios da prática da infração em causa.

Terminado o inquérito, a AdC decidirá pelo seu arquivamento ou dará início à instrução do processo se existirem indícios suficientes de infração (cfr. artº 25º, nº1, da LC).

Também nesta matéria existem regras próprias de atribuição de competência que importa não descurar. Em matéria de controlo jurisdicional das decisões da AdC, estabelece a LC o seguinte:

Artigo 50.º

Tribunal competente e efeitos

- 1 - *Das decisões proferidas pela Autoridade que determinem a aplicação de coimas ou de outras sanções previstas na lei cabe recurso para o Tribunal de Comércio de Lisboa, com efeito suspensivo.*
- 2 - *Das demais decisões, despachos ou outras medidas adotadas pela Autoridade cabe recurso para o mesmo Tribunal, com efeito meramente devolutivo, nos termos e limites fixados no n.º 2 do artigo 55.º do Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de outubro.*

Artigo 54.

Tribunal competente e efeitos do recurso

7



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CÍRCULO DE LISBOA

1 - Das decisões da Autoridade proferidas em procedimentos administrativos a que se refere a presente lei, bem como da decisão ministerial prevista no artigo 34.º do Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de janeiro, cabe recurso para o Tribunal de Comércio de Lisboa, a ser tramitado como ação administrativa especial.

Revertendo ao caso dos presentes autos, e olhando a pretensão concretamente deduzida pelo A., temos por inequívoco – não se vislumbra que outra coisa possa ser – que o ato ou comportamento que se pretende que seja adotado pela R., consubstanciado na abertura de um inquérito para efeitos do art. 24.º citado, se inscreve num procedimento tendente a investigar da prática de eventuais práticas proibidas, que tem, obviamente, natureza instrutória – ou pré-instrutória - e no âmbito do qual são convocadas normas de direito contraordenacional, penal e de processo penal. Repare-se que no âmbito do processo penal, previamente à instrução existe a fase de inquérito e não é por essa circunstância que a fase de inquérito perde natureza processual penal.

Deste modo, não se pode dizer que em causa está a adoção de um comportamento que emane de normas de direito administrativo. Recorrendo à teoria dos lugares paralelos podemos solicitar o socorro do caso típico de condenação à emissão de uma licença.

É que se a apreciação do pedido de condenação na prática da adoção de um comportamento – positivo; de *facere* – por autoridade administrativa (v.g. a condenação no âmbito de um procedimento de licenciamento a promover a intervenção de entidades externas a esse procedimento primário mas que necessariamente nele têm que intervir), se inscreve no âmbito de uma atividade de natureza administrativa, neste caso a conduta que vem reivindicada não se vai inscrever numa atividade administrativa de natureza *administrativa*, mas antes já no âmbito de uma atividade desenvolvida por autoridade administrativa sim, mas com caráter e para fins tipicamente contraordenacionais. Não se concebe, salvo o devido respeito, que uma atividade, embora desenvolvida por autoridade administrativa, possa terminar, por relação direta com a factualidade apurada, com a aplicação de coimas e, ainda assim, ser suscetível de ser carimbada de “*administrativa*”.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CÍRCULO DE LISBOA

Por isso, tudo visto, a jurisdição administrativa é incompetente em razão da matéria para conhecer e decidir a presente ação, por esta estar reservada à jurisdição comum. Com efeito os elementos de conexão aqui relevantes são os previstos nos artigos 50.º e 54.º da LC.

Por fim, sublinha-se a *ratio legis* nesta sede presente, a qual pode retirar-se, sem grande fadiga, da leitura dos artigos 49.º a 54.º: a atribuição genérica da competência para apreciar deste tipo de atos – e da sua omissão – praticados pela AdC a uma especial ordem de tribunais (no caso o Tribunal de Comércio). *Ratio legis* confirmada, aliás, pela Lei n.º 46/2011, de 24 de junho, que vem agora atribuir tal competência ao Tribunal de competência especializada para a concorrência, regulação e supervisão (e não aos tribunais administrativos).¹

Verificada a incompetência deste tribunal e tratando-se de tribunais não pertencentes à mesma jurisdição, não poderá aplicar-se á o estatuído no artigo 14.º, n.º 1, do CPTA (remessa oficiosa). Antes dispõe a Autora da faculdade estabelecida no n.º 2 do mesmo artigo.

A incompetência absoluta do tribunal constitui uma exceção dilatória que implica a imediata absolvição do R. da instância - artigos 101º, 105º, nº 1, 288º, nº1, al. a), 493º, nº 1 e 2 e 494º, al. a), todos do CPC.

III. Em face do exposto, decidindo, procedendo a exceção de incompetência absoluta, ao abrigo do disposto no artigo 13.º do CPTA e artigo 4.º do ETAF, decide-se:

- a) Declarar a incompetência absoluta deste tribunal, com a consequente absolvição do R. Autoridade da Concorrência da instância, sem prejuízo do disposto no artigo 14.º, n.ºs 2 e 3, do CPTA;

¹ Nos termos do art. 20.º, n.º 1, da Lei n.º 46/2011, “A presente lei produz efeitos a partir da data da instalação do tribunal da propriedade intelectual e do tribunal da concorrência, regulação e supervisão” -



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CÍRCULO DE LISBOA

- b) Condenar o AUTOR em custas, sendo que o presente processo é de valor indeterminável, pelo que o valor da causa é superior ao da alçada do TCA (art. 446.º, nºs 1 e 2, do CPC *ex n* art. 1.º do CPTA e art. 34.º, n.ºs 1 e 2, do CPTA).

Registe e Notifique.

Lisboa, 26 de janeiro de 2012



PEDRO MARCHÃO MARQUES

Texto escrito conforme o novo Acordo Ortográfico.