



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

ACÓRDÃO N.º 93/2024

Processo n.º 46/2024

2.ª Secção

Relator: Conselheiro José Eduardo Figueiredo Dias

Acordam, em Conferência, na 2.ª Secção do Tribunal Constitucional

I – Relatório

1. Nos presentes autos, vindos do Tribunal da Relação de Lisboa, a Mcretail, S.G.P.S., S.A. e a Modelo Continente Hipermercados, S.A. vieram apresentar reclamação, nos termos do n.º 4 do artigo 76.º da Lei da Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional (Lei n.º 28/82, de 15 de novembro, adiante designada por LTC), da decisão de 18 de dezembro de 2023, proferida por aquele tribunal, que não admitiu o recurso interposto para o Tribunal Constitucional.

No âmbito do processo *a quo*, o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão confirmou parcialmente a decisão da Autoridade da Concorrência que condenou as aqui reclamantes pela prática de uma contraordenação, prevista e punida pela alínea *c*), do n.º 1, do artigo 9.º da Lei da Concorrência, e alínea *a*), do n.º 1, do artigo 68.º do mesmo diploma.

1.1. Inconformadas com esta decisão, interpuseram recurso para o Tribunal da Relação de Lisboa que, por acórdão datado de 6 de abril de 2021, decidiu:

«a) Nos termos do disposto no artigo 267.º, b), do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, colocar ao Tribunal de Justiça da União Europeia as seguintes questões prejudiciais:

1º O artigo 101º do TFUE, no qual o artigo 9º do NRJC (Lei 19/2012, de 08.05) é inspirado, deve ser interpretado no sentido de permitir a classificação de uma cláusula de não concorrência com o teor das inseridas nos artigos 12.1 e 12.2 (cf. ponto 15 dos Factos Provados) do Acordo de Parceria como um acordo de restrição pelo objecto, celebrado entre um comercializador de energia eléctrica e um retalhista alimentar que explora hipermercados e supermercados, visando a outorga de descontos aos clientes que simultaneamente adiram a um dado Plano Tarifário energético do comercializador de electricidade, disponível em Portugal continental, e sejam titulares de um cartão de fidelização do retalhista alimentar, descontos esses que só podem ser descontados em deste



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

último ou de sociedades com ele coligadas, quando desse acordo fazem parte outras cláusulas que referem que o objectivo do mesmo era potenciar o desenvolvimento das actividades das sociedades intervenientes (cf. pontos 2 a 8, 270 a 274 dos factos provados) e se mostram comprovados benefícios para os consumidores [cf. factos provados 275 a 278), sem análise dos efeitos concretos nocivos para a concorrência que resultam das referidas cláusulas 12.º. 1 e 12.º.2?

2. Pode o artigo 101.º, n.º 1 do TFUE ser interpretado no sentido de que um acordo no sentido de não desenvolver certas actividades económicas correspondente a uma alegada repartição de mercados entre duas empresas pode considerada restritiva da concorrência por objecto quando a mesma é celebrada entre entidades que não são concorrentes actuais ou potenciais em nenhum dos mercados abrangidos pela aludida obrigação, mesmo que os mercados abrangidos pela mesma se possam considerar liberalizados ou sem barreiras legais intransponíveis à entrada?

3. Pode o artigo 101.º, n.º 1 do TFUE ser interpretado no sentido de que devem ser considerados concorrentes potenciais um comercializador de energia eléctrica e um retalhista alimentar que explora hipermercados e supermercados que celebraram entre eles o Acordo, visando promover mutuamente a realização de negócios e o incremento das vendas da contraparte [e, no caso do retalhista alimentar, de sociedades detidas maioritariamente pela uma sua sociedade-mãe), quando o retalhista alimentar e estas últimas sociedades com ele coligadas não desenvolviam, à data da celebração do Acordo, a actividade de comercializador de energia eléctrica, no mercado geográfico em causa ou em qualquer outro, e quando não ficou demonstrado no processo que tinham a intenção de ali desenvolver aquela actividade ou que tinham adoptado qualquer diligência preparatória para preparar o exercício da mesma?

4. A resposta à questão anterior mantém-se se uma outra sociedade detida maioritariamente por uma sociedade-mãe do retalhista alimentar que é parte no Acordo (mas sem que nenhuma daquelas duas entidades tenha sido acusada ou condenada pela Autoridade de concorrência nacional e ou sido parte no processo neste tribunal), que não se encontrava abrangida pelo âmbito subjectivo de aplicação da obrigação de não-concorrência, deteve uma participação de 50% numa entidade terceira que desenvolveu actividades de comercialização de energia eléctrica em Portugal, terminadas três anos e meio antes da celebração do Acordo, pela dissolução desta última?

5. A resposta à pergunta anterior será idêntica se a empresa retalhista que é parte no Acordo produzir energia eléctrica através de instalações de minigeração e de microgeração localizadas nas coberturas dos seus estabelecimentos, mas em que a totalidade da energia produzida é entregue, a preços regulados, ao Comercializador de Último Recurso?

6. A resposta à quarta pergunta mantém-se se a empresa retalhista que é parte no Acordo tiver celebrado oito anos antes da data deste (e mantenha em vigência, à data do Acordo) um outro contrato de cooperação comercial com um terceiro, comercializador de combustíveis líquidos, visando a atribuição de descontos cruzados, referente à compra destes produtos e dos produtos vendidos nos hipermercados e supermercados da empresa, em que a empresa contraparte, por sua vez, além de comercializar combustíveis líquidos também é comercializador de energia eléctrica em Portugal Continental, não estando demonstrado que as partes, à data da celebração do Acordo, tenham fido a intenção ou adoptado qualquer preparativo para estender o dito contrato à comercialização de energia eléctrica?

7. A resposta à quarta pergunta mantém-se se uma outra sociedade detida maioritariamente por uma sociedade-mãe do retalhista alimentar que é parte no Acordo (mas igualmente sem que nenhuma daquelas duas entidades tenha sido acusada ou condenada pela Autoridade de concorrência nacional e ou sido parte no processo neste tribunal), que não se encontrava abrangida pelo âmbito subjectivo de aplicação da obrigação de não-concorrência, produzia energia eléctrica numa central de co-geração mas em que a totalidade da energia produzida era entregue, a preços regulados, ao Comercializador de Último Recurso?



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

8. No caso de uma resposta positiva às perguntas anteriores, deve o artigo 101.º, n.º 1 do TFUE ser interpretado no sentido de que pode ser considerada restritiva por objecto uma cláusula que impede o aludido retalhista alimentar, pelo prazo de vigência do Acordo e no ano imediatamente seguinte, de desenvolver actividades de comercialização de energia eléctrica por si ou por sociedade detida maioritariamente por uma sua sociedade-mãe que é visada no processo, no território abrangido pelo Acordo?

9. Pode o conceito de "concorrente potencial", na aceção do artigo 101.º do TFUE, da al. c) do n.º 1 do artigo 1.º do Regulamento (UE) n.º 330/2010 da Comissão, de 20 de abril de 2010, relativo à aplicação do artigo 101.º, n.º 3, TFUE a categorias de acordos verticais e práticas concertadas e do parágrafo 27 das Orientações da Comissão Europeia sobre Restrições Verticais (2010 / C 130/01), ser interpretado como abrangendo uma empresa vinculada por uma cláusula de não concorrência que esteja presente num mercado de produto inteiramente distinto da contraparte no acordo, quando não existam nos autos perante o tribunal nacional quaisquer indícios concretos (tais como projetos, investimentos ou outros preparativos) de que, antes e na ausência dessa cláusula, a empresa em questão era suscetível de, dentro de um curto período de tempo, entrar no mercado da outra parte, nem se tenha demonstrado que tal empresa era, antes e na ausência dessa cláusula, percecionada pela contraparte no acordo como um concorrente potencial no mercado em causa?

10. Pode o artigo 101.º, n.º 1, do TFUE ser interpretado no sentido de que o simples facto de um acordo de parceria entre uma empresa ativa na comercialização de eletricidade e uma empresa ativa na venda a retalho de produtos alimentares e não alimentares de consumo no lar, para a promoção cruzada das suas respetivas atividades (no âmbito da qual, entre outras, a primeira empresa concede descontos aos seus clientes sobre o seu consumo de energia elétrica que a segunda empresa deduz do preço das compras desses clientes nos estabelecimentos de retalho), conter uma cláusula em que ambas as partes se comprometem a não competir uma com a outra e a não celebrar acordos similares com concorrentes uma da outra, significa que o objeto dessa cláusula é restringir a concorrência na aceção do artigo 101.º, n.º 1, TFUE, embora:

— o alcance temporal da cláusula em questão (prazo de um ano do acordo, acrescido de mais um ano) coincida com o período definido no mesmo acordo, durante o qual as partes não estão autorizadas a utilizar segredos comerciais ou know-how adquiridos no âmbito da implementação da parceria em projetos com terceiros;

— o alcance geográfico da cláusula se limite ao alcance geográfico do acordo;

— o alcance subjetivo da cláusula seja limitado às partes do acordo e às empresas em que detêm uma participação maioritária e a outras empresas do mesmo grupo que também possuem e/ou operam estabelecimentos de retalho abrangidos pelo acordo;

— o alcance subjetivo da cláusula exclua a vasta maioria das sociedades pertencentes ao mesmo grupo económico das partes, as quais, portanto, não estão vinculadas pela cláusula e podem competir com a contraparte durante e após a vigência do acordo;

— as empresas abrangidas pela cláusula de não concorrência estejam presentes em mercados de produto inteiramente distintos e não se tenha demonstrado que, no momento da celebração do acordo, haviam desenvolvido quaisquer projetos ou planos, ou realizado investimentos ou outros preparativos, para entrar no mercado de produto da outra parte?

11. Deve o conceito de "acordo vertical", na aceção do artigo 101.º, n.º 1, TFUE, da al. a) do n.º 1 do artigo 1.º do Regulamento (UE) n.º 330/2010 da Comissão, de 20 de abril de 2010, relativo à aplicação do artigo 101.º, n.º 3, TFUE a categorias de acordos verticais e práticas concertadas, e da al. c) do parágrafo 25 das Orientações da Comissão Europeia sobre Restrições Verticais (2010 / C 130/01), ser interpretado como abrangendo um acordo com as características descritas nas questões anteriores, no âmbito do qual as partes estão presentes em mercados de produto



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

inteiramente distintos e não se demonstrou que tenham feito, antes e na ausência do acordo, quaisquer projetos, investimentos ou planos para entrar no mercado de produto da outra parte, mas no âmbito do qual as partes, para efeitos do acordo em causa, disponibilizam uma à outra as respetivas redes comerciais, forças de vendas e know-how para promoverem, angariarem e aumentarem a clientela e o negócio da outra parte?

b) Nos termos do disposto na al. c) do n.º 1 do artigo 269.º, do artigo 272.º, da al. g) do n.º 1 do artigo 652.º e do artigo 679.º do Código de Processo Civil, declarar a suspensão da instância, até à resolução das questões prejudiciais suscitadas;

c) Solicitar a maior rapidez possível na resposta, por se tratar de processo de contra-ordenação com prazo de prescrição curto.

1.2. Em 26 de outubro de 2023, o Tribunal de Justiça pronunciou-se sobre as questões objeto de reenvio prejudicial.

2. Nesta fase processual, as ora reclamantes apresentaram, separadamente, recurso para o Tribunal Constitucional, ambas ao abrigo do artigo 70.º, n.º 1, alínea b), da LTC.

2.1. A aqui reclamante Modelo Continente Hipermercados, S.A. apresentou requerimento de interposição de recurso com o seguinte teor:

«(...)

ENQUADRAMENTO

1. Por sentença proferida pelo Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (“TCRS”), em 30 de setembro de 2020 – que confirmou a decisão administrativa da Autoridade da Concorrência datada de 4 de maio de 2017, embora reduzindo em 10% o valor da coima aplicada –, a Recorrente foi condenada no pagamento de uma coima no montante de € 6.120.000,00, pela alegada prática de 1 (uma) contraordenação prevista e punida pela alínea c) do n.º 1, do artigo 9.º e pela alínea a) do n.º 1 do artigo 68.º, ambas da Lei da Concorrência).

2. Dessa decisão, a Recorrente interpôs recurso para o Tribunal da Relação de Lisboa, que culminou na prolação do Acórdão recorrido.

3. No Acórdão, o Tribunal da Relação de Lisboa analisou e conheceu as seguintes questões suscitadas em sede de recurso: (i) “o regime legal aplicável”; (ii) “a falta de fundamentação de facto invocada relativamente à possibilidade de imputação dos factos às Visadas, quer em termos objetivos, quer em termos subjetivos, e da errada interpretação do artigo 3.º do NRJC”; (iii) “da verificação dos vícios excesso de pronúncia e de omissão de fundamentação e de contradição insanável da fundamentação e entre a fundamentação e a decisão, ou de erro notório na apreciação da prova”, (iv) “da arguida inconstitucionalidade do artigo 69.º do artigo NRJC (cf. pp. 83-84 do Acórdão).

As questões ora elencadas foram definitivamente conhecidas, tendo o Tribunal *a quo* decidido, quanto a todas, pela improcedência do recurso apresentado pela Recorrente.

No mais, o Tribunal *a quo* procedeu ao reenvio prejudicial, para o TJUE, de onze questões relativas à interpretação da norma constante do artigo 101.º do Tratado de Funcionamento da União Europeia e, consequentemente, determinou a suspensão da instância até à decisão, pela instância europeia, das questões colocadas, ao abrigo do disposto nos artigos 269.º, n.º 1, al. c),



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

272.º, 652.º, n.º 1, al. g) e 679.º, todos do Código de Processo Civil.

Por esse motivo, o Tribunal *a quo* considerou prejudicado, naquele momento, o conhecimento “das demais questões colocadas” em sede de recurso, a saber, a “suficiência ou insuficiência dos factos para permitir que seja julgada verificada a contra-ordenação imputada” (p. 84 do Acórdão).

Assim, por um lado, o Tribunal da Relação de Lisboa analisou e decidiu o mérito de uma parte das questões que perfazem o objeto do recurso e, por outro lado, relegou para momento posterior - concretamente, após o esclarecimento das questões de interpretação de direito europeu colocadas ao TJUE - a decisão final relativa à verificação da contra-ordenação imputada e, conseqüentemente, a confirmação, ou revogação, da sanção concretamente aplicada pelo TCRS.

4. Entre as questões conhecidas e decididas pelo Tribunal da Relação de Lisboa encontram-se, precisamente, as questões de (in)constitucionalidade suscitadas pela Recorrente em sede de recurso.

Ao conhecer e decidir o mérito das questões *supra* elencadas, o Tribunal *a quo* aplicou, como se demonstrará, normas cuja inconstitucionalidade a Recorrente tinha já suscitado nos autos.

Por outro lado, resulta evidente do teor do Acórdão proferido que tais questões não voltarão a ser apreciadas, uma vez que o Tribunal *a quo* as considerou totalmente independentes da interpretação que viesse a ser definida pelo TJUE e, por isso, das questões a abordar posteriormente, após recebido o acórdão deste Tribunal. Por outras palavras, a decisão das questões elencadas *supra* faz caso julgado.

É precisamente sobre esses segmentos do Acórdão que versa o presente recurso.

Assim, tendo a ora Recorrente sido notificada, em 30 de outubro de 2023, do acórdão proferido pelo TJUE em 26 de outubro de 2023, que, entre o mais, pôs termo à suspensão da instância decretada pelo Tribunal *a quo* no Acórdão recorrido, vem esta apresentar, oportuna e tempestivamente, o presente recurso de fiscalização concreta da constitucionalidade.

Em detalhe:

5. A Recorrente suscitou nos presentes autos, junto do Tribunal da Relação de Lisboa, tempestivamente e de forma processualmente adequada, as 2 (duas) questões de (in)constitucionalidade normativa que vem agora trazer ao conhecimento e apreciação do Tribunal Constitucional.

6. Tais questões reportam-se à:

— inconstitucionalidade material, por violação do princípio da legalidade, do princípio da proibição das sanções ilimitadas, do princípio da proporcionalidade, do princípio do Estado de Direito Democrático, do princípio da separação de poderes e da indisponibilidade de competências, consagrados, respetivamente, nos artigos 29.º, n.º 1 e 3, 30.º, n.º 1, 18.º, n.º 2, 2.º e 111.º, n.os 1 e 2, da Constituição da República Portuguesa, da norma constante do n.º 2 do artigo 69.º da Lei da Concorrência;

— inconstitucionalidade material, por violação do disposto no artigo 29.º, n.º 4, da Constituição da República Portuguesa, do disposto no artigo 9.º, n.º 1, da Lei da Concorrência, interpretado no sentido de abranger acordos celebrados antes da sua entrada em vigor.

— *Normas cuja inconstitucionalidade se pretende que o Tribunal aprecie*

7. A norma constante do n.º 2 do artigo 69.º da Lei da Concorrência;

8. A norma constante do artigo 9.º, n.º 1, da Lei da Concorrência, interpretada e aplicada no sentido de abranger acordos celebrados antes da sua entrada em vigor.

E inequívoco que o Acórdão recorrido aplicou as suprarreferidas dimensões normativas.

Se não, vejamos:



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

(i) A norma constante do n.º 2 do artigo 69.º da Lei da Concorrência:

O Tribunal *a quo* começa por enunciar a questão de (in)constitucionalidade suscitada pela ora Recorrente a respeito do artigo 69.º, n.º 2, da Lei da Concorrência (cf. p. 210 do Acórdão), propondo-se, subsequentemente, a apreciar a mesma (c/ p. 211 do Acórdão).

Tece o Tribunal *a quo*, a este respeito, as seguintes considerações:

"Não assiste razão às Recorrentes quando invocam a inconstitucionalidade do n.º 2 do artigo 69.º do NRJC por violação do princípio da separação de poderes e da indisponibilidade de competências, consagrados nos n.ºs 1 e 2 do artigo 111.º da CRP" (...) (cf. p. 213 do Acórdão).

"Por estas razões, é possível afirmar que a norma não viola os princípios da legalidade, da segurança jurídica, da proteção da confiança, da separação de poderes e da proporcionalidade, iminentes a um Estado de direito democrático" (...) (cf. p. 216 do Acórdão).

"O artigo não viola os princípios da proporcionalidade, adequação e necessidade da restrição de direitos fundamentais (artigo 18.º da CRP) e do princípio da culpa (artigo 1.º da CRP).

E não se vislumbra como se pode colocar qualquer problema de violação do princípio da igualdade, pois nada há de desigual em tratar de forma diferente, sociedades com valores de facturação diversa e/ou de valores decorrentes da infração também dissemelhantes" (...) (cf. p. 217 do Acórdão).

Conclui, subsequentemente, nos seguintes termos:

"Bem andou o Tribunal Recorrido ao entender que o quantum máximo da coima aplicável à contra-ordenação em causa tem um limite determinado: 10 por cento do valor de negócios apurado no exercício anterior à data da decisão final administrativa" (...) (cf. p. 223 do Acórdão).

"Improcede, pois, também nesta parte, o recurso" (cf. p. 227 do Acórdão).

Das passagens ora transcritas, resulta claro que o Tribunal *a quo* analisa exaustivamente a arguição de (in)constitucionalidade suscitada pela Recorrente a respeito do n.º 2 do artigo 69.º da Lei da Concorrência, concluindo, perentoriamente, pela sua rejeição.

Ao rejeitar a arguição de (in)constitucionalidade suscitada pela Recorrente e ao decidir, consequentemente, pela improcedência do recurso nesta matéria, o Tribunal *a quo* aplicou expressamente a norma cuja inconstitucionalidade se pretende ver apreciada.

E pese embora o Tribunal *a quo* não tenha proferido, ainda, decisão final quanto à confirmação ou revogação da coima concretamente aplicada à Recorrente pelo TCRS - aguardando, para tanto, pela pronúncia do TJUE quanto às questões prejudiciais colocadas -, certo é que, ao decidir pela não inconstitucionalidade da referida norma, o Tribunal definiu, desde já, o parâmetro normativo que servirá a apreciação da sanção concretamente aplicada à Recorrente.

Por outras palavras, qualquer decisão final que venha a ser proferida pelo Tribunal assentará necessariamente na aplicação do n.º 2 do artigo 69.º enquanto *ratio decidendi*, na medida em que a apreciação relativa à concreta sanção aplicada à Recorrente nos presentes autos sempre terá subjacente a referida dimensão normativa acolhida.

(ii) A norma constante do artigo 9.º, n.º 1, da Lei da Concorrência, interpretada no sentido de abranger acordos celebrados antes da sua entrada em vigor.

9. A este respeito, afirma o Tribunal *a quo* o seguinte:

"Porém, no caso de contraordenação permanente, na qual a ação típica perdura por um tempo mais ou menos longo e durante o qual o agente comete uma única infração e a sua ação é indivisível, se a sua execução se tiver iniciado na vigência da lei antiga mas prosseguir no âmbito da lei nova, sendo que o facto ilícito já era punido pela lei antiga, então a contraordenação cabe no âmbito de aplicação da lei nova, ainda que esta última seja mais gravosa" (cf. p. 174 do Acórdão).

"Não há pois dúvidas que é à luz do NRJC que, como se referiu, entrou em vigor no dia 07.07.2012, que a conduta imputada deverá ser apreciada (...). Assim, do ponto de vista substantivo, e sem prejuízo de a prática se ter iniciado na vigência da Lei n.º 18/2003, à luz da qual já era punível, bem andou o Tribunal Recorrido ao aplicar à totalidade da factualidade típica o NRJC (...)" (cf. p. 175 do Acórdão).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

"Conclui-se assim pela aplicabilidade do NRJC" (cf. p. 179 do Acórdão).

"Improcede, pois, nesta parte, o recurso das Visadas" (cf. p. 179 do Acórdão).

Atendendo ao teor do Acórdão recorrido, dúvidas não restam de que o Tribunal *a quo* subscreveu e aplicou o entendimento segundo o qual o artigo 9.º n.º 1, da Lei da Concorrência abrange acordos celebrados antes da sua entrada em vigor.

Tal resulta do facto de ter considerado aplicável ao acordo celebrado entre a ora Recorrente e a EDP COMERCIAL - COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA, S.A., em 5 de janeiro de 2012, o regime jurídico introduzido pela Lei da Concorrência, que entrou em vigor em 7 de julho de 2012, ou seja, seis meses após a celebração do acordo, e não o regime jurídico vigente à data da sua celebração, o da Lei n.º 18/2003, de 11 de junho.

Ao fixar definitivamente - fazendo caso julgado -, como regime jurídico aplicável ao acordo (que perfaz o objeto dos presentes autos), a Lei da Concorrência, o Tribunal *a quo* sufragou a interpretação normativa do artigo 9.º, n.º 1, da Lei da Concorrência, no sentido de que aquela infração abrange acordos celebrados em momento anterior à data da sua entrada em vigor.

Verifica-se, assim, uma completa identidade normativa entre a interpretação normativa genérica e abstrata cuja inconstitucionalidade a Recorrente tempestivamente suscitou, e que agora pretende ver apreciada pelo Tribunal Constitucional, e a interpretação normativa que o Tribunal da Relação de Lisboa aplicou no Acórdão recorrido, como fundamento para a decisão de rejeição do recurso interposto e na definição do regime jurídico aplicável.

Pelo exposto, sempre se terá de concluir que a norma cuja inconstitucionalidade a Recorrente invocou, na interpretação acima indicada, foi efetivamente aplicada pelo Tribunal da Relação de Lisboa, na medida em que consubstancia o fundamento jurídico determinante para a solução jurídica encontrada para a decisão sobre o regime jurídico aplicável ao contrato celebrado entre a Recorrente e a EDP COMERCIAL - COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA, S.A. que constitui o objeto dos presentes autos.

Sublinhe-se, de resto, que ainda que a interpretação normativa ora descrita não tenha sido expressamente anunciada pelo Tribunal *a quo*, tal não obsta à admissibilidade do presente requerimento de interposição de recurso de constitucionalidade, como vem sendo reconhecido pela generalidade da Doutrina e mesmo pela jurisprudência do Tribunal Constitucional.

— Normas e princípios constitucionais que se consideram terem sido violados

10. A norma constante do n.º 2 do artigo 69.º da Lei da Concorrência viola o princípio da legalidade, o princípio da proibição das sanções ilimitadas, o princípio da proporcionalidade, o princípio do Estado de Direito Democrático, o princípio da separação de poderes e da indisponibilidade de competências, consagrados, respetivamente, nos artigos 29.º, n.º 1 e 3, 30.º, n.º 1, 18.º, n.º 2, 2.º e 111.º, n.ºs 1 e 2, todos da Constituição da República Portuguesa.

Com efeito, estando o valor máximo da coima aplicável indexado a um montante indefinido e dependente do volume de negócios, sobre o qual incidirá uma percentagem, sem estipulação de qualquer limite máximo, a referida norma consagra uma sanção indeterminada, incerta, e ilimitada, em flagrante violação do princípio da legalidade e da proporcionalidade, inerentes a qualquer Estado de Direito Democrático, deixando a Visada ao arbítrio do legislador e da Autoridade da Concorrência.

11. Já a dimensão normativa do artigo 9.º, n.º 1, da Lei da Concorrência, acolhida pelo Tribunal *a quo*, viola o disposto no artigo 29.º, n.º 4, da Constituição da República Portuguesa.

Assim, a interpretação normativa acolhida e aplicada pelo Tribunal *a quo*, para além de comprometer irreversivelmente o princípio da legalidade, na vertente da proibição da retroatividade *in pejus*, lesa ainda as garantias de defesa dos visados em processo contraordenacional, os princípios da confiança e segurança jurídicas, corolários do princípio do Estado de Direito e o princípio da



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

proporcionalidade.

— *Peça processual em que foi suscitada a questão de (in)constitucionalidade*

12. A questão de (in)constitucionalidade normativa referida no ponto 7 e subponto (i) *supra* foi tempestivamente suscitada perante o Tribunal da Relação de Lisboa nos pontos 212, 218, 220 e 224 das alegações e nos parágrafos § 319, § 322 e §324 das respetivas conclusões do recurso da decisão condenatória do TCRS, remetido em 4 de novembro de 2020.

13. A questão de (in)constitucionalidade normativa referida no ponto 8 e subponto (ii) *supra* foi tempestivamente suscitada perante o Tribunal da Relação de Lisboa no ponto 281 das alegações e na conclusão § 368 das respetivas conclusões do recurso da decisão condenatória do TCRS remetido em 4 de novembro de 2020.

Nestes termos e nos demais de Direito aplicável, por estar em tempo e ser parte legítima, requer-se a V. Ex.^{as} se dignem admitir o presente Recurso do Acórdão proferido pelo Tribunal da Relação de Lisboa nos presentes autos, interposto ao abrigo do disposto nos artigos 70.º, n.º 1, alínea b), e n.º 2, 72.º, n.º 1, alínea b), e n.º 2, 75.º e 75.º-A, todos da LTC, tendo o mesmo por objeto as questões de inconstitucionalidade acima mencionadas.»

2.2. Por sua vez, a aqui reclamante Mcetail, S.G.P.S., S.A. apresentou requerimento de interposição de recurso com o seguinte teor:

«(...)

ENQUADRAMENTO

1. Por sentença proferida pelo Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (“TCRS”), em 30 de setembro de 2020 - que confirmou a decisão administrativa da Autoridade da Concorrência, datada de 4 de maio de 2017, embora reduzindo em 10% o valor da coima aplicada -, a Recorrente foi condenada no pagamento de uma coima no montante de € 2.520.000,00, pela alegada prática de 1 (uma) contraordenação, prevista e punida pela alínea c) do n.º 1, do artigo 9º e pela alínea a) do n.º 1 do artigo 68.º, ambas da Lei da Concorrência).

2. Dessa decisão, a Recorrente interpôs recurso para o Tribunal da Relação de Lisboa, que culminou na prolação do Acórdão recorrido.

3. No Acórdão, o Tribunal da Relação de Lisboa analisou e conheceu as seguintes questões suscitadas em sede de recurso: (i) “o regime legal aplicável”, (ii) “a falta de fundamentação de facto invocada relativamente à possibilidade de imputação dos factos às Visadas, quer em termos objetivos, quer em termos subjetivos, e da errada interpretação do artigo 3.º do NRJC”, (iii) “da verificação dos vícios excesso de pronúncia e de omissão de fundamentação e de contradição insanável da fundamentação e entre a fundamentação e a decisão, ou de erro notório na apreciação da prova”, (iv) “da arguida inconstitucionalidade do artigo 69.º do artigo NRJC” (cf pp. 83-84 do Acórdão).

As questões ora elencadas foram definitivamente conhecidas, tendo o Tribunal a quo decidido, quanto a todas, pela improcedência do recurso apresentado pela Recorrente.

No mais, o Tribunal *a quo* procedeu ao reenvio prejudicial, para o TJUE, de onze questões relativas à interpretação da norma constante do artigo 101.º do Tratado de Funcionamento da União Europeia e, conseqüentemente, determinou a suspensão da instância até à decisão, pela instância europeia, das questões colocadas, ao abrigo do disposto nos artigos 269.º, n.º 1, al. c), 272.º, 652.º, n.º 1, al. g) e 679.º, todos do Código de Processo Civil.

Por esse motivo, o Tribunal considerou prejudicado, naquele momento, o conhecimento “das demais questões colocadas” em sede de recurso, a saber, a “suficiência ou insuficiência dos factos para permitir



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

que seja julgada verificada a contra-ordenação imputada? (p. 84 do Acórdão).

Assim, por um lado, o Tribunal da Relação de Lisboa analisou e decidiu o mérito de uma parte das questões que perfazem o objeto do recurso e, por outro lado, relegou para momento posterior - concretamente, após o esclarecimento das questões de interpretação da norma de direito europeu colocadas ao TJUE - a decisão relativa à verificação da contraordenação imputada e, conseqüentemente, a confirmação, ou revogação, da sanção concretamente aplicada pelo TCRS.

4. Entre as questões conhecidas e decididas pelo Tribunal da Relação de Lisboa encontram-se, precisamente, as questões de (in)constitucionalidade suscitadas pela Recorrente em sede de recurso.

Ao conhecer e decidir o mérito das questões *supra* elencadas, o Tribunal *a quo* aplicou, como se demonstrará, normas cuja inconstitucionalidade a Recorrente tinha já suscitado nos autos.

Por outro lado, resulta evidente do teor do Acórdão que tais questões não voltarão a ser apreciadas, uma vez que o Tribunal *a quo* as considerou totalmente independentes da interpretação que viesse a ser definida pelo TJUE e, por isso, das questões a abordar posteriormente, após recebido o acórdão deste Tribunal. Por outras palavras, a decisão das questões elencadas *supra* faz caso julgado.

É precisamente sobre esses segmentos do Acórdão que versa o presente recurso.

Assim, tendo a ora Recorrente sido notificada, em 30 de outubro de 2023, do acórdão proferido pelo TJUE em 26 de outubro de 2023, que, entre o mais, pôs termo à suspensão da instância decretada pelo Tribunal *a quo* no Acórdão recorrido, vem esta apresentar, oportuna e tempestivamente, o presente recurso de fiscalização concreta da constitucionalidade.

Em detalhe:

5. A Recorrente suscitou nos presentes autos, junto do Tribunal da Relação de Lisboa, tempestivamente e de forma processualmente adequada, as 2 (duas) questões de (in)constitucionalidade normativa que vem agora trazer ao conhecimento e apreciação do Tribunal Constitucional.

6. Tais questões reportam-se à:

— inconstitucionalidade material, por violação do direito de defesa, do princípio da igualdade de armas, do princípio do processo justo e equitativo, do direito à tutela jurisdicional efetiva e do direito ao recurso, nos termos do disposto nos artigos 32.º, n.º 10, 13.º, n.º 1, 20.º, n.ºs 1 e 3, da Constituição da República Portuguesa, da interpretação do disposto nos artigos 374.º, n.º 2 e/ou 379.º, n.º 1, alínea a), ambos do Código de Processo Penal ("CPP"), aplicáveis *ex vi* artigos 41.º, n.º 1, do Regime Geral das Contraordenações ("RGCO") e 83.º da Lei da Concorrência, isoladamente considerados ou em conjugação com qualquer outra disposição, no sentido de que em processo contraordenacional a sentença não tem de incluir na enumeração dos factos provados ou não provados os factos alegados pela Visada e por esta reputados como tendo interesse para a causa, sem justificação para a sua não inclusão.

— inconstitucionalidade material, por violação do disposto nos artigos 2.º, 18.º, n.º 2, 32.º, n.º 10, 30.º, n.º 3 e 29.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa, da interpretação do disposto no artigo 9.º, n.º 1, alínea c), da Lei da Concorrência, isoladamente considerada ou em conjugação com qualquer outra norma, no sentido de que pode ser imputada a infração aí prevista a pessoas coletivas sem necessidade de alegação e/ou demonstração do preenchimento de uma das alíneas do artigo 73.º, n.º 2 do mesmo diploma.

Mais de perto:

— Normas cuja inconstitucionalidade se pretende que o Tribunal aprecie

7. A norma constante do disposto nos artigos 374.º, n.º 2 e/ou 379.º, n.º 1, alínea a), ambos do CPP, aplicáveis *ex vi* artigos 41.º, n.º 1, do RGCO e 83.º da Lei da Concorrência, isoladamente considerados ou em conjugação com qualquer outra disposição, interpretada e



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

aplicada no sentido de que em processo contraordenacional a sentença não tem de incluir na enumeração dos factos provados ou não provados os factos alegados pela Visada e por esta reputados como tendo interesse para a causa, sem justificação para a sua não inclusão:

8. A norma constante do disposto no artigo 9.º, n.º 1, alínea c), da Lei da Concorrência, isoladamente considerada ou em conjugação com qualquer outra norma, interpretada e aplicada no sentido de que pode ser imputada a infração aí prevista a pessoas coletivas sem necessidade de alegação e/ou demonstração do preenchimento de uma das alíneas do artigo 73.º, n.º 2, do mesmo diploma.

Compulsado o Acórdão recorrido, conclui-se que o Tribunal a quo concedeu um tratamento unitário às duas questões de (in)constitucionalidade suscitadas pela Recorrente, analisando-as conjuntamente no âmbito da apreciação da “*nullidade por falta de prova de factos alegados pela defesa e susceptíveis de concluir pela imputação da contra-ordenação*” (cf p. 180 do Acórdão).

É, porém, inequívoco que o Acórdão recorrido aplicou as suprarreferidas interpretações normativas no sentido acima assinalado, conforme se passa a demonstrar.

(i) A norma constante do disposto nos artigos 374.º, n.º 2 e/ou 379.º, n.º 1, alínea a), ambos do CPP, aplicáveis ex vi artigos 41.º, n.º 1, do RGCO e 83.º da Lei da Concorrência, isoladamente considerados ou em conjugação com qualquer outra disposição, interpretada e aplicada no sentido de que em processo contraordenacional a sentença não tem de incluir na enumeração dos factos provados ou não provados os factos alegados pela Visada e por esta reputados como tendo interesse para a causa, sem justificação para a sua não inclusão:

Neste âmbito, o Tribunal a quo começa por enunciar e transcrever a questão de (in)constitucionalidade suscitada pela ora Recorrente (cf p. 180 do Acórdão), propondo-se subsequentemente a apreciar a mesma (cf p. 182 do Acórdão).

Concluiu o Tribunal a quo, após a análise, nos seguintes termos:

“Mas não pode incluir-se na insuficiência da matéria de facto, no erro notório na apreciação da prova, ou na contradição insanável da fundamentação, a sindicância que a recorrente possa pretender fazer/efectuar à forma como os factos dados como provados foram julgados ou enquadrados juridicamente ou sequer àquela como o Tribunal Recorrido valorou a prova produzida perante si, valoração que aquele tribunal é livre de fazer, de harmonia com o preceituado no artigo 127.º, do Código Processo Penal, sem que tal encerre qualquer inconstitucionalidade.

No caso dos autos, percorrendo a sentença, não se vislumbra o apontado vício da insuficiência da matéria de facto, a que alude o artigo 410.º, n.º 2, do Código de Processo Penal.

Antes, como referem a Autoridade da Concorrência e o Ministério Público, não resulta do texto da decisão recorrida (sendo que, como vimos, é deste que tem de resultar), por si só ou conjugado com as regras da experiência comum, qualquer insuficiência para a decisão da matéria de facto provada, mostrando-se os factos provados na sentença adequados e suficientes para justificar a solução que se adoptou na decisão recorrida e a concreta sanção ali encontrada, cujo mérito analisaremos mais à frente.

E também não se verifica qualquer omissão de pronúncia. (...)” (destaques nossos) (cf. 185 do Acórdão).

“Basta, pois, uma leitura atenta da fundamentação de facto para se concluir pela apreciação de toda a factualidade alegada e pela análise dos meios de prova documental e pessoal que cabalmente contrariam a alegação genérica que é feita pelas Recorrentes de que todos os factos por si alegados foram desconsiderados.

O simples facto de a versão das Recorrentes sobre a matéria de facto provada não coincidir com a versão acolhida pelo tribunal, não consubstancia qualquer vício na decisão sobre matéria de facto, nem importa contradições, ou sequer a insuficiência da matéria de facto” (cf pp. 191-192 do Acórdão).

Por conseguinte, decidiu o Tribunal a quo:

“Conclui-se, pois, que a sentença não enferma neste ponto da aludida nulidade por insuficiência da matéria de facto, não existindo também qualquer nulidade da sentença por falta de pronúncia” (cf. p. 192 do Acórdão).

“Improcedem, pois, os recursos nesta parte relativa às nulidades invocadas.” (cf. p. 207 do Acórdão).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

As passagens ora transcritas revelam o entendimento, acolhido pelo Tribunal a quo, segundo o qual a sentença, para se considerar suficientemente fundamentada, não carece de incluir, na enumeração dos factos provados ou não provados, os factos alegados pela visada e por esta reputados relevantes para a decisão da causa.

Com efeito, é tão só porque acolhe tal entendimento que o Tribunal a quo consegue concluir, de seguida, que a ausência, na sentença, da enumeração dos factos provados e não provados alegados pelas visadas em processo contraordenacional não configura um vício de insuficiência da matéria de facto que tenha como efeito a nulidade da decisão.

Como tal, o Acórdão recorrido interpreta e aplica a norma resultante dos artigos 374.º, n.º 2 e/ou 379.º, n.º 1, alínea a), ambos do CPP, aplicáveis ex vi artigos 41.º, n.º 1, do RGCO e 83.º da Lei da Concorrência, no sentido, genérico e abstrato, de que a sentença não tem de incluir na enumeração dos factos provados ou não provados os factos alegados pela visada e por esta reputados como tendo interesse para a causa, sem justificação para a sua não inclusão, consubstanciando tal interpretação o fundamento jurídico determinante para a solução jurídica encontrada quanto à questão da nulidade (ou não) da sentença do TCRS.

Verifica-se, assim, uma completa identidade normativa entre a interpretação normativa genérica e abstrata cuja inconstitucionalidade a Recorrente tempestivamente suscitou, e que agora pretende ver apreciada pelo Tribunal Constitucional, e a interpretação normativa que o Tribunal da Relação de Lisboa aplicou no Acórdão recorrido, como fundamento para a decisão de rejeição da arguição de nulidade resultante do disposto no artigo 379.º, n.º 1, alínea a), do CPP, aplicável ex vi artigos 41.º, n.º 1, do RGCO e 83.º da Lei da Concorrência.

(ii) A norma constante do disposto no artigo 9.º, n.º 1, alínea c), da Lei da Concorrência, isoladamente considerada ou em conjugação com qualquer outra norma, interpretada e aplicada no sentido de que pode ser imputada a infração aí prevista a pessoas coletivas sem necessidade de alegação e/ou demonstração do preenchimento de uma das alíneas do artigo 73.º, n.º 2, do mesmo diploma:

Nos termos do artigo 73.º, n.º 2, da Lei da Concorrência, as pessoas coletivas e as entidades equiparadas só respondem pelas contraordenações jusconcorrenciais quando se verifique o preenchimento de uma das alíneas do referido preceito.

No recurso que interpôs para o Tribunal da Relação de Lisboa, a Recorrente alegou expressamente que a sentença condenatória do TCRS não identificava se a infração lhe era imputada ao abrigo da alínea a), ou da alínea b), do n.º 2 do artigo 73.º, tendo suscitado a questão de (in)constitucionalidade nos moldes supra expostos.

Porém, também a este propósito, o Tribunal a quo aplicou as normas extraídas da disposição legal citada, nos termos suscitados.

Embora apenas faça expressamente referência ao recurso interposto pela EDP - ENERGIAS DE PORTUGAL - ignorando que a ora Recorrente também suscita a questão de (in)constitucionalidade no recurso por si apresentado, nos mesmos termos -, o Tribunal a quo, uma vez mais, enuncia a questão de (in)constitucionalidade (c/ p. 181 do Acórdão), propondo-se, de seguida, a analisar a mesma (cf. p. 182 do Acórdão).

Além das passagens supra citadas, a respeito da (in)suficiência dos factos provados na sentença - para as quais, por economia processual, se remete, atendendo ao tratamento unitário que o Tribunal a quo concedeu às questões suscitadas afirma-se no Acórdão recorrido o seguinte:

“Não pode, pois, validamente, colocar-se em dúvida que o Tribunal apreciou a nível de fundamentação de facto - provados e não provados - e da motivação dos mesmos, a versão de que se convenceu sobre o envolvimento das Recorrentes, dos meios de prova que sustentam os mencionados factos provados que descrevem os comportamentos imputados (...)” (cf. p. 191 do Acórdão).

“E também não determina qualquer dos supra elencados vícios geradores de nulidade da sentença recorrida



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

(insuficiência, contradição ou omissão de pronúncia), a discordância relativamente ao enquadramento jurídico dos factos relativo, designadamente às sociedades que não subscreveram o Acordo de Parceria.

É de sublinhar que a sentença, neste ponto, partiu do conceito de empresa previsto no artigo 3.º do NRJC² {cf p. 194 do Acórdão).

“Improcedem, pois, os recursos nesta parte relativa às nulidades invocadas” (cf p. 207 do Acórdão).

Conforme decorre do que se transcreve, decidiu o Tribunal a quo pela improcedência do recurso interposto pela Recorrente, por considerar que a decisão proferida pelo TCRS - não obstante não enunciar nenhum dos pressupostos previstos no artigo 73.º, n.º 2, da Lei da Concorrência - se encontrava suficiente e devidamente fundamentada no tocante à imputação dos factos à pessoa coletiva.

Ao decidir nos termos descritos, o Tribunal a quo entendeu necessariamente que o artigo 9.º, n.º 1, alínea c), da Lei da Concorrência é suscetível de imputação a uma pessoa coletiva independentemente da alegação e/ou demonstração dos pressupostos previstos no artigo 73.º, n.º 2, do mesmo diploma.

Aliás, se assim não tivesse sido, o Tribunal a quo teria necessariamente de ter decidido pela procedência do recurso e, conseqüentemente, pela absolvição total da Recorrente, em prejuízo da apreciação das demais questões.

Assim, também quanto a este ponto, fica cabalmente demonstrada a efetiva aplicação no Acórdão recorrido da interpretação normativa cuja (in)constitucionalidade a Recorrente suscita.

Sublinhe-se, de resto, que ainda que a interpretação normativa ora descrita não tenha sido expressamente anunciada pelo Tribunal a quo, tal não obsta à admissibilidade do requerimento de interposição de recurso de constitucionalidade, como vem sendo reconhecido pela generalidade da Doutrina e mesmo pela jurisprudência do Tribunal Constitucional.

— Normas e princípios constitucionais que se considera terem sido violados

9. As dimensões normativas dos artigos 374.º, n.º 2 e/ou 379.º, n.º 1, alínea a), ambos do CPP, aplicáveis ex vi artigos 41.º, n.º 1, do RGCO e 83.º da Lei da Concorrência, nos sentidos explicitados supra, acolhidas e aplicadas pelo Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, violam, entre o mais, os artigos 32.º, n.º 10, 13.º, n.º 1, 20.º, n.os 1 e 3, da Constituição da República Portuguesa.

Com efeito, a falta de enumeração, na sentença, dos factos provados e não provados alegados pela Visada, e por esta reputados como relevantes para a decisão da causa, corresponde à omissão de um aspeto essencial da fundamentação da sentença e consubstancia, nessa medida, uma violação do direito de defesa, do princípio da igualdade de armas, do princípio do processo justo e equitativo, do direito à tutela jurisdicional efetiva e do direito ao recurso.

10. Igualmente, as dimensões normativas do artigo 9.º, n.º 1, alínea c), da Lei da Concorrência, nos sentidos explicitados supra, acolhidas e aplicadas pelo Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, violam, entre o mais, os artigos 2.º, 18.º, n.º 2, 32.º, n.º 10, 30.º, n.º 3 e 29.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa.

De facto, a interpretação normativa acolhida e aplicada pelo Tribunal a quo, no sentido de prescindir da alegação e/ou demonstração do preenchimento de uma das alíneas do artigo 73.º, n.º 2, da Lei da Concorrência - i.e., de um fator de conexão que permita coletivizar o facto praticado pela pessoa singular - para a imputação da infração descrita à pessoa coletiva, consubstancia uma violação flagrante dos princípios da tipicidade e da legalidade e lesa irremediavelmente as garantias de defesa da Recorrente.

— Peças processuais em que foi suscitada a questão de (in)constitucionalidade

11. A questão da (in)constitucionalidade normativa referidas no ponto 7 e subponto (i) foi



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

oportunamente suscitada no artigo 17 do recurso para o Tribunal da Relação de Lisboa apresentado pela Recorrente, com entrada em 4 de novembro de 2020, bem como no parágrafo XXIV das conclusões da mesma peça processual.

12. Já a questão de (in)constitucionalidade normativa referida no ponto 8 e subponto (ii) foi oportunamente suscitada no artigo 24 do recurso para o Tribunal da Relação de Lisboa apresentado pela Recorrente, com entrada em 4 de novembro de 2020, bem como no parágrafo XXXIII das conclusões da mesma peça processual.

Nestes termos e nos demais de Direito aplicável, por estar em tempo e ser parte legítima, requer-se a V. Ex.^{as} se dignem admitir o presente Recurso do Acórdão proferido pelo Tribunal da Relação de Lisboa nos presentes autos, interposto ao abrigo do disposto nos artigos 70.º, n.º 1, alínea b), e n.º 2, 72.º, n.º 1, alínea b), e n.º 2, 75.º e 75.º-A, todos da LTC, tendo o mesmo por objeto as questões de inconstitucionalidade acima mencionadas.

3. Por decisão de 8 de dezembro de 2023, o Tribunal da Relação de Lisboa não admitiu o recurso para o Tribunal Constitucional, com o seguinte fundamento:

«MODELO CONTINENTE HIPERMERCADOS, S.A., EDP - ENERGIAS DE PORTUGAL, S.A., EDP COMERCIAL - COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA, S.A. e MCRETAIL, SGPS, S.A., Visadas e Recorrentes nos presentes autos, vieram interpor recursos para o Tribunal Constitucional tendo todos por objecto o Acórdão que identificaram como sendo o deles proferido em 6 de abril de 2021.

É certo que decisão que se pretende impugnar perante a Justiça Constitucional corresponde a um acórdão – acto decisório colectivo praticado em sede de vero julgamento iniciado pelo Tribunal que o proferiu.

Trata-se, porém, de acto incompleto porque interrompido para continuar depois e, por o ser, juízo incapaz de pôr termo aos autos, ou seja, de constituir decisão final, já que o órgão decisor não apreciou, então, todas as questões que lhe era imposto conhecer em sede de recurso por ter entendido não poder ainda concluir o julgamento por si iniciado dado necessitar do esclarecimento de questões liminares por parte do Tribunal de Justiça da União Europeia. Estamos perante decisão que clama, agora, por ser concluída pelo mesmo Tribunal que a proferiu, na sua composição original.

Quer isto dizer que, neste momento, se mantêm em aberto as três possibilidades iniciais, a saber: provimento, provimento parcial e recusa de provimento. E se o destino final for a procedência, de imediato desaparecerá o interesse em agir em sede de recurso e a associada recorribilidade da decisão. Ao mesmo tempo se descobrirá, nesse contexto, que, afinal, admitir as impugnações judiciais que agora se apreciam vestibularmente teria representado absoluta perda de tempo - que não interessa a nenhum sujeito processual de boa fé - logo violação do princípio da economia processual.

É a final que se revelará se as Arguidas/Visadas têm, ou não, razões de indignação. Neste momento, não estão as mesmas perante uma decisão final de um recurso, no sentido de juízo que conhece, com contornos finais, todas as questões suscitadas numa impugnação judicial.

Num tal quadro e numa outra perspectiva, garantística, também não se poderá falar em compressão do direito a plenamente contradizer, do direito ao juiz ou do direito ao recurso (neste caso num âmbito de aferição do respeito da Lei Fundamental na interpretação e aplicação de normas envolvidas no acto de julgar). É assim porquanto o acórdão impugnado é um acção ainda



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

imperfeita e incompleta - por isso mesmo ainda insusceptível de ser executado e imposto às Recorrentes - podendo o mesmo perder totalmente o seu relevo face à avaliação das questões remanescentes, em caso de procedência dos recursos. Só o acórdão composto pelas duas peças decisórias constituirá o acto impugnável. E podendo esse acto conjugado ser impugnado a final, quando o Tribunal completar o seu julgamento, seria desprovido de sentido falar agora e aqui em violação daqueles direitos.

Quando, na Lei Orgânica do Tribunal Constitucional (Lei n.º 28/82, de 15 de Novembro), se referem, no n.º 1 do art. 70.º, as *«decisões de que pode recorrer-se, não se está, claramente, a falar de juízos incompletos, nesse sentido imperfeitos, destituídos de efeitos, realizados no seio de um iter ainda em curso»*.

É a este nível que ganha sentido o ajustadamente afirmado por Carlos Lopes do Rego em «Os Recursos de Fiscalização Concreta na Lei e na Jurisprudência do Tribunal Constitucional», Almedina, Coimbra, 2010, págs. 17, 23 e 24, nos seguintes termos:

Começando pela análise do primeiro daqueles pressupostos gerais, pode afirmar-se que - conforme entendimento da doutrina e da jurisprudência constitucional - os recursos de fiscalização concreta visam necessariamente impugnar uma decisão:

- *que haja sido proferida por um tribunal;*
- *que tenha natureza jurisdicional;*
- *que se não configure como meramente "provisória" ou "não definitiva".*

(...)

Parce-nos indispensável - a propósito desta exigência da "não provisoriedade" da decisão recorrida - operar uma distinção liminar entre situações profundamente diferentes: assim, nada justificará a admissibilidade do recurso de constitucionalidade quanto a decisões puramente precárias - e, enquanto tal, insusceptíveis de autónoma impugnação do ordenamento processual comum - necessariamente "consumidas" por uma ulterior decisão do tribunal "ad quem" (...); ou de decisões que carecem absolutamente (...) de verdadeira autonomia, já que se integram na decisão originariamente proferida, visando tão - somente complementar ou reforçar respectiva fundamentação, face à alegação do agravante - assentando, nestes casos, a inadmissibilidade de recurso para o Tribunal Constitucional numa ideia de "inutilidade" manifesta da respectiva pronúncia, antecipada relativamente à prolação de verdadeira "decisão definitiva" das instâncias.

É, exactamente, definitividade e verdadeira autonomia aquilo de que carece o acórdão que se quis impugnar, atentas as razões acima alinhadas. É a referida inutilidade da pronúncia o que fere liminar e flagrantemente os recursos de constitucionalidade apreciados.

Em virtude do exposto, rejeitam-se os recursos sob análise e menção.

4. Perante esta decisão, as aqui reclamantes apresentaram reclamação, nos termos do disposto no artigo 76.º, n.º 4, da LTC, nos seguintes termos:

«(...)

1. No passado dia 09.11.2023, ao abrigo do disposto nos artigos 70.º, n.º 1, alínea *b*), e n.º 2, 72.º, n.º 1, alínea *b*), e n.º 2, 75.º e 75.º-A, todos da LTC, as ora Reclamantes interpuseram dois distintos Recursos para o Tribunal Constitucional, que tiveram por objeto diversas inconstitucionalidades que, no seu entender, resultavam do Acórdão proferido pelo Tribunal da Relação de Lisboa em 06.04.2021.

2. Em concreto, as questões de (in)constitucionalidade suscitadas pela Reclamante MCRETAIL, SGPS, S.A., reportam-se à:

— inconstitucionalidade material, por violação do direito de defesa, do princípio da igualdade de armas, do princípio do processo justo e equitativo, do direito à tutela jurisdicional efetiva e do direito ao recurso, nos termos do disposto nos artigos 32.º, n.º 10, 13.º, n.º 1, 20.º, n.os 1 e 3, da



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Constituição da República Portuguesa, da interpretação do disposto nos artigos 374.º, n.º 2 e/ou 379.º, n.º 1, alínea a), ambos do Código de Processo Penal (“CPP”), aplicáveis ex vi artigos 41.º, n.º 1, do Regime Geral das Contraordenações (“RGCO”) e 83.º da Lei da Concorrência, isoladamente considerados ou em conjugação com qualquer outra disposição, no sentido de que em processo contraordenacional a sentença não tem de incluir na enumeração dos factos provados ou não provados os factos alegados pela Visada e por esta reputados como tendo interesse para a causa, sem justificação para a sua não inclusão.

— inconstitucionalidade material, por violação do disposto nos artigos 2.º, 18.º, n.º 2, 32.º, n.º 10, 30.º, n.º 3 e 29.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa, da interpretação do disposto no artigo 9.º, n.º 1, alínea c), da Lei da Concorrência, isoladamente considerada ou em conjugação com qualquer outra norma, no sentido de que pode ser imputada a infração aí prevista a pessoas coletivas sem necessidade de alegação e/ou demonstração do preenchimento de uma das alíneas do artigo 73.º, n.º 2 do mesmo diploma.

3. Por sua vez, as questões de (in)constitucionalidade suscitadas pela Reclamante MODELO CONTINENTE HIPERMERCADOS, S.A, reportam-se à:

inconstitucionalidade material, por violação do princípio da legalidade, do princípio da proibição das sanções ilimitadas, do princípio da proporcionalidade, do princípio do Estado de Direito Democrático, do princípio da separação de poderes e da indisponibilidade de competências, consagrados, respetivamente, nos artigos 29.º, n.º 1 e 3, 30.º, n.º 1, 18.º, n.º 2, 2.º e 111.º, n.ºs 1 e 2, da Constituição da República Portuguesa, da norma constante do n.º 2 do artigo 69.º da Lei da Concorrência (2);

— inconstitucionalidade material, por violação do disposto no artigo 29.º, n.º 4, da Constituição da República Portuguesa, do disposto no artigo 9.º, n.º 1, da Lei da Concorrência, interpretado no sentido de abranger acordos celebrados antes da sua entrada em vigor.

4. Em 08.12.2023, o Exmo. Senhor Juiz Desembargador Relator, junto do Tribunal da Relação de Lisboa, proferiu o Despacho Reclamado, a propósito dos requerimentos de interposição dos recursos de constitucionalidade apresentados pelas Reclamantes MCRETAIL, SGPS, S.A. e MODELO CONTINENTE HIPERMERCADOS, S.A. (e, bem assim, pelas reclamantes EDP - ENERGIAS DE PORTUGAL, S.A. e EDP COMERCIAL - COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA, S.A), nos seguintes termos:

“É certo que decisão que se pretende impugnar perante a Justiça Constitucional corresponde a um acórdão - acto decisório colectivo praticado em sede de vero julgamento iniciado pelo Tribunal que o proferiu.

Trata-se, porém, de acto incompleto porque interrompido para continuar depois e, por o ser, juízo incapaz de pôr termo aos autos, ou seja, de constituir decisão final, já que o órgão decisor não apreciou, então, todas as questões que lhe era imposto conhecer em sede de recurso por ter entendido não poder ainda concluir o julgamento por si iniciado dado necessitar do esclarecimento de questões liminares por parte do Tribunal de Justiça da União Europeia. Estamos perante decisão que clama, agora, por ser concluída pelo mesmo Tribunal que a proferiu, na sua composição original. (...)

Quando, na Lei Orgânica do Tribunal Constitucional (Lei n.º 28/82, de 15 de Novembro), se referem, no n.º 1 do art. 70.º, as adeições de que pode recorrer-se não se está, claramente, a falar de juízos incompletos, nesse sentido imperfeitos, destituídos de efeitos, realizados no seio de um iter ainda em curso. (...)

Em virtude do exposto, rejeitam-se os recursos sob análise e menção” (sublinhados nossos).

5. Sem prejuízo da questão da (in)competência do Exmo. Senhor Juiz Desembargador Relator para apreciar a admissibilidade dos recursos de constitucionalidade interpostos pelas ora Reclamantes - a qual já se arguiu oportunamente em sede e momento próprios, por se considerar que, em linha com o decidido pelo próprio, seria antes competente para a prolação de tal decisão a Exma. Sra. Desembargadora Relatora do Coletivo que proferiu o acórdão de 06.04.2021 -,

6. E salvaguardada a possibilidade - caso se entenda (o que não se concede) que o acórdão



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

proferido em 06.04.2021 é irrecurível -, de as Reclamantes apresentarem os respetivos requerimentos de interposição de recurso após a prolação do acórdão que, a final, conhecer das questões de mérito, caso o mesmo venha a confirmar, ou revogar parcialmente, a decisão do TCRS que as condenou em coima,

7. Entende-se, pelas razões que adiante se avançarão - e, de mais a mais, por cautela de patrocínio - que, contrariamente ao entendimento perfilhado *supra* no Despacho Reclamado, é este o momento próprio para a apresentação dos recursos de constitucionalidade.

Se não, vejamos:

8. Conforme resulta dos recursos de constitucionalidade que instruem a presente Reclamação, o acórdão proferido em 06.04.2021 é *«suis generis»*.

9. Isto porque o Tribunal da Relação de Lisboa dividiu os *themata decidendum* em dois momentos decisórios: o primeiro, relativo às questões prévias, ficou vertido no acórdão de 06.04.2021; o segundo, relativo ao conhecimento das questões *de fundo*, foi relegado para momento posterior.

10. Assim, por um lado, o Tribunal da Relação de Lisboa conheceu e decidiu uma série de questões prévias suscitadas nos recursos interpostos pelas ora Reclamantes.

11. Foram elas: (i) "o regime legal aplicável"; (ii) "a falta de fundamentação de facto invocada relativamente à possibilidade de imputação dos factos às Visadas, quer em termos objetivos, quer em termos subjetivos, e da errada interpretação do artigo 3º do NRJC"; (iii) "da verificação dos vícios excesso de pronúncia e de omissão de fundamentação e de contradição insanável da fundamentação e entre a fundamentação e a decisão, ou de erro notório na apreciação da prova"; (iv) "da arguida inconstitucionalidade do artigo 69.º do artigo NRJC" (cf pp. 83-84 do acórdão).

12. Quanto a todas, o Tribunal reclamado decidiu pela improcedência dos recursos apresentados pelas Recorrentes, tendo, para tanto - e como se demonstra, em maior detalhe, nos requerimentos de interposição do recurso de constitucionalidade que instruem a presente Reclamação -, procedido à interpretação e aplicação de normas cuja inconstitucionalidade as Reclamantes tinham já suscitado nos autos e que pretendem ver apreciadas pelo Tribunal Constitucional.

13. Por outro lado, para a apreciação das demais matérias - que o Tribunal Reclamado considerou prejudicadas - procedeu-se ao reenvio prejudicial, para o TJUE, de questões relativas à interpretação da norma constante do artigo 101.º do Tratado de Funcionamento da União Europeia.

14. Em síntese, se, por um lado, o Tribunal da Relação de Lisboa analisou e decidiu o mérito de uma parte das questões que perfazem o objeto dos recursos de constitucionalidade, por outro lado, relegou para momento posterior - concretamente, para momento posterior ao esclarecimento das questões de interpretação de direito europeu colocadas ao TJUE - a decisão final relativa à verificação da contraordenação imputada e, conseqüentemente, a confirmação, ou revogação, das sanções concretamente aplicadas pelo TCRS.

15. Perante este cenário, no Despacho Reclamado, apesar de se reconhecer que o acórdão proferido em 06.04.2021 configura um ato decisório, considerou-se que se trata de um *«ato incompleto»*, na medida em que a constituição da decisão final dependerá da prolação de uma segunda decisão, que versará sobre a restante matéria, a qual tomará em consideração a pronúncia pelo TJUE.

16. Embora as Reclamantes reconheçam, naturalmente, que o acórdão proferido em 06.04.2021 não possui, por si só, força coerciva, encontrando-se pendente, na presente data, a prolação de um segundo acórdão, que, a final, confirme, ou revogue a decisão do TCRS, que manteve a condenação das Reclamadas pela prática do ilícito contraordenacional que lhes havia sido imputado pela Autoridade da Concorrência, no termo da fase administrativa,

17. Entendem, também, que o acórdão proferido em 06.04.2021 conheceu definitivamente das



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

questões de (in)constitucionalidade por si suscitadas nos autos, razão pela qual o Tribunal se encontrará vinculado, neste segundo momento decisório, a essa decisão.

18. Ao vincular o Tribunal, num segundo momento decisório, ao tratamento já conferido às questões prévias, o acórdão de 06.04.2021 produziu plenamente os seus efeitos processuais, fazendo caso julgado formal.

19. Nesta linha, ao proferir o acórdão de 06.04.2021, o Tribunal reclamado esgotou, quanto às referidas matérias, o seu poder jurisdicional.

20. As duas decisões são indissociáveis, na medida em que a decisão de mérito dos recursos interpostos pelas ora Reclamantes, que se encontra pendente, estará, *ab initio*, condicionada pelo que ficou decidido no acórdão de 06.04.2021.

21. Porém, são, simultaneamente, decisões distinguíveis e autonomizáveis, uma vez que se debruçam sobre questões que, embora diretamente relacionadas, são inconfundíveis.

22. Assim, no acórdão de 06.04.2021, o Tribunal da Relação de Lisboa, antes de proceder ao reenvio prejudicial das questões ao TJUE, apreciou definitivamente as questões que considerou independentes do julgamento que viesse a ser conduzido por aquela instância e, simultaneamente, ao fazê-lo, as quatro questões de (in)constitucionalidade suscitadas pelas ora Reclamantes nas Motivações dos Recursos interpostos da sentença proferida pelo TCRS.

23. Por seu turno, na decisão que se encontra pendente, o Tribunal não se voltará a pronunciar sobre aquelas questões, já assentes nos autos, debruçando-se antes, tão-somente, sobre a correta transposição dos esclarecimentos prestados pelo TJUE ao caso *sub judice*.

24. Como tal, o acórdão proferido em 06.04.2021 não corresponde a um «ato incompleto», tratando-se, ao invés, de uma decisão autónoma e, em relação às finalidades a que se propõe, autossuficiente, cuja interpretação normativa, porque definitiva, é já suscetível de ser cabalmente reapreciada pela Justiça Constitucional.

25. Por outro lado, para sustentar a rejeição dos recursos de constitucionalidade, o Exmo. Senhor Juiz Desembargador Relator cita CARLOS LOPES DO REGO, concluindo que, tratando-se a decisão de 06.04.2021, segundo aquele Autor, de uma decisão “provisória” ou “não definitiva”, seria insuscetível de impugnação perante a Justiça Constitucional.

26. Porém, compulsado o texto doutrinário mencionado, resulta, pelo contrário, claro que, segundo o entendimento perfilhado pelo Ilustre Autor, a decisão de 06.04.2021 é suscetível de recurso para o Tribunal Constitucional.

27. A propósito do requisito da «*não provisoriedade*» da decisão recorrida, explica CARLOS LOPES DO REGO o seguinte:

“[N]a verdade, não resultando expressamente das normas que regem o processo constitucional a exigência de que a decisão jurisdicional recorrida seja “definitiva”, consideramos que a inadmissibilidade de acesso ao Tribunal Constitucional deveria depender da estrita “inutilidade” da decisão que viesse a ser proferida em tal recurso - parecendo-nos que a apreciação de questões normativas, constantes do despacho de pronúncia, ligadas às “questões prévias” ou ao enquadramento jurídico dos factos imputados ao arguido, embora “antecipada” relativamente à decisão final, não se poderá propriamente perspetivar como desprovida de utilidade, por deixar assente, em termos de caso julgado formal, as questões de inconstitucionalidade normativa que aí viessem a ser decididas” (destaques nossos).

28. Embora referindo-se concretamente à recorribilidade do despacho de pronúncia, o Autor faz assentar o seu juízo de utilidade da decisão - do qual fez depender a admissão da recorribilidade para o Tribunal Constitucional - na apreciação de questões normativas, ligadas às “questões prévias” ou ao enquadramento jurídico dos factos imputados ao arguido.

29. Ora, como se demonstrou *supra*, o acórdão de 06.04.2021 destinou-se, precisamente, à elaboração de um juízo normativo sobre todas as questões prévias suscetíveis de conhecimento



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

autónomo que, uma vez decididas, pré-fixaram o enquadramento jurídico que será utilizado, na aplicação aos factos, na decisão que se encontra atualmente pendente.

30. Nessa medida, os recursos de constitucionalidade interpostos pelas Reclamantes em 09.11.2023 têm um efeito útil.

31. E tanto assim é que, caso o Tribunal Constitucional conceda, como se espera, provimento à presente Reclamação e, num segundo momento, declare inconstitucionais as dimensões normativas elencadas nos pontos 2 e 3 *supra*, o Tribunal da Relação de Lisboa não terá, sequer, de apreciar os factos à luz dos esclarecimentos prestados pelo TJUE.

32. A título de exemplo, considerando-se inconstitucional - como entende a Reclamante MODELO CONTINENTE HIPERMERCADOS, S.A -, a norma constante do n.º 2 do artigo 69.º da Lei da Concorrência, ficará completamente excluída qualquer possibilidade de condenação daquela Reclamante no pagamento de uma coima pela infração jusconcorrencial imputada.

33. O mesmo se diga, por exemplo, relativamente à questão de inconstitucionalidade suscitada pela Reclamante MCRETAIL, SGPS, S.A. sobre a desnecessidade de enumeração dos factos provados ou não provados alegados pela Visada, pois se, em linha com o entendimento da Reclamante, o Tribunal Constitucional entender que tal interpretação normativa é inconstitucional, não haverá outra solução que não a absolvição *in totum* daquela.

34. De resto, sempre se diga que, tratando-se de uma decisão final vinculativa - como parece corretamente entender o Exmo. Senhor Juiz Desembargador Relator, no Despacho Reclamado -, a decisão sobre a recorribilidade do acórdão de 06.04.2021 nunca poderia passar pela rejeição liminar dos recursos de constitucionalidade por inadmissibilidade, mas, antes, pela apreciação sobre o momento de subida dos mesmos - o que não sucedeu.

35. Em suma, atendendo à autonomia, definitividade e autossuficiência do acórdão de 06.04.2021 e, simultaneamente, à utilidade subjacente à interposição dos recursos de constitucionalidade apresentados em 09.11.2023, conclui-se que a referida decisão é recorrível perante a Justiça Constitucional, improcedendo, consequentemente, a posição perfilhada pelo Tribunal reclamado.

Nestes termos, e nos mais de Direito aplicáveis, deverá a presente Reclamação ser julgada procedente e, em consequência, ser imediatamente remetidos ao Tribunal Constitucional os requerimentos de interposição de recurso de constitucionalidade apresentados pelas Reclamantes em 09.11.2023, os quais deverão ser admitidos.»

5. O Ministério Público, junto do Tribunal Constitucional, pugnou pelo indeferimento da reclamação, com os seguintes fundamentos:

«1.

No âmbito do Processo n.º 322/17.1YUSTR.L1-C, com data de 30 de Setembro de 2020, foi proferida sentença pelo Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, 1º Juízo – J1, que julgou parcialmente procedente o recurso apresentado e confirmou a decisão recorrida e condenou, para além das demais, as recorrentes SONAE INVESTIMENTOS SGPS, SONAE MC – MODELO CONTINENTE SGPS e MODELO CONTINENTE HIPERMERCADOS, SA, pela prática de uma contra-ordenação p. e p. pela alínea c), do número 1, do artigo 9º do NRJC e alínea a), do número 1, do artigo 68º do mesmo diploma, nas coimas de 2.520.000,00€, 6.120.000,00€, respectivamente. Mais se decidiu não fixar qualquer coima à SONAE MC – MODELO CONTINENTE SGPS em virtude da inexistência de volume de negócios.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2.

Foi ainda decidido, condenar as visadas, nos termos do artigo 71º do NRJC, a título de sanção acessória, na obrigação de procederem à publicação, no prazo de 20 dias, a contar do trânsito em julgado, de um extracto da decisão condenatória na II série do DR e em jornal de expansão nacional. (cf. fls. 9010-9215).

3.

Desta decisão, as recorrentes SONAE MC – MODELO CONTINENTE SGPS, SA e MODELO CONTINENTE HIPERMERCADOS, SGPS, SA, para além de outras, interpuseram recurso para o Tribunal da Relação de Lisboa (TRL), que, por acórdão de 6 de Abril de 2021, da Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão (PICRS), decidiu colocar ao Tribunal de Justiça da União Europeia determinadas questões prejudiciais e determinou “(..) nos termos do disposto na al. c) do nº 1 do artigo 269º, do artigo 272º, da al. g) do nº 1 do artigo 652º e do artigo 679º do Código de Processo Civil, declarar a suspensão da instância, até à resolução das questões prejudiciais suscitadas (..)”.

4.

Ali se referiu que “(..) e assim é de toda a conveniência, não apenas perante a gravidade dos ilícitos imputados e das sanções aplicadas, mas, o que não é de somenos, igualmente para a clarificação de conceitos de enorme relevância para um adequado funcionamento do Mercado Interno da União Europeia que indubitavelmente decorrerá da prolação de acórdão que apreciará esse pedido de reenvio prejudicial, que se solicite ao TJ, nos termos do disposto no artigo 267º do TFUE que interprete os preceitos em causa por forma a que possamos depois aplicar de forma segura e conforme com a jurisprudência da união, a legislação em causa (..)”.

5.

Por acórdão do TJEU de 26 de Outubro de 2023, foi declarado como deve ser interpretado o artigo 101º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE).

6.

Com data de 9 de Novembro de 2023, MODELO CONTINENTE HIPERMERCADOS, SA, interpôs recurso para o Tribunal Constitucional (referência 47079995), nos termos do artigo 70º, nº 1 al. b), e nº 2, 72º nº 1, alínea b), e nº 2, 75º e 75º-A, todos da LTC, do acórdão do TRL de 06 de Abril de 2021.

7.

Na mesma data, MCRETAIL, SGPS, SA, interpôs recurso para o Tribunal Constitucional, (referência 47080246), nos termos do artigo 70º, nº 1 al. b), e nº 2, 72º nº 1, alínea b), e nº 2, 75º e 75º-A, todos da LTC, do acórdão do TRL de 06 de Abril de 2021.

8.

Aqueles recursos não foram admitidos por decisão de 8 de Dezembro de 2023, do Senhor Juiz Desembargador do TRL, secção da PICRS (referência 20835670).

9.

É desta decisão de não admissão dos recursos que vem deduzida a presente reclamação apresentada pelas recorrentes MCRETAIL, SGPS e MODELO CONTINENTE HIPERMERCADOS, SA, ao abrigo do disposto no n.º 4, do artigo 76.º, e artº 77º, ambos da Lei do Tribunal Constitucional.

10.

A não admissão do recurso sustentou-se na falta de “(..) definitividade e verdadeira autonomia de que carece o acórdão que se quis impugnar (..)”.

Ali se afirma que “(..) É a referida inutilidade da pronúncia o que fere liminar e flagrantemente os recursos de constitucionalidade apreciados (..)”.

11.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Resulta da decisão reclamada que aquela que se pretende impugnar não é ainda passível de recurso para o Tribunal Constitucional, face ao que dispõe o art.º 70º n.ºs 1 al. b), da LTC.

Com efeito, “(.) É certo que a decisão que se pretende impugnar perante a Justiça Constitucional corresponde a um acórdão – acto decisório colectivo praticado em sede de vero julgamento iniciado pelo Tribunal que o proferiu. Trata-se, porém, de acto incompleto porque interrompido para continuar depois e, por o ser, juízo incapaz de pôr termo aos autos, ou seja, de constituir decisão final, já que o órgão decisor não apreciou, então, todas as questões que lhe era imposto conhecer em sede de recurso por ter entendido não poder concluir o julgamento por si iniciado dado necessitar do esclarecimento de questões liminares por parte do Tribunal de Justiça da União Europeia. Estamos perante decisão que clama, agora, por ser concluída pelo mesmo Tribunal que a proferiu, na sua composição original.

Quer isto dizer que, neste momento, se mantêm em aberto as três possibilidades iniciais, a saber: provimento, provimento parcial e recusa de provimento. E se o destino final for a procedência, de imediato desaparecerá o interesse em agir em sede de recurso e a associada recorribilidade da decisão. Ao mesmo tempo se descobrirá, neste contexto, que, afinal, admitir as impugnações judiciais que agora se apreciam vestibularmente teria representado absoluta perda de tempo – que não interessa a nenhum sujeito processual de boa fé – logo violação do princípio da economia processual. (..) Neste momento, não estão as mesmas perante uma decisão final de um recurso, no sentido de juízo que conhece, com contornos finais, todas as questões suscitadas numa impugnação judicial. (..).

Só o acórdão composto pelas duas peças decisórias constituirá o acto impugnável. E podendo esse acto conjugado ser impugnado a final. Quando o Tribunal completar o seu julgamento, seria desprovido de sentido falar agora e aqui em violação daqueles direitos. Quando na Lei Orgânica do Tribunal Constitucional (..) se referem, no seu n.º 1 do art. 70º, as “decisões de que pode recorrer-se” não se está, claramente, a falar de juízos incompletos, nesse sentido imperfeitos, destituídos de efeitos, realizados no seio de um iter ainda em curso (..).”

12.

Na sua reclamação para a Conferência as recorrentes alegam, no essencial, que (..) embora as Reclamantes reconheçam, naturalmente, que o acórdão proferido em 06.04.2021 não possui, por si só, força coerciva, encontrando-se pendente, na presente data, a prolação de um segundo acórdão que, a final, confirme, ou revogue a decisão do TCRS, que manteve a condenação das Reclamadas pela prática de ilícito contraordenacional que lhes havia sido imputado pela Autoridade da Concorrência, no termo da fase administrativa (..). Entendem, também, que o acórdão proferido em 06.04.2021 conheceu definitivamente das questões de (in) constitucionalidade por si suscitadas nos autos, razão pela qual o Tribunal se encontrará vinculado, neste segundo momento decisório, a essa decisão. Ao vincular o Tribunal, num segundo momento decisório ao tratamento já conferido às questões prévias, o acórdão de 06.04.2021 produziu plenamente os seus efeitos processuais, fazendo caso julgado formal. Nesta linha, ao proferir o acórdão de 06.04.2021, o Tribunal reclamado esgotou, quanto às referidas matérias, o seu poder jurisdicional. (..).”

13.

Isto, “(..) sem prejuízo da questão de (in) competência do Excmo. Senhor Juiz Desembargador Relator para apreciar a admissibilidade dos recursos de constitucionalidade interpostos pelas ora Reclamantes – a qual já se arguiu oportunamente em sede e momento próprios, por se considerar que, em linha com o decidido pelo próprio, seria antes competente para a prolação de tal decisão a Exma. Desembargadora Relatora do Coletivo que proferiu o acórdão de 06.04.2021. (..).”

14.

Questão prévia.

Diz-nos o n.º 1 do artigo 76º da LTC que “compete ao tribunal que tiver proferido a decisão recorrida apreciar a admissão do respetivo recurso”.

15.

De acordo com Carlos Lopes do Rego “(..) o requerimento de interposição do recurso de fiscalização concreta deve ser dirigido ao órgão jurisdicional que proferiu a decisão recorrida, ao qual compete (..) pronunciar-se sobre a admissão de tal recurso.” [Carlos Lopes do Rego, *Os Recursos de Fiscalização Concreta na lei e na Jurisprudência do Tribunal Constitucional*, Almedina, 2010, pág. 219]



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

16.

Independentemente da leitura que possamos fazer em relação a este preceito, certo é que a decisão de não admissão de recurso para o Tribunal Constitucional foi impugnada pelas ora reclamantes, que entenderam que o Senhor Juiz Desembargador que a proferiu era incompetente para tal.

17.

E, assim sendo, tal decisão de não admissão do recurso para este Tribunal Constitucional não se mostra estabilizada nas instâncias, já que tendo sido arguida uma nulidade, a mesma terá, necessariamente, de ser apreciada pelo TRL, o que conduzirá a uma outra decisão, diversa daquela de que agora se reclama e se pretende ver apreciada.

18.

Pelo que, e antes do mais, afigura-se-nos que deveriam os autos ser devolvidos ao TRL a fim de se poder diligenciar pela obtenção de decisão definitiva sobre a admissão (ou não) do recurso de constitucionalidade a proferir pelo Sr. Desembargador no TRL.

19.

Caso assim não se entenda, não podemos deixar de acompanhar o entendimento expresso pelo Senhor Juiz Desembargador no TRL, subscritor do despacho de não admissão do recurso,

20.

Na verdade, mesmo tendo decidido questões prévias, entre elas aquelas das inconstitucionalidades suscitadas, o acórdão recorrido, não é uma decisão completa e definitiva, já que a instância foi suspensa até decisão do TJUE sobre as questões prévias e prejudiciais suscitadas.

21.

Uma decisão por parte do TRL que dê provimento aos recursos interpostos pelas reclamantes torna uma decisão do Tribunal Constitucional inútil por não ter qualquer projecção na decisão recorrida.

22.

“O Tribunal Constitucional vem reiteradamente afirmando o carácter ou função instrumental dos recursos de fiscalização concreta: só há interesse processual em apreciar a questão de constitucionalidade suscitada quando o eventual julgamento de inconstitucionalidade for susceptível de se poder projectar ou repercutir, de forma útil e eficaz, na decisão recorrida, de modo a alterar ou modificar, no todo ou em parte, a solução jurídica que se obteve no caso concreto, implicando a respectiva reponderação pelo tribunal “à quo” (...).” [Ob. Cit., pág. 52]

23.

A intervenção do Tribunal Constitucional, quanto ao recurso previsto na aludida alínea *b*) do n.º 1 do artigo 70º da LTC, é reservada àqueles casos em que a decisão neles proferida é a decisão final.

24.

Efectivamente, tal requisito *“visa assegurar que apenas seja possível aceder ao Tribunal Constitucional, neste tipo de recurso, relativamente a decisões que constituam a «última palavra» dentro da ordem jurisdicional a que pertence o tribunal que a proferiu (...).”* [Ob. Cit. pág. 113]

25.

Ora, são as próprias reclamantes que reconhecem (...) *que o acórdão proferido em 06.04.2021 não possui, por si só, força coerciva, encontrando-se pendente, na presente data, a prolação de um segundo acórdão que, a final, confirme, ou revogue a decisão do TCRS, que manteve a condenação das Reclamadas pela prática de ilícito contraordenacional que lhes havia sido imputado pela Autoridade da Concorrência, no termo da fase administrativa (...).”*

26.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

E não logram, com a argumentação expendida na sua reclamação, abalar a fundamentação do despacho reclamado, o qual se sustenta numa indiscutível interpretação da lei e que, igualmente, se respalda na firme e constante jurisprudência do Tribunal Constitucional.

27.

Por força do explanado, e caso não se atenda à questão prévia suscitada, afigura-se-nos que não deverá deixar de ser indeferida a presente reclamação, atenta a extemporaneidade da interposição do recurso, em virtude da falta de definitividade da decisão recorrida no ordenamento adjectivo que rege a actividade do tribunal que a proferiu.»

6. Em 31 de janeiro de 2024, deu entrada no Tribunal Constitucional o despacho de 29 de janeiro de 2024, proferido pelo tribunal *a quo*, que atribuiu aos autos natureza urgente, nos seguintes termos:

«(...)

Em conformidade com o decidido no douto Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça junto aos autos, compete à subscriitora continuar como relatora no processo em epígrafe, para completar o julgamento dos recursos, retomando a deliberação em coletivo das questões ainda não decididas — "o que realmente se suspendeu foi a continuação da deliberação, ou se se assim quiser dizer-se, ficou suspensa a deliberação de uma parte da decisão final do recurso (o tribunal deliberou e decidiu as outras partes, publicando o acórdão com a correspondente decisão" —, a redação do correspondente projeto, apresentação em conferência e, após aprovação, assinatura e publicação da decisão final.

Tendo em consideração tal decisão do STJ, afigura-se-nos que para o pedido para realização de (nova) audiência oral junto deste Tribunal da Relação, não há cabimento legal e, sobretudo, qualquer necessidade nessa realização, pois a mesma já teve lugar e nela as Recorrentes tiveram oportunidade de apresentar as suas alegações em momento em que os factos já estavam estabilizados, sendo que a AdC e o Ministério Público também o fizeram. Houve já uma audiência oral, foi feito o pedido de reenvio nos moldes em que as Recorrentes o peticionaram e o TJUE respondeu ao mesmo de forma esclarecedora.

O que importa no presente momento, é, pois, e apenas, retomar a deliberação em coletivo suspensa em 2021 (tendo sido já, para o efeito elaborado projeto de Acórdão, e enviado aos membros do Coletivo, para discussão), e proceder à publicação do Acórdão, que, atenta a aproximação do prazo de prescrição é, agora, urgente.

Em face de tudo o exposto:

- Indefere-se a realização de nova audiência;
- Determina-se a remessa imediata dos autos aos vistos, consignando que nesta data foi enviado projeto aos membros do Coletivo;
- Atribui-se aos presentes autos natureza urgente atenta a aproximação do prazo de prescrição, pelo que os mesmos correrão termos em férias judiciais, nos termos do disposto no artigo 103º, n.º 2 do Código de Processo Penal;
- Determina-se que os autos sejam conclusos ao Exmo. Presidente do Tribunal Coletivo, a fim de ser designada data para a conferência e publicação do Acórdão, sugerindo-se que se designe para o efeito, o mais tardar, o próximo dia 05.02.2024.»



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Cumpre apreciar e decidir.

II – Fundamentos

7. Conforme relatado *supra*, as aqui reclamantes interpuseram os recursos de constitucionalidade em causa ao abrigo da alínea *b*) do n.º 1 do artigo 70.º da LTC, razão pela qual importa averiguar se se encontram preenchidos os respetivos pressupostos de admissibilidade, uma vez que, face à necessidade da sua verificação cumulativa, o não preenchimento de qualquer um desses requisitos inviabilizará a admissão do recurso, conduzindo ao indeferimento da reclamação.

8. Retomando a análise dos requerimentos de interposição de recurso, verifica-se que a então recorrente Modelo Continente Hipermercados, S.A. requer a apreciação de duas questões de constitucionalidade: (i) uma primeira reportada ao artigo 69.º, n.º 4, da Lei da Concorrência (na redação conferida pela Lei n.º 17/2022, de 17 de agosto); e (ii) uma segunda, relativa ao artigo 9.º, n.º 1, da Lei da Concorrência, «no sentido de abranger acordos celebrados antes da sua entrada em vigor». Conforme resulta deste requerimento de interposição de recurso, a primeira questão de constitucionalidade versa sobre a literalidade do disposto no artigo 69.º, n.º 4, da Lei da Concorrência (na redação mencionada), que se relembra: «[n]o caso das contraordenações referidas nas alíneas a) a g) do n.º 1 do artigo anterior, o montante máximo da coima aplicável não pode exceder 10 /prct. do volume de negócios total, a nível mundial, realizado no exercício imediatamente anterior à decisão final proferida pela AdC, pelo conjunto de pessoas que integrem cada uma das empresas infratoras, nos termos do artigo 3.º, ou, pela associação de empresas.».

Por seu turno, no respetivo requerimento de interposição de recurso, a então recorrente MCretil, S.G.P.S., S.A. requer a apreciação de outras duas questões de constitucionalidade: (i) uma primeira reportada aos artigos 374.º, n.º 2 «/om» 379.º, n.º 1, alínea *a*), ambos do Código de Processo Penal, *ex vi* artigos 41.º, n.º 1, do Regime Geral das Contraordenações e 83.º da Lei da Concorrência, «isoladamente considerados ou em conjugação com qualquer outra disposição, no sentido de que em processo contraordenacional a sentença não tem de incluir na enumeração dos factos provados ou não provados os



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

factos alegados pela Visada e por esta reputados como tendo interesse para a causa, sem justificação para a sua não inclusão»; e (ii) uma segunda, relativa ao artigo 9.º, n.º 1, alínea c), da Lei da Concorrência, «isoladamente considerada ou em conjugação com qualquer outra norma, no sentido de que pode ser imputada a infração aí prevista a pessoas coletivas sem necessidade de alegação e/ou demonstração do preenchimento de uma das alíneas do artigo 73.º, n.º 2 do mesmo diploma».

9. Compulsada a decisão reclamada – que, não obstante a tramitação processual subsequente à sua prolação, cumpre nesta fase apreciar – constata-se que o tribunal recorrido não admitiu os recursos de constitucionalidade com fundamento na inutilidade da pronúncia deste Tribunal Constitucional, decorrente da carência de definitividade e autonomia da decisão recorrida.

O Ministério Público, junto do Tribunal, acompanhou este entendimento.

Vejamos:

10. Nos termos do n.º 2 do artigo 70.º da LTC, «[o]s recursos previstos nas alíneas b) e f) do número anterior apenas cabem de decisões que não admitam recurso ordinário, por a lei o não prever ou por já haverem sido esgotados todos os que no caso cabiam, salvo os destinados a uniformização de jurisprudência.». Através da consagração deste ónus de esgotamento dos recursos ordinários, pretendeu-se garantir que os recursos das alíneas b) e f) se reportavam a *decisões definitivas*, ou seja, a decisões insuscetíveis de posterior reapreciação pelos tribunais infraconstitucionais. A *ratio* deste preceito legal funda-se na necessidade de evitar que o Tribunal Constitucional profira decisões eventualmente inúteis.

Feito este esclarecimento, e colocando-se, em seguida, a questão de saber quais são os critérios relevantes para aferir da definitividade das decisões recorridas – para efeitos do regime legal a que se alude – entende-se como pressuposto lógico a *definitividade* da decisão recorrida aferida *em concreto*. Tal completude sempre será aferida em função do respetivo objeto, delimitado, *in casu*, pelos recursos interpostos da decisão proferida pelo Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, em 30 de setembro de 2020. Note-se que a aferição da completude da decisão recorrida em função do objeto sobre a qual versa permite afastar a tentativa de a comparar com os despachos de pronúncia ou de não pronúncia previstos no artigo 308.º, do Código de Processo Penal.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

11. Ora, compulsada a *decisão recorrida* – correspondente ao acórdão de 6 de abril de 2021 do Tribunal da Relação de Lisboa – não restam quaisquer dúvidas de que a matéria que integra o objeto dos recursos de constitucionalidade não se encontra definitivamente decidida. De facto, ainda não foi proferida decisão final sobre a responsabilidade contraordenacional das aqui reclamantes e, por conseguinte, o tribunal embora tenha enunciado as normas aplicáveis em caso de condenação, não as aplicou. Em rigor, atentando-se no exposto no dispositivo da aludida decisão, verifica-se que a mesma versa somente sobre as questões objeto de reenvio prejudicial e, consequentemente, é declarada a suspensão da instância.

Na verdade, tratando-se de uma decisão interlocutória, em concreto, atendendo ao objeto dos recursos de constitucionalidade, não se encontra preenchido o pressuposto da definitividade da decisão recorrida. Afiguram-se, pois, prematuros os recursos de constitucionalidade interpostos.

Em consequência, impõe-se o indeferimento da presente reclamação.

III – Decisão

Pelo exposto, decide-se indeferir a presente reclamação.

Custas pelas reclamantes, fixando-se a taxa de justiça em 20 (vinte) unidades de conta, ponderados os critérios referidos no artigo 9.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 303/98, de 7 de outubro e a moldura prevista no artigo 7.º do mesmo diploma legal.

Lisboa, 01 de fevereiro de 2024

Inalberto
Dona Maria
M. de M. N. M.



RF 8176 4437 2 PT

ctt

Taxa Paga
Portugal
Cliente 267546

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Rua de "O Século" n.º 111 - 1249-117 Lisboa

*Guar / 2024
12/15*

Proc.º n.º 46 28 2 . Secção

Data: 22 22 . 29

- Registrado -

O/A Oficial de Justiça,