



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Ex.^{mo}(a) Senhor(a)

Av de Berna, 19
1050-037 LISBOA

3.^a Secção/S

Autos de Recurso n.º 294/12

Vindos do Tribunal da Relação de Lisboa (Proc.º n.º 1065/07.0TYLSB.L1)

Recorrente(s): Autoridade da Concorrência

Recorrido(s): PT - Comunicações, SA

Fica V. Ex^a notificado da **Decisão Sumária** n.º 234/2012, proferida pelo Exmº Juiz Cons Relator, nos termos do n.º 1 do artigo 78º-A da LTC (**redacção da Lei n.º 13-A/98, de 26 de Fevereiro**), nos autos acima indicados, cuja fotocópia se junta.

Lisboa, 10 de Maio de 2012

A oficial de justiça,

Nota: Neste Tribunal não há lugar ao pagamento de taxas de justiça inicial (art.º 5º do DL n.º 303/98, de 7 de Outubro).

Rua de O Século, 111, 1249-117 Lisboa Tel.213 233 600/700 Fax.213 233 610
Home Page: <http://www.tribunalconstitucional.pt>
email: processos@tribconstitucional.pt



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Decisão Sumária n.º 234/2012

Processo n.º 294/12
3ª Secção
Relator: Conselheiro Vítor Gomes

DECISÃO SUMÁRIA

Recorrente: Autoridade da Concorrência
Recorrido: PT – Comunicações, SA

1. A recorrida foi condenada, por decisão proferida pela recorrente em processo de contraordenação, na coima única de 38 milhões de euros pela prática continuada de diversos ilícitos concorrenciais previstos na Lei n.º 18/2003, de 11 de junho, na Lei n.º 371/93, de 29 de outubro e no artigo 82.º do Tratado da Comunidade Europeia [atual artigo 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia – TFUE]. Interpôs recurso para o Tribunal do Comércio de Lisboa o qual, por sentença de fls. 8908, proferida em 2 de março de 2010, foi provido na íntegra, com a consequente revogação da decisão condenatória.

A Autoridade da Concorrência interpôs recurso para o Tribunal da Relação de Lisboa ao qual foi negado provimento, por acórdão de fls. 9642 e seguintes. Deduziu então reclamação, dirigida a esse mesmo tribunal, onde arguiu a nulidade do acórdão por omissão de pronúncia quanto ao pedido de reenvio prejudicial de três questões para o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE). Invocou ainda, nomeadamente, a inconstitucionalidade da interpretação dada ao artigo 267.º do TFU, por violação do artigo 8.º, n.ºs 1 e 4, 32.º, n.º 2, 20.º, n.º 1 e 202.º, n.º 2 da Constituição.

Por acórdão de fls. 9901 e seguintes, a Relação indeferiu a reclamação apresentada. É desta decisão que vem interposto recurso de constitucionalidade, em requerimento com o seguinte teor:

“1. O recurso é interposto ao abrigo dos artigos 51.º, n.º 6, e 52.º, n.ºs 1 e 2, da Lei n.º 18/2003, de 11 de junho (“Lei n.º 18/2003”), e dos artigos 70.º, n.º 1, alínea b), 72.º, n.º 2, 75.º, n.º 1, alínea



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

b), e n.º 2, e 75.º-A, todos da Lei n.º 28/82, de 15 de novembro, com a última redação dada pela Lei n.º 13-A198, de 26 de fevereiro (Lei do Tribunal Constitucional, "LTC").

2. Assim, em cumprimento do disposto no artigo 75.º-A, n.º 1, da LTC, a norma cuja inconstitucionalidade se pretende ver apreciada é o artigo 6.º, n.º 3, alínea b), da Lei n.º 18/2003, na interpretação efetuada pelo TRL, no sentido de que não é obrigatório o reenvio para o Tribunal de Justiça da União Europeia ("TJUE") quando estão em causa questões de interpretação de Direito da União Europeia suscitadas em processo pendente perante um órgão jurisdicional cujas decisões não sejam suscetíveis de recurso jurisdicional, designadamente:

a. Na interpretação efetuada pelo TRL, no sentido da inexistência de abuso de posição dominante por não ser essencial a infraestrutura em causa, sem o Tribunal ter considerado necessário proceder à análise do conceito jurídico-económico de "infraestrutura essencial" à luz dos critérios fixados pelo Direito da União Europeia, o que resultou no entendimento de que o TRL não é, in casu, obrigado a submeter as questões suscitadas para reenvio prejudicial por considerar que não são sérias e pertinentes para a solução do litígio, reconduzindo-as apenas a dissonância sobre matéria puramente factual e não sobre o enquadramento jurídico do requisito de essencialidade da infraestrutura

b. Na interpretação efetuada pelo TRL, no sentido da inexistência de abuso de posição dominante por o Tribunal ter considerado que não cabe à empresa incumbente, mas à AdC, o ónus da prova de que as recusas de acesso a infraestruturas essenciais eram justificadas, em contradição com os critérios fixados pelo Direito da União Europeia, o que resultou no entendimento de que o TRL não é, in casu, obrigado a submeter as questões suscitadas para reenvio prejudicial por considerar que não são sérias e pertinentes para a solução do litígio, reconduzindo-as apenas a dissonância sobre matéria puramente factual e não sobre o enquadramento jurídico do requisito de essencialidade da infraestrutura;

3. Em cumprimento do disposto no artigo 75.º-A, n.º 2, da LTC, as normas constitucionais que se consideram violadas são: artigo 7.º, n.ºs 5 e 6, artigo 8.º, n.ºs 1 e 4; artigo 20.º, n.º 1; artigo 32.º, n.º 9, e artigo 202.º, n.º 2, todos da Constituição da República Portuguesa ("CRP").

4. A questão de inconstitucionalidade foi suscitada nos autos a fls... na Reclamação e arguição de nulidade (Título IV), que é agora recolocada:

A interpretação do artigo 6.º, n.º 3, alínea b), da Lei n.º 18/2003 efetuada pelo TRL no sentido de que não é obrigatório o reenvio para o TJUE, nos termos do artigo 267.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia ("TFUE"), quando estão em causa questões de interpretação de Direito da União Europeia, in casu, os conceitos jurídico-económicos de "abuso de posição dominante" e de "infraestrutura essencial", suscitadas em processo pendente perante um órgão jurisdicional cujas decisões não sejam suscetíveis de recurso jurisdicional, redundando em norma materialmente inconstitucional por violação do disposto nos artigos 7.º, n.ºs 5 e 6, 8.º, n.ºs 1 e 4, e 32.º, n.º 9, da CRP, no tocante ao princípio do juiz legal (ou natural), e 20.º, n.º 1, e 202.º, n.º 2, da CRP, no tocante ao princípio da tutela jurisdicional efetiva.

5. Efetivamente, tendo a Recorrente intervindo no processo, a questão de inconstitucionalidade colocou-se em virtude do total silêncio por parte do Tribunal a quo, no seu aresto, sobre a questão oportunamente apresentada em Recurso da Sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa ("TCL") relativamente à necessidade de pronúncia do TJUE quanto à interpretação do artigo 6.º, n.º 3, alínea b), da Lei n.º 18/2003 e do artigo 102.º do TFUE, atendendo à desconformidade da interpretação do Tribunal de 1.ª instância em relação ao Direito da União Europeia.

6. A aplicação da norma do artigo 6.º, n.º 3, alínea b), da Lei n.º 18/2003 pelo TCL e pelo TRL, tal como foi feita, na medida em que, considerando aplicável o artigo 102.º do TFUE, interpretaram



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

este normativo de forma diversa do Direito e jurisprudência assente da União Europeia, torna pertinente o recurso ao mecanismo do reenvio prejudicial por parte do TRL, nos termos e para efeitos do disposto no artigo 267.º do TFUE, conforme fora anteriormente suscitado nas peças processuais de Recurso e Reclamação da AdC perante o TRL.

7. Uma vez que não existe possibilidade de recurso ordinário, nos termos do artigo 52.º da Lei n.º 18/2003, só na peça processual de Reclamação e arguição de nulidades se poderia suscitar a inconstitucionalidade da omissão de reenvio, sendo, portanto, esta a única decisão de que se pode, in casu, recorrer com fundamento na referida inconstitucionalidade.

8. Ademais, é jurisprudência assente do TC que no conceito legal de “recurso ordinário” se incluem os incidentes pós-decisórios, que, no caso dos autos, são a Reclamação e/ou arguição de nulidades³.

9. Ora, in casu, a inconstitucionalidade foi igualmente arguida na peça processual de Reclamação perante o TRL, para fundamentar a tese da nulidade da omissão de pronúncia respeitante à obrigatoriedade do reenvio prejudicial e consequente omissão de reenvio.

10. Ainda que se considere que se trata de uma questão nova sobre a qual o TCL não se havia pronunciado, sucede que nem tal lhe era possível, atendendo à natureza da questão, para a qual só o TRL ainda dispunha de poder jurisdicional.

11. O reenvio prejudicial só é obrigatório para o Tribunal superior.

12. Logo, foi perante este que a questão foi suscitada e, tendo havido omissão de pronúncia quanto à questão, como o próprio TRL veio a reconhecer, a sua invocação deve ser considerada atempada, pois que, pela sua própria natureza, não o podia ter sido antes.

13. Em suma, e segundo a jurisprudência assente do TC, têm de se verificar os seguintes dois requisitos essenciais, entre outros:

a. Que sejam matérias sobre as quais o poder jurisdicional do Tribunal a quo não se tenha esgotado com a decisão final, ainda lhe sendo possível pronunciar-se sobre a questão de inconstitucionalidade invocada, in casu, na Reclamação;

b. Que a norma ou interpretação da norma alegada inconstitucional seja relevante para a pronúncia sobre as questões conexas com a inconstitucionalidade, in casu, reenvio para o TJUE.

14. Assim, no sentido da jurisprudência do TC, “a questão conexiona-se com outra relativamente à qual o poder de jurisdição do tribunal a quo se não havia esgotado

15. A questão respeitante à inconstitucionalidade da interpretação da norma tem relevância e utilidade para o julgamento da questão no caso presente, sendo pertinente e séria, pois os conceitos em causa (i.e., “abuso de posição dominante” e “infraestruturas essenciais”) constituem o âmago da análise quer factual, quer de direito no caso concreto. Efetivamente, a decisão de não proceder ao reenvio prejudicial da questão sobre a interpretação do artigo 102.º do TFUE, referente ao abuso do posição dominante – figura esta que foi consagrada no artigo 6.º da Lei n.º 18/2003 –, em cumulação com a manutenção do sentido da decisão proferida em 1.ª instância, implica como resultado a formação de jurisprudência nacional contrária ao Direito da União Europeia.

16. Ou seja, a questão proposta para submissão ao TJUE é de toda a pertinência para a solução final a dar ao caso, uma vez que dela depende a interpretação do conceito de “infraestrutura essencial” para efeitos de preenchimento do tipo “abuso de posição dominante”, previsto nas normas aplicadas nos presentes autos, a saber: o artigo 6.º da Lei n.º 18/2003 e o artigo 102.º do TFUE.

17. O TJUE é, nos presentes autos, a única instância competente para a interpretação do artigo 102.º do TFUE, mormente quanto ao conceito de “infraestruturas essenciais”, em sede de “abuso de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

posição dominante”, interpretação esta que se afigura imprescindível para a correta aplicação do artigo 6.º, n.º 3, alínea b), da Lei n.º 18/2003.

18. O estabelecimento de uma obrigação de reenvio, quando se justifica, como no caso em apreço, subtrai aos Tribunais nacionais a competência para a interpretação definitiva do Direito da União Europeia, pelo que o não cumprimento dessa obrigação constitui interpretação violadora dos acima referidos princípios do direito ao juiz legal, previsto nos artigos 7.º, n.ºs 5 e 6, 8.º, n.ºs 1 e 4, e 32.º, n.º 9, e do direito à tutela jurisdicional efetiva, previsto no artigo 20.º, n.º 11, todos da CRP.

19. Saliente-se que o artigo 32.º, n.º 9, da CRP tem inteira aplicação em processo de natureza contraordenacional, uma vez que o direito penal e processual constitui direito subsidiário ao direito contraordenacional, ex vi artigos 32.º e 41.º do Regime Geral das Contraordenações e Coimas.

20. Com relevância, mais se acrescenta que sobre as normas em causa, no presente requerimento de Recurso, foram formados juízos ratio decidendi dos Acórdãos do TRL, e não simples obiter dictum.

21. Deste modo, considera-se como preenchidos os requisitos de interposição do presente Recurso, devendo a suscitação das inconstitucionalidades ter-se por tempestiva, oportuna, clara e perceptível.

22. O presente Recurso deve subir imediatamente nos próprios autos e com efeito suspensivo, nos termos do artigo 78.º, n.º 4, da LTC.

23. Caso se considere que não seja de admitir a apreciação de inconstitucionalidade relativamente a alguma norma indicada no presente Recurso, desde já se indica manter o interesse relativamente à apreciação das demais normas.

Nestes termos e nos melhores de direito que V. Exas. doutamente suprirão, requer-se que se dignem admitir o presente Recurso e ordenem a respetiva subida, com o efeito próprio, seguindo-se os demais termos legais.”

3. O recurso vem interposto ao abrigo do artigo 70.º, n.º 1, alínea b) da Lei n.º 28/82, de 15 de novembro (LTC). No entanto, durante o processo, e designadamente na peça processual indicada pela recorrente, nunca foi suscitada a inconstitucionalidade do artigo 6.º, n.º 3, alínea b) da Lei n.º 18/2003, de 11 de junho, norma que é agora integrada no objeto do presente recurso. O que então se suscitou foi a eventual inconstitucionalidade do artigo 267.º do TFUE ao ser interpretado no sentido de não ser obrigatório o reenvio para o Tribunal de Justiça quando estejam em causa questões prejudiciais relativas à validade e interpretação de normas de direito da União Europeia. Independentemente de se saber se este seria um objeto possível do recurso de constitucionalidade, o certo é que esta questão não foi integrada no requerimento de recurso. A recorrente “recolocou” a questão, reportando a inconstitucionalidade que pretende ver apreciada à referida disposição de direito interno e já não à norma do Tratado.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Ora, não só a recorrente não invocou que, para estes efeitos, a decisão da Relação teria um carácter insólito ou inesperado, como, de facto, esse carácter não pode ser assumido uma vez que, em face dos autos, facilmente se constata que a questão da eventual inconstitucionalidade do artigo 6.º, n.º 3, alínea *b*) da Lei n.º 18/2003 poderia ter sido então hipotizada e devidamente suscitada, assim se acautelando uma eventual fiscalização concreta a ser desencadeada posteriormente. Com efeito, quer a sentença de 1ª instância, quer o acórdão da Relação que a confirmou, versaram sobre os pressupostos de aplicação da referida norma e a prova respetiva, pelo que, ao suscitar a questão da necessidade do reenvio prejudicial, mas pelo menos no momento em que arguiu a nulidade por omissão de pronúncia em que já conhecia o entendimento da Relação, a recorrente poderia arguir perante o tribunal da causa a inconstitucionalidade que agora quer ver apreciada pelo Tribunal Constitucional.

Não o tendo feito, verifica-se que falta um dos pressupostos previstos nos artigos 280.º, n.º 1, alínea *b*) da Constituição e 70.º, n.º 1, alínea *b*) com referência ao n.º 2 do artigo 72.º da LTC, relativo à necessidade de suscitar a questão da inconstitucionalidade normativa *durante o processo*.

4. Decisão

Pelo exposto, decide-se não tomar conhecimento do recurso e condenar a recorrente nas custas, com 7 UCs de taxa de justiça.

Lisboa, 9 de maio de 2012