



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

### Acórdão n.º 776/2019

Processo n.º 1378/17

Plenário

Relator: Conselheiro Lino Rodrigues Ribeiro  
(Conselheiro Cláudio Monteiro)

Acordam, em Plenário, no Tribunal Constitucional

#### I – Relatório

1. Nos presentes autos de fiscalização concreta da constitucionalidade, em que figuram como recorrentes o Ministério Público e Autoridade da Concorrência (AdC) e como recorridas Sonae Investimentos, SGPS, S.A., Modelo Continente Hipermercados, S.A., EDP – Energias de Portugal, S.A. e EDP Comercial – Comercialização de Energia, S.A., foi proferido, em 2 de outubro de 2018, pela 1.ª Secção do Tribunal Constitucional, o Acórdão n.º 445//2018, pelo qual se decidiu julgar inconstitucional a norma do artigo 84.º, n.º 5, do Regime Jurídico da Concorrência (Lei n.º 19/2012, de 8 de maio), a qual determina que a impugnação judicial de decisões da Autoridade da Concorrência que apliquem coima têm, em regra, efeito devolutivo, apenas lhe podendo ser atribuído efeito suspensivo quando a execução da decisão cause ao visado prejuízo considerável e este preste caução, em sua substituição.

2. Notificados deste acórdão, os recorrentes vieram interpor recurso para o Plenário do Tribunal Constitucional, ao abrigo do artigo 79.º - D, n.º 1, da Lei de Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional (LTC), por considerarem que o aludido acórdão julgou em sentido divergente do que anteriormente fora decidido quanto à mesma norma (artigo 84.º, n.º 5, da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio) pelo Acórdão n.º 376/2016, proferido em 8 de junho, pela 3.ª Secção deste Tribunal.

3. Admitidos os recursos e notificadas as partes para apresentarem as suas alegações, tendo o recorrente Ministério Público concluído as suas alegações nos seguintes termos:



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

«1. Pelo douto Acórdão n.º 445/2018, o acórdão recorrido, julgou-se inconstitucional a norma do artigo 84.º, n.º 5, do Regime Jurídico da Concorrência (Lei n.º 19/2012, de 8 de maio), a qual determina que a impugnação judicial de decisões da Autoridade da Concorrência que apliquem coima têm, em regra, efeito devolutivo, apenas lhe podendo ser atribuído efeito suspensivo quando a execução da decisão cause ao visado prejuízo considerável e este preste caução, em sua substituição.

2. Sobre essa norma já anteriormente o Tribunal Constitucional se havia pronunciado, tendo, na altura, proferido, pelo Acórdão n.º 376/2016, um juízo de não inconstitucionalidade.

3. Estando-se perante um conflito jurisprudencial, o Ministério Público interpôs recurso obrigatório para o Tribunal Constitucional (artigo 79.º-D, n.º 1, da Lei de Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional (LTC), recurso que foi admitido pelo despacho de fls. 8569.

4. Sobre norma de conteúdo idêntico, também o Tribunal Constitucional já se pronunciou. Assim, o Acórdão n.º 675/2016 julgou inconstitucional a norma extraída dos n.ºs 4 e 5 do artigo 46.º do Regime Sancionatório do Setor Energético, aprovado pela Lei n.º 9/2013, de 28 de janeiro, na interpretação segundo a qual o recurso que visa a impugnação judicial das decisões finais condenatórias da Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos em processo de contraordenação tem, por regra, efeito meramente devolutivo, ficando a atribuição de efeito suspensivo dependente da prestação de caução e da verificação de um prejuízo considerável para o recorrente decorrente da execução da decisão. Por sua vez, o Acórdão n.º 397/2017, não julgou inconstitucional a norma extraída dos n.ºs 4 e 5 do artigo 46.º do Regime Sancionatório do Setor Energético, aprovado pela Lei n.º 9/2013, de 28 de janeiro, a qual determina que a impugnação judicial das decisões finais condenatórias aplicativas de coima da Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos em processo de contraordenação tem, por regra, efeito meramente devolutivo, ficando a atribuição de efeito suspensivo condicionada à prestação de caução substitutiva e à verificação de um prejuízo considerável, para o impugnante, decorrente da execução da decisão. Perante a divergência que se constatou ocorrer entre estes dois acórdãos, o Ministério Público interpôs recurso obrigatório para o Plenário, ao abrigo do artigo 79.º-D, n.º 1, da LTC. O Plenário, pelo Acórdão n.º 123/2018, não julgou a norma inconstitucional. Sendo a exaustiva fundamentação constante desse aresto transponível para a situação dos autos, remetemos para essa fundamentação

5. Ainda sobre a mesma também o recente Acórdão n.º 470/2018, não julgou inconstitucional a norma extraída do artigo 228.º-A do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de dezembro, na redação introduzida pelo Decreto-Lei n.º 157/2014, de 24 de outubro, o qual determina que a impugnação de decisões proferidas pelo Banco de Portugal só tem efeito suspensivo se o recorrente



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

prestar garantia, no prazo de 20 dias, no valor de metade da coima aplicada, salvo se demonstrar, em igual prazo, que não a pode prestar, no todo ou em parte, por insuficiência de meios.

6. Nesse Acórdão, após se transcrever a parte pertinente do Acórdão n.º 123/2018, consignou-se:

“Como se deixa antever no Acórdão acabado de transcrever, as considerações feitas a propósito da Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos, são plenamente aplicáveis ao caso do Banco de Portugal, entidade independente com poderes de supervisão e sancionatórios, no âmbito do setor bancário e no Sistema Europeu de Bancos Centrais (cfr. em especial artigos 102.º da CRP, 127.º, 129.º e 130.º do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE), 1.º, 3.º, n.º 3 e 7.º do Protocolo relativo aos Estatutos do SECC e do BCE e 17.º da Lei Orgânica do Banco de Portugal – Lei n.º 5/98, de 31 de janeiro, com a redação, além do mais do Decreto-lei n.º 143/2013 de 18 de outubro) e, ainda, no quadro do *Sistema Europeu de Supervisão Financeira* (cfr. em especial, quanto à Autoridade Bancária Europeia, o Regulamento (UE) n.º 1093/2010, do Parlamento Europeu e do Conselho de 24/11/2010) e do *Mecanismo Único de Supervisão* (cfr. Regulamento (UE) n.º 1024/2013 do Conselho de 15/10/2013). Também neste caso, é o intenso interesse público na eficácia da regulação do setor bancário, decorrente da premência das necessidades que satisfazem, da expressão económica da atividade que nele se desenvolve e da importância estratégica da política que lhes diz respeito, que explica a preocupação do legislador em garantir a efetividade das coimas aplicadas pelo Banco de Portugal. A regra do efeito meramente devolutivo da impugnação judicial, nos termos da qual esta não obsta à execução da sanção, tem por desideratos principais acautelar o cumprimento das sanções pelas entidades sancionadas e dissuadir o recurso aos tribunais com intuito dilatatório.” Ora, esta argumentação é, naturalmente com as necessárias e devidas adaptações, aplicável no que respeita à norma que agora constitui objeto do recurso, também não se descortinando qualquer relevante especificidade que leve ao afastamento, no caso, do núcleo essencial e decisivo da fundamentação constante do Acórdão n.º 123/2018.

7. Em conclusão: A norma do artigo 84.º, n.º 5, do Regime Jurídico da Concorrência (Lei n.º 19/2012, de 8 de maio), a qual determina que a impugnação judicial de decisões da Autoridade da Concorrência que apliquem coima têm, em regra, efeito devolutivo, apenas lhe podendo ser atribuído efeito suspensivo quando a execução da decisão cause ao visado prejuízo considerável e este preste caução, em sua substituição, não viola “o princípio da tutela jurisdicional efetiva consagrado no artigo 20.º da Constituição, e concretizado, no âmbito da justiça administrativa, no artigo 268.º, n.º 4, da Constituição, entendido em articulação com o princípio da proporcionalidade implicado no artigo 18.º, n.º 2, e o princípio da presunção de inocência em processo contraordenacional, decorrente do artigo 32.º, n.ºs 2 e 10, da Constituição”, não sendo, por isso, inconstitucional.»



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

4. A Autoridade da Concorrência, nas suas alegações, concluiu o seguinte:

«A. A norma contida nos números 4 e 5 do artigo 84.º da Lei da Concorrência faz depender a atribuição de efeito suspensivo ao recurso das decisões finais condenatórias da AdC da prestação de caução e da verificação de um prejuízo considerável para o impugnante em resultado da execução da decisão.

B. A recusa do TCRS em aplicar o n.º 5 do artigo 84.º da Lei n.º 19/2012 (por ter determinado a sua inconstitucionalidade) resulta de uma incorreta interpretação quanto a exigência de prestação de caução para atribuição de efeito suspensivo ao recurso da decisão da AdC que aplique uma coima se reveste de caráter de execução prévia da coima, por violação dos princípios constitucionais do acesso ao direito e à tutela jurisdicional efetiva, da proporcionalidade e do direito de defesa, nos termos do n.º 1 do artigo 20.º, n.º 4, do artigo 268.º, n.º 10 do artigo 32.º, n.º 2 do artigo 18.º e artigo 2.º, todos da CRP.

C. Contudo, a exigência de prestação de uma caução no valor da coima, tal como prevista no n.º 5 do artigo 84.º da Lei da Concorrência, para atribuição de efeito suspensivo ao recurso de uma decisão condenatória da AdC:

- (i) Não reveste o caráter de execução prévia da coima em sede de direito contraordenacional;
- (ii) Não afasta a possibilidade de comprovação do prejuízo considerável (nem da situação económica) do arguido Recorrente pelo Tribunal para determinar o meio e o modo como a referida caução pode ser prestada, de acordo com a ratio legis, a interpretação sistemática e literal da Lei da Concorrência na íntegra e, em concreto, do n.º 5 do artigo 84.º da Lei n.º 19/2012.

D. O TC já analisou a mesma norma à luz dos mesmos princípios (da tutela jurisdicional efetiva, dos direitos de defesa e da proporcionalidade), no Acórdão n.º 376/2016 da 3.ª secção que julgou não inconstitucional a norma extraída dos números 4 e 5 do artigo 84.º da Lei n.º 19/2012.

E. O legislador ordinário em obediência às normas constitucionais goza de margem de liberdade legiferante em matéria de recursos, nos termos das alíneas b) e d) do n.º 1 do artigo 165.º da CRP e pode restringir, desde que respeitado o princípio da proporcionalidade, os direitos de defesa e a igualdade dos sujeitos processuais (onde também se incluem, necessariamente o acesso ao direito e tutela jurisdicional efetiva).

F. A interpretação da norma no sentido da (possível) aceitação nos termos legais da prestação de caução não é inconstitucional porque não retira ao Recorrente, por um lado, a possibilidade de acesso aos tribunais e à tutela jurisdicional efetiva nem, por outro lado, permite a invasão da esfera jurisdicional (ou seja, a violação do princípio da reserva da função jurisdicional) quanto à decisão a adotar (artigos 20.º, 268.º e 202.º da CRP).



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

G. A atribuição de efeito meramente devolutivo aos recursos não é inconstitucional (n.º 1 do artigo 84.º). E o n.º 5 do artigo 84.º não faz depender o direito ou a possibilidade de recurso para os Tribunais da prestação de caução (o que seria inconstitucional) de valor igual à coima ou não e, por razões de insuficiência económica, o visado não pudesse recorrer da decisão da AdC, por violação dos artigos 20.º (e n.º 4 do 268.º) da CRP, pelo que também não é inconstitucional.

H. A previsão legal dos números 4 e 5 do artigo 84.º da Lei n.º 19/2012 foi sopesada com os princípios da adequação, necessidade e proporcionalidade (artigo 2.º da CRP) e, deste modo, em nada colide com os princípios constitucionais do acesso ao direito e tutela jurisdicional efetiva, proporcionalidade e presunção da inocência.

I. Igualmente não priva o processo da justeza, adequação e razoabilidade próprias de um processo equitativo, nem denega (privando os eventuais Recorrentes) o acesso à justiça e à tutela jurisdicional efetiva, nem viola o princípio da presunção da inocência.

J. O n.º 5 do artigo 84.º consubstancia o aumento da equidade, celeridade e eficiência em termos de garantias processuais e da adequação dos procedimentos de recurso judicial à incumbência constitucional de defesa da concorrência que cumpre à AdC prosseguir nos termos da lei e dos Estatutos (cf. alínea f) do artigo 81.º).

K. E é proporcional face ao objeto e fim das normas e do bem jurídico constitucionalmente consagrado da proteção de valores fundamentais para a estrutura e funcionamento da economia, num mercado livre e concorrencial, em prol da defesa das empresas e do bem-estar dos consumidores, ou seja, a proteção do bem jurídico Concorrência que a punição às infrações às regras da concorrência previstas e sancionadas na Lei n.º 19/2012 a AdC visa acautelar.

L. Deste modo, os princípios constitucionais do acesso ao direito e à tutela jurisdicional efetiva que se consubstanciam na possibilidade de reação às decisões da AdC estão densificados na norma do n.º 1 do artigo 84.º. E, portanto, os números 4 e 5 do mesmo normativo ao referirem-se aos efeitos do recurso das decisões administrativas para os tribunais não estão feridos de nenhuma inconstitucionalidade material nem contendem com o princípio da proporcionalidade e adequação, corolário do Estado de direito democrático (artigo 2.º e n.º 2 do artigo 18.º da CRP).

M. É, por fim, ao Tribunal que compete legalmente determinar a existência (ou não) de prejuízo considerável e da suficiência da caução (que pode não ser paga fracionadamente) e, daí, conceder (ou não) efeito suspensivo ao recurso, o que não se alcança à custa de uma diminuição (intolerável) das garantias de defesa porque há direito ao recurso da decisão da AdC.

N. No Acórdão n.º 674/2016 da 1ª Secção julgou inconstitucional a norma extraída dos números 4 e 5 do artigo 84.º da Lei n.º 19/2012 (com dois votos de vencido).



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

O. O TC emitiu um juízo de inconstitucionalidade por considerar que a norma em causa viola a CRP, na exata medida em que violaria o princípio da tutela jurisdicional efetiva, articulado com o princípio da presunção da inocência e da proporcionalidade, ao não permitir aos arguidos economicamente carenciados evitar a produção de efeitos de uma decisão administrativa de natureza sancionatória (...),

P. Daqui decorre que os dois acórdãos referidos analisam a mesma norma e fazem-no à luz dos mesmos princípios (da tutela jurisdicional efetiva, presunção da inocência e proporcionalidade).

Q. Ora (i) as decisões proferidas pelos TCRS e TC analisam a conformidade constitucional da (mesma) norma contida nos números 4 e 5 do artigo 84.º da Lei n.º 19/2012; e (ii) existe manifesta contradição no TC quanto ao juízo de constitucionalidade desta norma.

R. A falta de solução pelo TC, de não se promover a uniformização de jurisprudência, permite que subsista a incerteza jurídica e que, na prática, subsistam dois regimes antagónicos quanto à fixação do efeito de recurso: pode o TCRS nuns casos desaplicar a norma em causa e permitir a uma arguida interpor recurso com efeito suspensivo sem prestação de caução e, noutros, fazer depender a atribuição desse efeito da prestação de caução.

S. Tal incerteza espoleta uma série de recursos para o TC que, in casu são obrigatórios para o MP, e afeta o decurso normal do julgamento das contraordenações por violação das regras de concorrência, com manifesto impacto na contagem dos prazos de prescrição.

T. A segurança jurídica quanto a esta questão é fundamental para o cumprimento da missão da AdC, consagrada na CRP, independentemente do juízo de conformidade constitucional da norma em causa.

U. Como também é fundamental é que se clarifique o regime aplicável de modo a permitir ao TCRS atuar com segurança jurídica e de modo uniforme quanto a esta matéria.

V. A AdC não pode deixar de referir que na sequência da interposição de recursos de decisões condenatórias, e subsequente desaplicação da norma em causa por parte do TCRS em razão do seu juízo de inconstitucionalidade, os processos ficam em suspenso até trânsito em julgado da decisão proferida pelo TC, por período não despidendo para a contagem do prazo de prescrição.

W. A AdC propugna pela constitucionalidade do n.º 5 do artigo 84.º da Lei n.º 19/2012, porquanto, entende que o mesmo não viola os princípios constitucionais: (i) da justiça e da proporcionalidade decorrentes do Estado de direito democrático, nos termos do artigo 2.º e do n.º 2 do artigo 18.º; (ii) do direito de acesso ao direito e aos tribunais e a uma tutela jurisdicional efetiva, consagrado no n.º 1 do artigo 20.º e 268.º; (iii) da presunção da inocência, previsto no n.º 2 do artigo 32.º; e, ainda, (iv) a independência dos Tribunais na administração da justiça, previsto no artigo 202.º, todos da CRP.»



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

5. As recorridas EDP – Energias de Portugal, S.A. e EDP Comercial – Comercialização de Energia, S.A., contra-alegaram, concluindo o seguinte:

a) Não é exatamente a mesma a questão de constitucionalidade julgada pelo Acórdão recorrido (Acórdão n.º 445/2018) e pelo Acórdão fundamento (Acórdão n.º 376/2016).

b) No caso do acórdão recorrido, a caução é definida como substitutiva da coima, o que significa que deverá ser prestada pelo mesmo valor (à semelhança do foi entendido pelo Acórdão n.º 674/2016, tal como interpretado pelo Acórdão n.º 281/2017 do Plenário); pelo contrário, no acórdão fundamento exige-se apenas que seja prestada caução, em montante a fixar pelo tribunal.

c) Adquire pleno sentido nos presentes autos a afirmação contida no Acórdão n.º 281/2017, segundo a qual *«enquanto o Acórdão n.º 376/2016 admite a possibilidade de o tribunal fixar caução "pela forma e montante julgados adequados ao caso concreto", o que entende constituir uma "válvula de escape" que retira rigidez e automaticidade ao sistema, o acórdão recorrido analisa a interpretação normativa do artigo 84.º da Lei da Concorrência, recusada pelo tribunal a quo, assente numa ideia de automaticidade que não deixa espaço para um juízo de dispensa ou adequação diante das concretas circunstâncias do caso»* — tanto mais que o acórdão recorrido a que se refere o Acórdão n.º 281/2017 é o Acórdão n.º 674/2016, sendo certo que o Acórdão recorrido nos presentes autos foi obtido por remissão para aquele.

d) O Acórdão n.º 281/2017 revela a existência de dois entendimentos plenamente consistentes quando esteja em causa a norma do artigo 84.º, n.º 5, da LdC.

e) Se a norma do artigo 84.º, n.º 5, da LdC for entendida como envolvendo a possibilidade de atribuição de efeito suspensivo em caso de impugnação da coima aplicada apenas se esta for acompanhada da prestação de caução substitutiva, pelo mesmo valor da coima e, assim, independentemente da situação económica do visado, a mesma será inconstitucional — foi o que decidiram os Acórdãos n.ºs 674/2016 e 445/2018 (este último por remissão para o primeiro); pelo contrário, se essa mesma norma for entendida como permitindo que a atribuição de efeito suspensivo ocorra quando a impugnação da coima for acompanhada de caução pelo montante fixado pelo juiz e que poderá ser diferente do montante da coima, com base na consideração da situação económica concreta do visado, a mesma norma já será não inconstitucional — como decidiram os Acórdãos n.ºs 376/2016 e 397/2017.

f) Existem diferenças muito significativas entre o efeito devolutivo da impugnação judicial interposta das decisões de aplicação de coima e o regime previsto no artigo 278.º do TFUE. Entre outras, e ao contrário do que sucede à luz do artigo 278.º, n.º 2, do TFUE, o artigo 84.º, n.º 5, da LdC não atribui ao TCRS qualquer margem para suspender a execução da coima quando a arguida não prove que o pagamento da coima lhe causaria *«prejuízo considerável»*, ou quando,



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

provando tal prejuízo, não tenha a possibilidade de prestar caução efetiva em substituição da coima, isto é, pelo mesmo valor.

g) A medida legislativa contida no artigo 84.º, n.º 5, da LdC não encontra justificação numa suposta natureza para-jurisdicional das entidades reguladoras, uma vez que o procedimento contraordenacional promovido por estas entidades reguladoras não se distingue, na realidade, do procedimento contraordenacional levado a cabo por quaisquer outros órgãos ou entidades administrativas (mesmo que não sejam autoridades administrativas independentes).

h) No sistema jurídico português, além de regimes similares aos da AdC também já declarados inconstitucionais pelo TC (cf. Acórdãos n.ºs 675/2016 e 728/2017), o paradigma do efeito devolutivo associado à impugnação de atos administrativos encontra-se apenas no domínio do contencioso tributário. Independentemente da discussão sobre a natureza para-penal ou administrativa do direito das contraordenações, uma coisa é certa: aproximá-lo e submetê-lo ao mesmo paradigma do contencioso tributário — em que se discute uma dívida ao Estado, sem que (ao contrário do que acontece no ilícito contraordenacional) o juízo de responsabilidade assente num qualquer pressuposto de culpa que convoque o princípio da presunção de inocência —, como se se tratasse de um direito para-fiscal, em que só importa a arrecadação de receita a favor da Administração, é constitucionalmente inviável e inadmissível.

i) Os argumentos de que existiria uma probabilidade elevada de confirmação judicial das coimas aplicadas pelas entidades reguladoras, ou ainda de que o regime do efeito devolutivo visaria impedir uma litigância dilatória, não resiste ao teste da realidade:

(i) no período que mediou entre a criação da Autoridade da Concorrência, em 2003, e a publicação da LdC presentemente em vigor, em 8 de maio de 2012, verificamos que, das 22 decisões de aplicação de coimas pela AdC que foram impugnadas judicialmente e objeto de decisão em primeira instância, apenas uma foi confirmada na totalidade em sede de recurso;

(ii) dos 13 processos decididos entre maio de 2012 e o momento presente (janeiro de 2019), as empresas recorrentes obtiveram vencimento (total ou parcial) em 9 deles, e em todos os mais complexos e com coimas mais elevadas.

j) Nem a AdC nem o MP, nas suas alegações de recurso, põem em causa esta evidência estatística elucidativa, que já havia sido detalhada pelas ora Recorridas nas contra-alegações de recurso apresentadas na Secção deste Tribunal, nem tão-pouco a mesma evidência é mencionada pela jurisprudência que considera, referindo-se às autoridades reguladoras independentes, que «a probabilidade de que a justiça da sua decisão venha a ser secundada por um órgão jurisdicional é relativamente elevada».



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

k) O teor literal e sistemático do n.º 5 do artigo 84.º da LdC não consente qualquer possibilidade ao Tribunal de graduar o montante da caução ou de a dispensar e, mesmo que o permitisse (*quod non*), tal solução nunca seria apta a satisfazer os fins apregoados por quem defende a conformidade constitucional daquela norma, uma vez que possibilitaria a fixação de cauções simbólicas, sem qualquer conexão com a coima subjacente e, desse modo, insuscetíveis de assegurar a «regulação sistémica dos incentivos» dos agentes económicos, de acautelar o cumprimento das sanções impostas, de garantir a efetividade da função punitiva e de proporcionar segurança jurídica.

l) A atribuição de efeito devolutivo à impugnação judicial de decisão proferida pela AdC de aplicação de coima implica conferir força executória imediata a uma condenação administrativa não definitiva, constringendo substancialmente o exercício do direito de impugnação por parte do arguido em clara violação dos princípios do acesso ao direito e de garantia de tutela jurisdicional efetiva, previsto nos artigos 20.º, n.ºs 1 e 5, e 268.º, n.º 4, da Constituição, cujo núcleo essencial, no âmbito do processo contraordenacional, é integrado pela suspensão de eficácia da condenação administrativa.

m) Tal solução normativa viola igualmente o princípio da independência dos Tribunais e da prevalência das suas decisões, consagrado nos artigos 203.º e 205.º, n.º 2, da Constituição, uma vez que impõe ao Tribunal de julgamento a condenação proferida pela AdC como *facto consumado e já executado*, degradando o poder judicial efetivo de aplicação da sanção num poder de mero controlo e confirmação da decisão da AdC.

n) A solução normativa em apreço atinge ainda o núcleo essencial do princípio da presunção de inocência, extraído do artigo 32.º, n.ºs 2 e 10, da Constituição, uma vez que impõe ao arguido o cumprimento antecipado da sanção (ou ónus equivalente) aplicada pela AdC, tratando-o para todos os efeitos como *culpado* — tudo com fundamento numa decisão não definitiva (proferida no termo de uma fase administrativa inquisitória) que, após impugnação, se converte em mera acusação.

o) A solução do artigo 84.º, n.ºs 4 e 5, da LdC, na dimensão normativa em análise, não permite qualquer graduação judicial da caução «em substituição» da coima. Tal possibilidade, não consentida pelo regime normativo atual, redundaria também, em qualquer caso, em violação do princípio da presunção de inocência, pois implicaria do mesmo passo da parte do arguido (*presumido inocente*) a entrega antecipada de valor correspondente ou indexado à sanção arbitrada por decisão administrativa não definitiva.

p) A atribuição de efeito devolutivo ao recurso de impugnação judicial de decisões proferidas pela AdC que apliquem coima é tão idónea a dissuadir impugnações judiciais infundadas e dilatórias (ainda que os factos demonstrem que este não é um risco real e sério), como a desincentivar impugnações judiciais plenamente fundadas, o que põe em causa a adequação geral do regime.



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

q) Para além da *reformatio in pejus*, existem muitas outras alternativas de efeito menos gravoso (e mais adequadas a satisfazer as finalidades almejadas) que o do regime do efeito devolutivo do recurso judicial das coimas, pelo que a norma constante do artigo 84.º, n.º 5, da LdC viola o princípio da proporcionalidade, nas vertentes da necessidade e da proibição do excesso.

r) Entre essas alternativas cabe referir: (i) as medidas de garantia patrimonial previstas no artigo 227.º e seguintes do CPP; (ii) a aplicação de taxa sancionatória especial, prevista no atual artigo 531.º do CPC; (iii) a possibilidade de condenação dos arguidos em multa por litigância de má fé, em termos similares aos previstos nos artigos 542.º e ss. do CPC; (iv) a majoração da coima aplicada pela AdC através da aplicação de um fator de atualização/correção monetária sobre o montante da coima ou até de juros, desde a data da decisão administrativa até efetivo pagamento (em caso, naturalmente, de confirmação dessa decisão); (v) a recusa liminar da impugnação judicial pelo Tribunal que a recebe, à semelhança e com respeito pelos critérios que constam do artigo 420.º do CPP, que regula os termos em que os recursos manifestamente infundados podem ser rejeitados em processo penal.

s) Considerando que, desde a sua criação (em 2003) até ao momento presente, a taxa de reversão judicial (total ou parcial) das decisões da AdC em matéria de aplicação de coimas foi superior a 85%, é manifesto que o eventual benefício da medida na perspetiva dos interesses que a mesma visa prosseguir é muito inferior ao prejuízo causado por via dela aos seus destinatários e aos direitos fundamentais de que estes são titulares, em particular os decorrentes do acesso ao direito e da tutela jurisdicional efetiva e da presunção de inocência.»

6. E as recorridas Sonae Investimentos, SGPS, S.A. e Modelo Continente Hipermercados, S.A. contra-alegaram, com as seguintes conclusões:

«I. A questão de fundo

1) A sanção prevista no artigo 69.º, n.º 2, da Lei da Concorrência, pela qual as visadas vêm administrativamente condenadas, é a mais elevada sanção pecuniária prevista no ordenamento jurídico português para ilícitos contraordenacionais ou criminais praticados por pessoas coletivas.

2) Ao invés do que sucede no processo penal, porém, esta sanção é aplicada num modelo concentrado, de matriz inquisitória, pela mesma entidade que conduz toda a investigação, que formula o juízo indiciário subjacente à apresentação da nota de ilicitude e que decide sobre a (im)procedência dos argumentos apresentados pelas visadas nas suas defesas.

3) Apesar dos evidentes problemas de imparcialidade suscitados por este modelo, o legislador previu que o regime de impugnação da decisão administrativa deverá ter, em regra, efeito devolutivo, exceto quando da sua aplicação possa resultar "prejuízo considerável", caso em que sempre terá de prestar caução.



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

4) Na prática, o regime que se encontra previsto para assegurar a eficiência e celeridade na aplicação das coimas tem como fundamento último o objetivo de desincentivar a interposição de recursos inúteis. Fá-lo, porém, à custa do direito fundamental a apresentar recursos úteis.

Dito isto,

### II. A inadmissibilidade de recurso para o Plenário

5) Em 2016, o Tribunal Constitucional foi chamado a pronunciar-se por duas vezes sobre o tema da eventual inconstitucionalidade do regime dos efeitos da impugnação judicial de decisões da AdC que apliquem coimas, previsto nos n.ºs 4 e 5 do artigo 84.º da Lei da Concorrência.

6) Da primeira vez, por via do Acórdão n.º 376/2016, proferido pela 3.ª Secção, o Tribunal decidiu não julgar inconstitucional a norma extraída do artigo 84.º, n.ºs 4 e 5, da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, segundo a qual a impugnação interposta de decisões da AdC que apliquem coimas tem, em regra, efeito devolutivo, apenas lhe podendo ser atribuído efeito suspensivo quando a execução da decisão cause ao visado prejuízo considerável e este preste caução.

7) Da segunda vez, por via do Acórdão n.º 674/2016, de 13 de dezembro, proferido pela 1.ª Secção, o Tribunal decidiu julgar inconstitucional a norma que estabelece que a impugnação judicial de decisões da AdC que apliquem coima tem, em regra, efeito devolutivo, apenas lhe podendo ser atribuído efeito suspensivo quando a execução da decisão cause ao visado prejuízo considerado e este preste caução, em sua substituição, no prazo fixado pelo tribunal, independentemente da sua disponibilidade económica, interpretativamente extraída dos n.ºs 4 e 5 do artigo 84.º da Lei n.º 16/2012, de 8 de maio.

8) No Acórdão n.º 376/2016, a 3.ª Secção do Tribunal Constitucional formulou o seu juízo de não inconstitucionalidade no pressuposto de que a caução a que se refere o n.º 5 do artigo 84.º da Lei da Concorrência poderia ser fixada *«pela forma e montante julgados adequados ao caso concreto»*, o que, em seu entender, tornaria o regime menos rígido e automático.

9) Já no Acórdão n.º 674/2016, a 1.ª Secção do Tribunal Constitucional fundou o seu juízo de inconstitucionalidade no pressuposto oposto, ou seja, de que a caução aí referida não admite qualquer ponderação ou graduação, mas antes assenta *«numa ideia de automaticidade que não deixa espaço para um juízo de dispensa ou adequação diante das concretas circunstâncias do caso»*.

10) À semelhança do que sucedeu no presente caso, também nessa data o Ministério Público e a AdC interpuseram recurso para o Plenário, ao abrigo do disposto no artigo 79.º-D, n.º 1, da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional, invocando a existência de interpretações divergentes quanto à mesma norma por ambas as secções.

11) O recurso veio a ser rejeitado pelo Plenário, por via do Acórdão n.º 281/2017, por se ter entendido que questão de inconstitucionalidade não fora decidida em sentido divergente nos Acórdãos n.ºs 376/2016 e 674/2016, uma vez



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

que ambos incidiram sobre diferentes dimensões normativas das disposições dos n.ºs 4 e 5 do artigo 84.º da Lei da Concorrência.

12) Ora, no Acórdão n.º 445/2018, aqui recorrido, o Tribunal Constitucional importou integralmente, por transcrição, os fundamentos invocados no Acórdão n.º 674/2016 para concluir pela inconstitucionalidade da norma do artigo 84.º, n.º 5, do Regime Jurídico da Concorrência (Lei n.º 19/2012, de 8 de maio), a qual determina que a impugnação judicial de decisões da AdC que apliquem coima têm, em regra, efeito devolutivo, apenas lhe podendo ser atribuído efeito suspensivo quando a execução da decisão cause ao visado prejuízo considerável e este preste caução, em sua substituição.

13) Também aqui o acórdão recorrido reproduz *ipsis verbis* os pressupostos e os fundamentos do Acórdão n.º 674/2016, incluindo o entendimento de que a caução a que se refere o n.º 4 do artigo 85.º da Lei da Concorrência não é *graduável* mas antes pressupõe que a mesma seja prestada integral e automática, «em substituição» da coima.

14) Tal como sucedeu no recurso para o Plenário, rejeitado pelo Acórdão n.º 281/2017, também aqui a *norma* apreciada por ambas as secções do Tribunal Constitucional é manifestamente diferente, pelos mesmos motivos que constam daquela decisão.

15) Para haver verdadeira divergência decisória quanto à mesma norma, seria necessário que o acórdão-fundamento tivesse partido da mesma dimensão interpretativa e tivesse enveredado por um excursus argumentativo diverso antes de concluir diferentemente, o que manifestamente não sucedeu.

16) Aliás, é seguro dizer que, com base em cada um dos acórdãos, não é possível saber se o sentido decisório seria o mesmo caso tivessem analisado o preceito legal à luz da dimensão interpretativa de que partiu a decisão oposta. Tanto basta para concluir que não se verifica o requisito previsto no artigo 79.º-D, n.º 1, da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional, de que «a *questão da inconstitucionalidade ou ilegalidade em sentido divergente do anteriormente adotado quanto à mesma norma por qualquer das suas secções*»

17) Assim, confrontado o Plenário do Tribunal Constitucional com a inexistência de identidade de normas, deverá decidir de uma de duas formas: ou rejeita agora o recurso para o Plenário, ou pronuncia-se apenas sobre uma das interpretações do artigo 84.º, n.º 5, da Lei da Concorrência em confronto, nos termos do disposto no artigo 80.º, n.º 3, da Lei da Concorrência.

### III. A inaplicabilidade dos fundamentos do Acórdão n.º 123/2018

18) A circunstância de o Plenário do Tribunal Constitucional ter já concluído, no Acórdão n.º 123/2018, pela não inconstitucionalidade dos n.ºs 4 e 5 do artigo 46.º do RSSE em nada vincula o Tribunal Constitucional a decidir em sentido idêntico no presente caso.

19) Desde logo porque o juízo decisório formulado no acórdão n.º 123/2018 assenta, em grande medida, nas especificidades do mercado energético e das funções exercidas pela ERSE.



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

20) As referências feitas no referido acórdão à importância da *«regulação dos mercados energéticos, decorrentes da premência das necessidades que satisfazem, da expressão económica da atividade que neles se desenvolve e da importância estratégica da política que lhes diz respeito»*, bem como a alusão às especificidades do mercado energético, designadamente por referência à sua dimensão transnacional e à regulação europeia, foram alguns dos fundamentos a que recorreu o Tribunal Constitucional para justificar a relevância da exequibilidade imediata das decisões que apliquem coima naquele setor.

21) Portanto, para além de ter um âmbito de atuação relativamente reduzido, a ERSE atua num setor especializado, fortemente regulado, onde todos os *players* têm um dever de conhecimento e cumprimento normativo qualificados, onde a atividade dos regulados se encontra sujeita a licenciamento prévio, onde tendencialmente operam apenas grandes empresas e que tutela o funcionamento de Serviços Públicos Essenciais, tal como definidos na Lei n.º 23/96.

22) O mesmo não sucede no direito da concorrência em que não está em causa uma regulação setorial, mas sim uma regulação transversal a todos os operadores económicos do mercado, independentemente da respetiva dimensão e da concreta relevância do impacto da eventual prática anticoncorrencial.

23) Não existe uma apertada malha regulatória, não existe licenciamento prévio, não existe sequer uma limitação estanque e consensualmente aceite quanto ao seu âmbito subjetivo de aplicação, e, ao invés de se regularem serviços públicos essenciais, regulam-se interesses de cariz estritamente económico.

24) A diferença entre os âmbitos objetivo e subjetivo de aplicação de cada um dos regimes, bem como entre a natureza dos interesses aí tutelados, é o suficiente para mudar as coordenadas em que assentou a decisão do Tribunal Constitucional no acórdão n.º 123/2018.

25) Assim sucede, desde logo, porque (i) estão em causa interesses de relevo inferior aos que subjazem à regulação dos mercados energéticos, o que resulta, por exemplo, da extensa regulamentação legal nesta matéria, da existência de procedimentos de licenciamento próprios, da importância das necessidades que tutelam e da sua importância estratégica, (ii) o impacto dos ilícitos de natureza jusconcorrencial, tendo em conta o universo total de operadores económicos, será tendencialmente menos gravoso do que o que resulta dos ilícitos no setor energético, incidentes sobre um mercado setorial, (iii) sendo a sujeição ao regime jurídico da concorrência uma consequência do desenvolvimento de uma atividade económica e não o resultado de um procedimento de licenciamento prévio ou da integração de um mercado com regulamentação específica, inexistente um dever de conhecimento qualificado por parte de todas as entidades a ele sujeitas, o que aumenta o risco da prática de infrações sem adequada representação da respetiva ilicitude, (iv) o impacto da aplicação de uma sanção no direito da concorrência, por abranger entidades de diferentes dimensões, poderá revelar-se substancialmente mais gravoso do que no setor energético.



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

26) Tanto basta para que se exija uma nova ponderação jurídico-constitucional nesta sede, desprendida do entendimento anteriormente expresso no acórdão n.º 123/2018, e adequada às especificidades do direito da concorrência, sabendo agora que os interesses de natureza pública que se contrapõem à restrição de direitos e garantias dos visados em processos contraordenacionais de direito da concorrência revestem um grau inferior de premência aos que se discutiam quanto ao regime do setor energético.

Por outro lado.

#### IV. As Garantias Processuais no Direito das Grandes Contraordenações

27) É importante começar por assinalar que a aplicação acrítica de um modelo de garantias igual para todas as contraordenações é contrária à realidade jurídica e potencialmente geradora de lesões a direitos fundamentais tão ou mais graves do que as que seriam geradas pela aplicação de penas criminais.

28) Desde logo porque a circunstância de o Direito das Contraordenações se encontrar entre o Direito Penal e o Direito Administrativo não implica que as suas coordenadas valorativas se encontrem permanentemente equidistantes daqueles dois ramos do Direito.

29) Na verdade, a variedade de interesses e bens jurídicos tutelados por infrações contra-ordenacionais previstas no Direito Português e a amplitude das coimas e sanções acessórias abstratamente aplicáveis impõem uma interpretação dinâmica dos respetivos regimes no quadro constitucional vigente.

30) É por isso que, à medida que a relevância ético-social entre ilícitos contraordenacionais e crimes se esbate e que a gravidade das sanções aplicáveis em ambos os ramos se aproxima - ou mesmo se inverte o Direito Contraordenacional, que mantém sempre uma natureza sancionatória, afasta-se do seu referencial administrativo e aproxima-se do Direito Penal em sentido global.

31) É, por isso, necessário distinguir entre um Direito das Contraordenações tradicional e o Direito das "Grandes" Contraordenações, marcado por uma maior proximidade ao Direito Penal Económico-Financeiro, como é o caso do Direito das Contraordenações da Concorrência.

32) Esta aproximação ótica da relevância dos bens jurídicos tutelados e das consequências sancionatórias das infrações contraordenacionais e penais - bem como o correspondente afastamento das contraordenações "modernas" das ditas "tradicionais" - têm necessariamente de se refletir no plano jurídico.

33) E esse reflexo não pode deixar de ocorrer por via da aproximação das garantias do processo contraordenacional às do processo penal.

34) Desde logo porque é artificial sustentar que a coima aplicada não contém qualquer juízo de censura ético-jurídica, nem contém um sentido de retribuição ou expiação ética. A coima - esta coima tem esta dimensão precisamente pela ressonância ética do comportamento imputado, sendo a sua aplicação, ainda que formalmente direcionada a finalidades de pura prevenção geral, indissociável de uma finalidade também repressiva.



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

35) Será, portanto, dentro da lógica de um Direito de Grandes Contraordenações, mais próximo do Direito Penal e, por isso, merecedor de garantias adequadas à sua natureza que a ponderação do grau de lesão da restrição a direitos fundamentais deverá ser analisada e contrabalançada com os interesses a salvaguardar.

### V. A violação do princípio da presunção de inocência

36) O primeiro ponto onde esta diferença se deve refletir é precisamente na análise da norma em crise à luz do princípio da presunção da inocência vigente no Direito Penal e, claro, no Direito das (Grandes) Contraordenações.

37) Deste princípio decorre a proibição da inversão do ónus da prova em desfavor do arguido, bem como a proibição da realização de consequências jurídicas sancionatórias antes do trânsito em julgado da decisão.

38) Assim sucede no plano criminal mas também, por força do que acima se disse, no Direito das Contraordenações da Concorrência, desde logo por força da sua evidente identidade estrutural.

39) Logo, a opção do legislador por um regime sancionatório contraordenacional não pode servir de pretexto para uma degradação das garantias dos Arguidos quando tal regime prevê consequências mais gravosas do que aquelas que resultariam da responsabilidade penal.

40) O que, por sua vez, leva a concluir que o tipo de censura dirigido ao agente de uma contraordenação da Concorrência está substancialmente próximo do juízo de censura ao agente de um crime económico-financeiro, servindo igualmente para tutelar bens jurídicos que não de mera admonição.

41) Daí que a sua execução imediata comporte já um significado idêntico ao da execução antecipada de uma sanção criminal por factos não transitados em julgado.

42) Isso mesmo foi já reconhecido nos dois outros países europeus que têm um Direito Contraordenacional de matriz penal: a Alemanha e a Áustria.

43) De facto, no regime alemão, no qual o legislador português declaradamente se inspirou para criar a figura das contraordenações, a única solução possível no que concerne a coimas em matéria de concorrência é precisamente a do efeito suspensivo até ao trânsito em julgado da respetiva decisão de aplicação.

44) O mesmo sucede com o regime austríaco, no qual o legislador foi inclusivamente mais longe, proibindo também a aplicação direta de coimas pela AdC, sem decisão judicial prévia, conferindo efeito suspensivo às coimas até ao trânsito em julgado e proibindo a *reformatio in pejus*.

45) O motivo é evidente: sendo modelos de Direito Contraordenacional de matriz penal, em especial num contexto de "grandes" contraordenações, a única solução constitucionalmente admissível tem de passar pela atribuição de garantias adequadas à natureza dos ilícitos.

46) O legislador português, por seu turno, não só previu a *reformatio in pejus* também como medida dissuasora de eventuais recursos inúteis, como previu



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

o efeito meramente devolutivo da impugnação, conferindo executividade imediata ao que constitui uma mera acusação de acordo com o artigo 62.º, n.º 1, do RGCO (aplicável *ex vi* artigo 13.º, n.º 1, da Lei da Concorrência).

47) E fê-lo sem qualquer *válvula de escape* que não a demonstração da eventual verificação de um prejuízo considerável com a execução imediata da coima, caso em que sempre terá o visado de *pagar* por outra forma, prestando caução.

48) O regime português é, por isso, *cego* quanto à concreta necessidade de efeito devolutivo da decisão condenatória no caso, deixando margem (de resto, fictícia) ao julgador apenas para impor o pagamento de uma caução ao visado, caso este demonstre um prejuízo considerável na execução antecipada da coima.

49) Ora, a eventual verificação de um prejuízo considerável não é fundamento válido para uma maior ou menor compressão do princípio da presunção de inocência. Isto porque o princípio é igualmente válido para todos os presumíveis inocentes, independentemente do prejuízo que a sanção lhes provoque.

50) O ponto está na circunstância de a solução legal, ao invés de presumir a parcialidade da entidade que investiga e decide, presumir a culpa daquele que se defende perante ela num processo sem "freios e contrapesos".

51) Por tudo quando se referiu, ao restringir desproporcionalmente a presunção da inocência, impondo um regime de impugnação ao qual apenas excepcionalmente se atribui efeito suspensivo, sem que o julgador possa decidir quais os casos em que tal efeito se justifica, a norma viola de forma grosseira e intolerável o princípio da presunção de inocência, previsto no artigo 32.º, n.º 2, em conjugação com o disposto nos artigos 32.º, n.º 10, 18.º, n.º 2 e 2.º, todos da CRP.

Por outro lado,

VI. A violação do direito de acesso aos tribunais e à tutela jurisdicional efetiva

52) Como bem assinalou o Tribunal *a quo*, a norma viola ainda o direito de acesso aos tribunais e à tutela jurisdicional efetiva. Senão veja-se:

53) A impugnação de decisões condenatórias da AdC não é, em rigor, um recurso, mas um exercício do direito de ação, cujo conteúdo essencial pressupõe a possibilidade de evitar os efeitos da decisão impugnada.

54) Ora, no processo contraordenacional o direito de ação tem uma relevância qualificada, pois a fase administrativa deste é uma fase inquisitória em que a entidade que investiga é a mesma entidade que julga.

55) Assim, considerando que o caráter inquisitório desta fase do processo representa um desvio à matriz acusatória que caracteriza os processos sancionatórios no Direito português, impõe-se a criação de um mecanismo que contrabalance a imparcialidade promovida por aquele regime com uma ampla margem para a impugnação judicial de decisões condenatórias.



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

56) Aliás, muito em especial neste concreto domínio, quaisquer obstáculos levantados nesse primeiro acesso a um julgador imparcial devem estar rodeados de especiais cautelas e devem ser fundados em motivos atendíveis, comprovados e preponderantes, não podendo, em qualquer caso, tais obstáculos esvaziar o conteúdo essencial desse direito (artigo 18.º, n.º 3, CRP).

57) Não é isso que sucede.

58) O regime do efeito suspensivo da impugnação judicial apenas permite ao Arguido escolher entre pagar a coima ou prestar caução equivalente. Estamos, portanto, perante um regime incapaz de atender às circunstâncias do caso concreto.

Portanto,

59) Não obstante o legislador goze de uma ampla margem de conformação do sistema de acesso à justiça, este poder de conformação não está, evidentemente, isento do cumprimento de exigências constitucionais, em especial das exigências impostas pelo princípio da proporcionalidade.

60) O exercício do poder de conformação do sistema de acesso à justiça está, nos termos do disposto no artigo 18.º, n.ºs 2 e 3, da Constituição, dependente de uma adequada, necessária e proporcional ponderação entre os interesses (públicos) prosseguidos com a intervenção legislativa e o grau de restrição dos direitos, liberdades e garantias daqueles que por ela serão visados.

61) Ora, os interesses prosseguidos com a intervenção legislativa são fundamentalmente interesses que visam prosseguir a "*equidade, celeridade e eficiência*" das impugnações judiciais.

62) No que respeita à *equidade*, dir-se-á apenas que não se compreende como uma solução que não atende à justiça do caso concreto poderá ser *equitativa*. A solução preconizada para prosseguir aquele fim é, por isso, inidónea.

63) No que respeita à prossecução de fins de *celeridade e eficácia*, o regime é puro e simplesmente desadequado. E é desadequado porque procura fazê-lo à custa de um desincentivo a apresentar recursos que com elevada probabilidade poderão ser fundados - circunstância demonstrada pela elevada taxa de decisões revogadas, total ou parcialmente, ou anuladas pelos tribunais *ad quem*. Mais,

64) O regime do efeito suspensivo da Lei da Concorrência é desnecessário, pois já existem meios de menor ou igual gravidade para evitar impugnações infundadas, nomeadamente o princípio da *reformatio in pejus*, a possibilidade de a AdC adotar medidas provisórias destinadas a garantir o efeito útil da decisão final, os prazos de prescrição dilatados, bem como, pela natureza destes processos, os custos de litigância associados à continuação do processo.

65) Por fim, o regime do efeito suspensivo é desproporcional em sentido estrito, ou seja, viola justa medida.

66) Assim sucede, por um lado, porque quando não impõe ao visado a execução antecipada da coima, impõe sempre um ónus equivalente ao cumprimento da coima para evitar a antecipação desta, e, por outro lado, porque impõe-lhe um esforço exagerado e moroso para recuperação dos montantes



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

indevidamente pagos de forma antecipada, em caso de procedência da impugnação.

67) Assim, e em suma, a norma em crise mais não faz do que prosseguir finalidades de eficiência e celeridade, à custa de uma restrição desproporcional - porquanto desnecessária, desadequada e em violação da justa medida, e, por isso, intolerável - não só do princípio da presunção de inocência mas também do direito de acesso aos tribunais e à tutela jurisdicional efetiva, devendo, por isso, ser declarada inconstitucional, por violação dos artigos 18.º, n.ºs 2 e 3, 20.º, n.º 1, e 268.º, n.º 4, todos da CRP.»

7. Tendo as recorridas suscitado nas contra-alegações a questão prévia do não conhecimento do recurso por inexistência de contradição de julgados, por despacho de 28 de fevereiro de 2019 (fls. 8771), o relator determinou a notificação dos recorrentes para se pronunciarem sobre essa questão.

O Ministério Público respondeu o seguinte:

«1.º O douto Acórdão n.º 445/2018, julgou inconstitucional a norma do artigo 84.º, n.º 5, do Regime Jurídico da Concorrência (Lei n.º 19/2012, de 8 de maio), a qual determina que a impugnação judicial de decisões da Autoridade da Concorrência que apliquem coima têm, em regra, efeito devolutivo, apenas lhe podendo ser atribuído efeito suspensivo quando a execução da decisão cause ao visado prejuízo considerável e este preste caução, em sua substituição.

2.º Por sua vez o Acórdão n.º 376/2016, não julgou inconstitucional a norma extraída do artigo 84.º, n.ºs 4 e 5, da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio (Lei da Concorrência), segundo a qual a impugnação interposta de decisões da Autoridade da Concorrência que apliquem coimas tem, em regra, efeito devolutivo, apenas lhe podendo ser atribuído efeito suspensivo quando a execução da decisão cause ao visado prejuízo considerável e este preste caução.

3.º O Ministério Público interpôs recurso obrigatório para o Plenário, nos termos do artigo 79.º-D, n.º 1, da Lei de Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional (LTC).

4.º O mesmo foi admitido tendo sido apresentadas alegações pelo Ministério Público e pela Autoridade da Concorrência.

5.º Nas contra-alegações apresentadas as arguidas começam por levantar a “Questão prévia: inexistência de oposição de julgados”, tendo o Ministério Público sido notificado para se pronunciar sobre tal questão.

6.º Parece-nos que as arguidas não têm razão.

7.º Como se vê das decisões proferidas, a única diferença existente entre a formulação decisória constante do Acórdão n.º 376/2016 e a do Acórdão agora recorrido, o Acórdão n.º 445/2018, consiste em que neste último surge a menção “em sua substituição”.



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

8.º Ora, que a caução só pode ser prestada em substituição é uma evidência que resulta da letra da própria lei (n.º 5 do artigo 84.º), estando-se, pois, perante uma alteração irrelevante.

9.º Apesar de no aresto recorrido se referir apenas o n.º 5 do artigo 84.º da Lei n.º 19/2012, e não também o n.º 4, como sucede no Acórdão n.º 376/2016, também nos parece que a ausência da referência tenha qualquer significado.

10.º Efetivamente, no acórdão recorrido consta que a norma do artigo 84.º, n.º 5, “a qual determina que a impugnação judicial de decisões da Autoridade da Concorrência que apliquem coima têm, em regra, efeito devolutivo” quando essa determinação consta, sim, do n.º 4.

11.º Note-se que estamos perante uma situação diferente daquela que o Tribunal Constitucional apreciou no Acórdão n.º 281/2017.

12.º Nesse aresto, para se concluir que os Acórdãos n.ºs 376/2016 e 674/2016 não tinham julgado em sentido divergente uma questão de inconstitucionalidade relativamente à mesma norma (artigo 84.º, n.ºs 4 e 5, da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio), foi decisivo que uma das decisões, a do Acórdão n.º 674/2016, integrava na sua dimensão que a caução de substituição fosse prestada no prazo fixado pelo tribunal independentemente da disponibilidade económica do visado.

13.º Ora, esta especificidade não consta de nenhuma das formulações agora em confronto.

14.º Poderíamos até dizer que, no caso agora em apreciação, nem sequer nos parece necessário recorrer ao conceito de *identidade substancial* porque as dimensões normativas são absolutamente coincidentes, sendo que são estas e apenas estas que devem ser levadas em consideração para efeitos do cumprimento do requisito de admissibilidade do recurso interposto para o Plenário ao abrigo do n.º 1 do artigo 79.º-D da LTC.

15.º Pelo exposto, existindo oposição de acórdãos, deve o Plenário conhecer do mérito do recurso.»

8. À mesma questão prévia, a Autoridade da Concorrência respondeu nos seguintes termos:

«1. Em 4 de maio de 2017, a AdC proferiu decisão condenatória contra as Recorridas acima identificadas por infração ao disposto na alínea c) do n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio (adiante, “Lei da Concorrência”).

2. A infração em causa foi executada entre janeiro de 2012 e dezembro de 2013.

3. Após terem sido interpostos recursos de impugnação por parte das empresas visadas e deduzidas as respetivas contra-alegações por parte da AdC, os autos foram remetidos ao Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (adiante, “TCRS”) em 3 de agosto de 2017 para efeitos de julgamento e decisão.

4. Em 20 de outubro de 2017, o TCRS declarou a inconstitucionalidade



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

material da norma constante no n.º 5 do artigo 84.º da Lei da Concorrência por violação do n.º 1 do artigo 20.º, do n.º 4 do artigo 268.º, do n.º 10 do artigo 32.º, do n.º 2 do artigo 18.º e do artigo 2.º da Constituição da República Portuguesa (adiante, “CRP”).

5. Daquela decisão foi interposto recurso (obrigatório) para o TC por parte do Ministério Público junto do TCRS, bem como por parte da AdC.

6. Tais recursos foram admitidos pelo TCRS e, em 13 de novembro de 2017, foi ordenada a remessa dos autos ao TC.

7. Em 22 de dezembro de 2017, a AdC foi notificada pelo TC para apresentar as respetivas alegações, tendo as mesmas sido remetidas a este Tribunal em 2 de fevereiro de 2018.

8. Em 2 de outubro de 2018, foi proferido acórdão pela 1.ª Secção do TC que julgou inconstitucional a norma do n.º 4 do artigo 85.º da Lei da Concorrência.

9. Em 15 de outubro de 2018, a AdC interpôs recurso para o Plenário do TC por entender que existe uma efetiva oposição entre o acórdão n.º 445/2018, de 2 de outubro de 2018 proferido nos presentes autos e os acórdãos n.ºs 376/2016, de 8 de junho de 2016 e 123/2018 de 6 de março de 2018.

10. Em 1 de março de 2019 foi a AdC notificada para se pronunciar sobre a admissibilidade do presente recurso, na sequência das alegações apresentadas pelas Recorridas.

11. Entre a prolação da decisão condenatória por parte da AdC e o atual momento processual já decorreram praticamente 2 anos.

12. O prazo prescricional encontra-se em curso, e após prolação da decisão do Plenário do TC e respetivo trânsito em julgado, os autos ainda terão de descer ao TCRS para efeitos de julgamento do processo e prolação de decisão a que se seguirão seguramente, pelo menos, recursos para o Tribunal da Relação de Lisboa e, novamente, para o TC.

13. A situação ora descrita já sucedeu em pelo menos outros dois processos contraordenacionais promovidos pela AdC e antecipa-se que, enquanto o TC não se pronunciar em definitivo quanto à conformidade constitucional da norma contida no n.º 4 do artigo 85.º da Lei da Concorrência, as mesmas vicissitudes processuais continuem a verificar-se, com todas as consequências nefastas para a contagem dos prazos prescricionais em curso.

14. Salvo o devido respeito, independentemente do sentido decisório do plenário do TC, revela-se indispensável que seja posto termo ao sentido decisório contraditório entre secções do TC por forma a obstar a que os processos contraordenacionais fiquem suspensos, no mínimo 2 anos, nesse Tribunal com todas as consequências negativas para os prazos prescricionais em curso.

15. Existe de facto uma necessidade deste Tribunal, agora reunido em Plenário, sanar o conflito de jurisprudência entre as 1.ª e 3.ª Secções do TC quanto ao juízo de inconstitucionalidade e constitucionalidade do n.º 5 do artigo 84.º da Lei da Concorrência, respetivamente, no Acórdão recorrido e no Acórdão



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Fundamento que aqui, e por economia processual, se dão como reproduzidas.

16. Com efeito, revela-se manifesta a necessidade de estabilização de uma interpretação do TC quanto ao normativo em causa por forma a evitar que o efeito suspensivo deste recurso, beneficie os Visados pelo processo contraordenacional (pelo decurso da prescrição) e prejudique a salvaguarda do interesse público de promoção e defesa da concorrência que cumpre à AdC prosseguir em respeito do princípio da legalidade, da justiça e da transparência (*vide* artigo 7.º da Lei n.º 19/2012, n.º 3 do artigo 1.º dos Estatutos a alínea e) do artigo 81.º e, também, do artigo 268.º da CRP).

17. Sem prejuízo do exposto, a AdC não pode deixar de reiterar a motivação de recurso e respetivas conclusões quanto à efetiva existência de conflito de jurisprudência entre as 1.ª e 3.ª Secções do TC quanto ao juízo de inconstitucionalidade e consitucionalidade do n.º 5 do artigo 84.º da Lei da Concorrência que, também, aqui se dão por integralmente reproduzidas, por razões de economia processual.

18. Finalmente, a AdC não pode deixar de considerar que a argumentação das Visadas recorridas EDP e SONAE no sentido de não existe contradição de jurisprudência e que, desse modo, não se encontram reunidos os pressupostos de admissão do presente recurso, é improcedente e, como tal, deve ser desatendida porquanto existe contradição efetiva de julgados entre o acórdão recorrido e o acórdão fundamento quanto à interpretação do n.º 5 do artigo 84.º da Lei da Concorrência.

19. Aliás, o próprio pedido das Visadas recorridas EDP e SONAE no que respeita à improcedência do recurso da AdC, caso se considerem verificados os pressupostos processuais da uniformização de jurisprudência, nos termos do artigo 80.º da LCT, afigura-se manifestamente contraditório com a assertividade e segurança com que é defendida a inexistência de oposição de julgados.

20. A EDP, vem, sinteticamente, concluir que:

*“Não é exatamente a mesma a questão de constitucionalidade julgada pelo Acórdão recorrido (Acórdão n.º 445/2018) e pelo Acórdão fundamento (Acórdão n.º 376/2016). (...)*

*No caso do acórdão recorrido, a caução é definida como substitutiva da coima, o que significa que deverá ser prestada pelo mesmo valor (à semelhança do foi entendido pelo Acórdão n.º 674/2016, tal como interpretado pelo Acórdão n.º 281/2017 do Plenário); pelo contrário, no acórdão fundamento exige-se apenas que seja prestada caução, em montante a fixar pelo tribunal. (...)*

*O Acórdão n.º 281/2017 revela a existência de dois entendimentos plenamente consistentes quando esteja em causa a norma do artigo 84.º, n.º 5, da LdC”.*

21. E termina com o seguinte pedido: *“os recursos do MP e da AdC [devem] ser rejeitados, por não se verificar o requisito previsto no artigo 79.º-D, n.º 1, da LTC, ou, quando assim não se entenda, devem os mesmos ser julgados improcedentes, porque infundados, sendo fixada jurisprudência...”*

22. A SONAE, vem, sinteticamente, concluir que:



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

*“Da primeira vez, por via do Acórdão n.º 376/2016, proferido pela 3.ª Secção, o Tribunal decidiu não julgar inconstitucional a norma extraída do artigo 84.º, n.º 19/2012, de 8 de maio, segundo a qual a impugnação interposta de decisões da AdC que apliquem coimas tem, em regra, efeito devolutivo, apenas lhe podendo ser atribuído efeito suspensivo quando a execução da decisão cause ao visado prejuízo considerável e este preste caução.*

*Da segunda vez, por via do Acórdão n.º 674/2016, de 13 de dezembro, proferido pela 1.ª Secção, o Tribunal decidiu julgar inconstitucional a norma que estabelece que a impugnação judicial de decisões da AdC que apliquem coima tem, em regra, efeito devolutivo, apenas lhe podendo ser atribuído efeito suspensivo quando a execução da decisão cause ao visado prejuízo considerado e este preste caução, em sua substituição, no prazo fixado pelo tribunal, independentemente da sua disponibilidade económica, interpretativamente extraída dos n.ºs 4 e 5 do artigo 84.º da Lei n.º 16/2012, de 8 de maio*

*Foi interposto recurso que veio a ser rejeitado pelo Plenário, por via do Acórdão n.º 281/2017, por se ter entendido que a questão de inconstitucionalidade não fora decidida em sentido divergente 376/2016 e 674/2016, uma vez que ambos incidiram sobre diferentes dimensões normativas das disposições dos n.ºs 4 e 5 do artigo 84.º da Lei da Concorrência.*

*Ora, no Acórdão n.º 445/2018, aqui recorrido, o Tribunal Constitucional importou integralmente, por transcrição, os fundamentos invocados no Acórdão n.º 674/2016 para concluir pela inconstitucionalidade da norma do artigo 84.º, n.º 5, do Regime Jurídico da Concorrência (Lei n.º 19/2012, de 8 de maio), a qual determina que a impugnação judicial de decisões da AdC que apliquem coima têm, em regra, efeito devolutivo, apenas lhe podendo ser atribuído efeito suspensivo quando a execução da decisão cause ao visado prejuízo considerável e este preste caução, em sua substituição.*

*O acórdão recorrido reproduz *ipsis verbis* os pressupostos e os fundamentos do Acórdão n.º 674/2016, incluindo o entendimento de que a caução a que se refere o n.º 4 do artigo 85.º da Lei da Concorrência não é graduável mas antes pressupõe que a mesma seja prestada integral e automática, «em substituição» da coima.*

*Tal como sucedeu no recurso para o Plenário, rejeitado pelo Acórdão n.º 281/2017, também aqui a norma apreciada por ambas as secções do Tribunal Constitucional é manifestamente diferente, pelos mesmos motivos que constam daquela decisão.*

*Confrontado o Plenário do Tribunal Constitucional com a inexistência de identidade de normas, deverá decidir de uma de duas formas: ou rejeita agora o recurso para o Plenário, ou pronuncia-se apenas sobre uma das interpretações do artigo 84.º, n.º 5, da Lei da Concorrência em confronto, nos termos do disposto no artigo 80.º, n.º 3, da Lei da Concorrência”.*

23. Finaliza, peticionando que os recursos da AdC e do MP sejam rejeitados por falta de pressupostos processuais ou, caso assim não se entenda, declarados improcedentes, julgando-se, em consequência, inconstitucional a norma do n.º 5 do artigo 84.º da Lei da Concorrência.



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

24. Na medida em que os fundamentos quanto à alegada inexistência de oposição de julgados apresentados pelas Recorridas são semelhantes, a AdC pronunciar-se-á de forma conjunta, nos termos que se passam a expor.

25. Em 4 de outubro de 2018, a AdC foi notificada do Acórdão n.º 445/2018 (adiante, “Acórdão n.º 445/2018” ou “Acórdão recorrido”) da 1.ª secção do TC com o seguinte juízo positivo de inconstitucionalidade (com dois votos de vencido):

*“[...] julgar inconstitucional a norma do artigo 84.º, n.º 5, do Regime Jurídico da Concorrência (Lei n.º 19/2012, de 8 de maio), a qual determina que a impugnação judicial de decisões da Autoridade da Concorrência que apliquem coima têm, em regra, efeito devolutivo, apenas lhe podendo ser atribuído efeito suspensivo quando a execução da decisão cause ao Visado prejuízo considerável e este preste caução, em sua substituição”* – Destaque da AdC.

26. Contudo, previamente, em 8 de maio de 2016 a 3.ª secção do TC tinha proferido, por unanimidade, o Acórdão n.º 376/2016 - Acórdão fundamento - que, quanto à mesma questão de inconstitucionalidade da norma dos números 4 e 5 do artigo 84.º da Lei da Concorrência, decidiu:

*“[...] não julgar inconstitucional a norma extraída do artigo 84.º, n.º 4 e 5, da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, segundo a qual a impugnação interposta de decisões da Autoridade da Concorrência que apliquem coimas tem, em regra, efeito devolutivo, apenas lhe podendo ser atribuído efeito suspensivo quando a execução da decisão cause ao visado prejuízo considerável e este preste caução”* – Destaque da AdC.

27. Deste modo, a questão da inconstitucionalidade da norma do n.º 5 do artigo 84.º da Lei da Concorrência foi julgada sucessivamente de modo divergente pelas 1.ª e 3.ª Secções do TC, conforme *supra* demonstrado e que é pacífica entre as recorrentes e os Visados recorridos EDP e SONAE.

28. Ora, em face da contradição entre os juízos de (in)constitucionalidade das secções do TC a AdC e o MP vieram interpor recurso para o Plenário do TC (adiante “Plenário”) para uniformização de jurisprudência.

29. Efetivamente de modo diverso das Visadas Recorridas EDP e SONAE, a AdC entende que as dimensões normativas apreciadas pelos dois arestos acompanham-se – como decorre expressamente do Acórdão ora em recurso –, bem como das declarações de voto dos Venerandos Juízes Conselheiros João Caupers e J. A. Teles Pereira emitidos no mesmo Acórdão.

30. O presente recurso para discussão do plenário do TC tem, pois, como propósito sanar o conflito de jurisprudência entre as 1.ª e 3.ª secções do TC que se traduziram “(...) em julgamentos – de mérito – contraditórios entre as secções (...)” “(...) que julgaram sucessivamente a mesma norma como constitucional e inconstitucional (...)” – cf. n.º 1 do artigo 79.º-D da LTC.

31. Acresce que, como resulta do acórdão recorrido (Acórdão n.º 445/2018), esta norma foi objeto de várias decisões do TC porém, as secções deste Tribunal têm proferido juízos de constitucionalidade distintos (em sentidos manifestamente opostos) como sucede no caso *sub judice*.



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

32. Por último destaca-se que o conteúdo desta norma não é exclusivo da Lei da Concorrência, tendo já sido objeto de julgamento do Plenário para uniformização de jurisprudência no Acórdão n.º 123/2018, de 6 de março de 2018 no âmbito da norma contida nos números 4 e 5 do artigo 46.º do Regime de Sancionatório do Setor Energético (adiante, “RSSE”) em tudo semelhante aos números 4 e 5 do artigo 84.º da Lei da Concorrência, *supra* descrito, como também se refere no Acórdão n.º 445/2018 – cf. ponto 12 da Fundamentação, pp.18-19.

33. Sendo que é, salvo o devido respeito, normativamente irrelevante, do ponto de vista jurídico-constitucional, o montante concreto da coima aplicada, o certo é que os dois arestos pronunciaram-se, em termos essenciais e contraditórios, sobre a mesma norma, a constante do corpo do n.º 5 do artigo 84.º da Lei n.º 19/2012, onde está prevista a possibilidade de atribuir efeito suspensivo ao recurso das decisões da AdC que apliquem coimas ou outras sanções, e o requerente se ofereça para prestar caução em sua substituição quando a execução da decisão lhe cause prejuízo considerável.

34. E cuja desproporção implicou, no mais recente dos Acórdãos citados e agora em recurso, o juízo de inconstitucionalidade da 1.ª secção do TC por violação do princípio constitucional da proporcionalidade.

35. Com efeito, a norma sobre que incidiram os julgamentos contraditórios é, no plano jurídico-constitucional, constituída pelo segmento integrado pelo corpo do preceito legal em causa, n.º 5 do artigo 84.º da Lei n.º 19/2012, e foi sobre esse segmento que incidiram os julgamentos contraditórios.

36. Ou seja, n.º 5 do artigo 84.º da Lei n.º 19/2012:

*“No caso de decisões que apliquem coimas ou outras sanções previstas na lei, o visado pode requerer, ao interpor o recurso, que o mesmo tenha efeito suspensivo quando a execução da decisão lhe cause prejuízo considerável e se ofereça para prestar caução em substituição, ficando a atribuição desse efeito condicionada à efetiva prestação de caução no prazo fixado pelo tribunal”* – Destaque da AdC.

37. Assim sendo as diferenças salientadas pela EDP e SONAE resultam do juízo de (in)constitucionalidade decidido nos referidos arestos e não da análise de segmentos diferentes da mesma norma, como prescreve o Acórdão n.º 107/2007 (ponto 2), no que respeita ao requisito da identidade da norma (tratar-se de uma “mesma norma”), deve *“recordar-se que, quando está em causa apenas uma determinada dimensão interpretava de um ou mais preceitos, é tal dimensão que deve ser considerada como uma norma autónoma”*. O que se verifica *in casu*.

38. Por seu turno, a ausência de referência da alocação *“em sua substituição”*, no Acórdão fundamento (que termina em: *“este preste caução”*), salvo o devido respeito, não determina a inexistência de arestos contraditórios, até porque na alocação *“em sua substituição”* está implícita a prestação de caução (pois, salvo o devido respeito, só se presta caução em substituição de alguma coisa) o que demonstra a improcedência da questão prévia suscitada pela EDP e pela SONAE.



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

39. Mas, ainda que assim não se considere, o que se coloca por dever de patrocínio mas sem conceder, a alocação resulta da letra do próprio n.º 5 do artigo 84.º da Lei da Concorrência, que está expressamente referido no juízo de constitucionalidade do Acórdão fundamento e no Acórdão recorrido. Sem prescindir,

40. O juízo de (in)constitucionalidade incide sobre a alegada violação de determinados princípios constitucionais – que, também, são os mesmos no acórdão recorrido e no acórdão fundamento, a saber, princípio da proporcionalidade, princípio do acesso aos tribunais e da tutela jurisdicional efetiva, princípio da presunção de inocência – e do entendimento das divergente das secções do Venerando Tribunal quanto à (in)existência da violação do princípio da proporcionalidade (no normativo em causa).

41. Como resulta do Acórdão do n.º 419/02 do TC:

*“Na verdade, a existência de oposição entre dois acórdãos quanto ao julgamento da mesma questão de inconstitucionalidade não pode aferir-se em função do teor literal das decisões, mas em função das razões de decidir num caso e no outro”.*

42. Daí que o cotejo dos acórdãos por palavra ou expressões não permita aferir a ausência de contradição de acórdãos, mas, ao invés, demonstram que não são diferentes os contornos das situações controvertidas nos processos que deram origem ao Acórdão recorrido e ao Acórdão fundamento quanto à valoração feita na duas decisões relativamente à norma questionada – n.º 5 do artigo 84.º da Lei n.º 19/2012 – podendo, portanto, afirmar-se que existe julgamento em sentido divergente quanto à mesma questão de (in) constitucionalidade, já que o critério que presidiu à decisão das secções do Venerando Tribunal não é o mesmo nos dois casos mas partiu da mesma razão de decidir – ou seja, saber se a prestação de caução, em substituição da coima, quando se alega prejuízo considerável é ou não inconstitucional por violação do princípio da proporcionalidade.

43. Salvo o devido respeito, pretender fazer depender a admissão do presente recurso para o plenário do TC para efeitos de uniformização de jurisprudência (por uma efetiva contradição de julgados) de uma redação plenamente coincidente entre acórdãos (produzidos por diferentes Secções do TC), onde as expressões, o sentido da argumentação têm de ser plenamente convergentes, é manifestamente desrazoável e desproporcional.

44. *In casu*, o juízo de não inconstitucionalidade (Acórdão fundamento) admite abranger a possibilidade de o juiz poder determinar a prestação da caução por um valor diferente do montante da coima, atendendo às razões de prejuízo considerável, logo, não há compressão excessiva do princípio da proporcionalidade (pois também estamos no âmbito do direito contraordenacional e não do direito penal).

45. E o juízo de inconstitucionalidade (Acórdão recorrido) considera que o juiz não goza dessa margem de discricionariedade para determinar o montante da caução atendendo às razões de prejuízo considerável, logo, há compressão



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

excessiva do princípio da proporcionalidade (este entendimento deve ser aplicado ao direito contraordenacional).

46. Mas, em ambos os arestos, foram interpretados e aplicados os mesmos princípios constitucionais (seguindo as decisões do TCRS que desaplicaram a norma *sub judice* na mesma dimensão normativa), pelo que, também se verifica a contradição/oposição de decisões. E, portanto, é manifesta a improcedência do argumentário das Visadas recorrentes EDP/SONAE.

47. Ainda que assim não se entenda – o que se coloca por dever de patrocínio mas sem conceder – apesar da aparente diferença de formulação das partes decisórias dos acórdãos recorrido e fundamento (Acórdão n.º 445/2018 e Acórdão n.º 376/2016, respetivamente), existe entre os dois Acórdãos oposição substancial relevante nos juízos emitidos sobre a constitucionalidade da mesma dimensão normativa.

48. Mais se defende no Acórdão Fundamento *sub judice*, que a natureza distinta das infrações contraordenacionais e das infrações criminais não permite, na senda da jurisprudência do TC, fazer uma aplicação dos princípios constitucionais com a mesma intensidade no âmbito das contraordenações que seria observada no caso de a norma eventualmente restritiva estar inserida no âmbito do processo penal (ainda que seja indiscutível a existência de princípios basilares comuns, *v.g.* o acesso ao direito e tutela jurisdicional efetiva, presunção de inocência, direitos de defesa, etc.) – cf. pp. 20-22.

49. O que permite no Acórdão fundamento acomodar o princípio da proporcionalidade (por considerar que não implica uma compressão excessiva dos direitos das Visadas/arguidos): a necessidade de prestação de caução (em substituição da coima) para obter o efeito suspensivo do recurso, bem como a possibilidade da sua adequação ao alegado prejuízo considerável, pelo que se considerou que o n.º 5 do artigo 84.º não viola o princípio da proporcionalidade.

50. Ao invés do Acórdão recorrido que tem um entendimento divergente em relação à necessidade da prestação de caução (em substituição da coima) bem como quanto a possibilidade da sua adequação ao alegado prejuízo considerável, pelo que se considerou que o n.º 5 do artigo 84.º viola o princípio da proporcionalidade.

51. Há uma idêntica razão de decidir num sentido objetivo nos dois arestos, que não se deve confundir com uma diferente qualificação jurídica de situações pelo Tribunal – a única que pode ser invocada para negar contradições de jurisprudência. Sem prescindir,

52. As Recorridas vêm chamar à colação o Acórdão n.º 281/2017 do Plenário para sustentar o paralelismo entre o presente pedido de uniformização jurisprudência e aquele outro feito pela AdC e o MP e julgado improcedente pelo Plenário no Acórdão n.º 281/2017 (que opunha o acórdão recorrido – Acórdão n.º 674/2016 – e o acórdão fundamento – Acórdão n.º 376/2016) por não preenchimento dos pressupostos processuais, suportadas no facto de a fundamentação do Acórdão recorrido (Acórdão n.º 445/2018), se socorrer da



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

fundamentação do Acórdão n.º 674/2016 reproduzindo-a. O que é manifestamente improcedente pois não existe, ainda que perfunctório, qualquer paralelismo entre o acórdão recorrido (Acórdão n.º 445/2018) e o acórdão recorrido (Acórdão n.º 674/2016). Senão vejamos,

53. Primeiro, salvo o devido respeito, a interpretação que as Recorridas fazem do Acórdão n.º 281/2017 do Plenário é manifestamente incorreta e parcial quanto à sua fundamentação e juízo decisório, como uma simples leitura do mesmo permite concluir.

54. Assim prescreve-se no Acórdão n.º 281/2017 que:

*“Em ambos os acórdãos [Acórdão n.º 674/2016 e Acórdão n.º 376/2016] o Tribunal apreciou a constitucionalidade de normas resultantes da interpretação dos n.ºs 4 e 5, do artigo 84.º da Lei n.º 19/2012. No entanto, – como bem se assinala no despacho reclamado – «da comparação entre as duas decisões sobressai desde logo a diferença de formulação da norma objeto de julgamento. Desde logo, no segmento final da decisão proferida no acórdão recorrido [Acórdão n.º 674/2016] existe uma referência à verificação ou não de ‘disponibilidade económica’ do visado (‘independentemente da sua disponibilidade económica’) que inexistia na fórmula decisória do acórdão fundamento [Acórdão n.º 376/2016]. Acresce ainda, na formulação da norma julgada inconstitucional pelo acórdão recorrido, a menção ao carácter substitutivo da coima que reveste a caução a prestar no prazo a definir pelo tribunal (‘em sua substituição, no prazo fixado pelo tribunal’)» – Destaques da AdC.*

55. Efetivamente, resulta do Acórdão recorrido no caso *sub judice* (Acórdão n.º 445/2018) a própria delimitação da aplicação do Acórdão n.º 674/2016 quanto ao seu juízo de inconstitucionalidade. Atentemos no que prescreve o Acórdão recorrido:

*“Ora, como resulta do rol decisório acima exposto, a 1.ª Secção deste Tribunal já se pronunciou, no Acórdão n.º 674/2016, pela inconstitucionalidade da norma que estabelece que a impugnação judicial de decisões da Autoridade da Concorrência que apliquem coima tem, em regra, efeito devolutivo, apenas lhe podendo ser atribuído efeito suspensivo quando a execução da decisão cause ao visado prejuízo considerável e este preste caução, em sua substituição, no prazo fixado pelo tribunal” – Destaques da AdC.*

56. No Acórdão n.º 674/2016 o juízo de inconstitucionalidade tem uma dimensão normativa diferente, ou seja, decidiu-se:

*“Julgar inconstitucional a norma que estabelece que a impugnação judicial de decisões da Autoridade da Concorrência que apliquem coima tem, em regra, efeito devolutivo, apenas lhe podendo ser atribuído efeito suspensivo quando a execução da decisão cause ao visado prejuízo considerável e este preste caução, em sua substituição, no prazo fixado pelo tribunal, independentemente da sua disponibilidade económica, interpretativamente extraível dos n.ºs 4 e 5 do artigo 84.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio”.*



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

57. Assim verifica-se que não obstante a fundamentação poder ser a mesma, o juízo de inconstitucionalidade da norma (a dimensão normativa) é diferente em ambos os Acórdãos (Acórdão n.º 445/2018 e Acórdão n.º 674/2016).

58. No Acórdão n.º 445/2018, ora recorrido, não se julga a dimensão normativa do n.º 5 do artigo 84.º *“independentemente da sua disponibilidade económica”* julgada no acórdão n.º 674/2016 que, aliás, foi a razão que determinou, segundo o Acórdão n.º 281/2017 a falta de verificação dos pressupostos processuais, portanto, *a contrario*, é imperativo concluir-se que a AdC e o MP preenchem os pressupostos processuais do artigo 80.º da LTC e determina a improcedência da alegada inexistência de oposição de acórdãos.

59. Em segundo lugar, ainda que assim não se considere – o que se coloca por dever de patrocínio mas sem conceder – a aplicação da jurisprudência do Acórdão n.º 281/2017 do Plenário também é improcedente conquanto decidiu que o acórdão recorrido (Acórdão n.º 674/2016) e o acórdão fundamento (Acórdão n.º 376/2016) não decidiram em sentido divergente a mesma questão de inconstitucionalidade, pois no segmento final do acórdão recorrido refere-se *“independentemente da sua disponibilidade económica” que não existe na fórmula decisória do acórdão fundamento.*

60. Pois o referido aresto Acórdão n.º 281/2017 prescreve que:

*“A falta de correspondência naqueles enunciados normativos não é meramente formal. Antes traduz o facto de se tratarem de diferentes dimensões normativas dos preceitos legais dos n.ºs 4 e 5, do artigo 84.º da Lei n.º 19/2012, o que implica uma diferença substancial nos dois julgamentos efetuados nos acórdãos recorrido e fundamento”.*

61. Como *supra* se expôs, no Acórdão n.º 376/2016 (Acórdão fundamento) decidiu-se:

*“[...] não julgar inconstitucional a norma extraída do artigo 84.º, n.ºs 4 e 5, da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, segundo a qual a impugnação interposta de decisões da Autoridade da Concorrência que apliquem coimas tem, em regra, efeito devolutivo, apenas lhe podendo ser atribuído efeito suspensivo quando a execução da decisão cause ao visado prejuízo considerável e este preste caução”*– Destaques da AdC.

62. E o Acórdão n.º 445/2018 (“Acórdão recorrido”) proferiu o seguinte juízo:

*“[...] julgar inconstitucional a norma do artigo 84.º, n.º 5, do Regime Jurídico da Concorrência (Lei n.º 19/2012, de 8 de maio), a qual determina que a impugnação judicial de decisões da Autoridade da Concorrência que apliquem coima têm, em regra, efeito devolutivo, apenas lhe podendo ser atribuído efeito suspensivo quando a execução da decisão cause ao Visado prejuízo considerável e este preste caução, em sua substituição”*– Destaque da AdC.

63. Ora, seguindo a jurisprudência do Plenário no acórdão *supra* referido, e aplicando-a ao caso *sub judice*, o Acórdão recorrido (Acórdão n.º 445/2018) e o Acórdão Fundamento (Acórdão n.º 376/2016), objeto do presente recurso de



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

uniformização de jurisprudência, decidiram em sentido divergente a mesma questão de inconstitucionalidade normativa, porquanto em ambos os arestos não constitui *ratio decidendi* a insuficiência de meios – tal como configurado nas decisões do TCRS que afastaram a aplicação da norma no que respeita à situação económica de um interessado que não disponha de meios para prestar caução –, como sucedia no Acórdão n.º 674/2016 mas já não no Acórdão n.º 376/2016 e, assim, foi determinado no Acórdão do Plenário (Acórdão n.º 281/2017).

64. No caso *sub judice* o Acórdão fundamento (Acórdão n.º 376/2016) e o Acórdão recorrido (Acórdão n.º 445/2018) decidiram sobre a mesma dimensão normativa do n.º 5 do artigo 84.º da Lei da Concorrência.

65. Apesar de no segmento final do Acórdão recorrido se mencionar a alocação “*em sua substituição*”, salvo o devido respeito, de modo diverso do entendimento das Visadas recorrentes EDP e SONAE, tal não significa que se trate de diferentes dimensões normativas dos preceitos legais dos n.ºs 4 e 5, do artigo 84.º da Lei da Concorrência e, também, não afasta a diferença substancial nos dois julgamentos efetuados nos acórdãos recorrido e fundamento.

66. Ora também é improcedente esta linha de argumentação da EDP e da SONAE e, assim, devem ser julgadas as questões prévias e o recurso de uniformização ser julgado procedente.

67. Por fim, refira-se que, frontalmente em divergência com a Recorrida SONAE, a AdC entende existir uma analogia essencial entre a questão de constitucionalidade apreciada no Acórdão n.º 445/2018, acórdão recorrido, e no Acórdão n.º 376/2016 – acórdão fundamento e, ainda, a uniformização de jurisprudência lavrada no Acórdão n.º 123/2018 do Plenário do TC –, por isso, existindo uma divergência entre estes arestos, no sentido do n.º 1 do artigo 79.º-D e do artigo 80.º da LTC e que assim deve ser decidido e indeferidas as questões prévias suscitadas pelas Recorridas por serem manifestamente improcedentes.

68. Face a todo o exposto e por forma a evitar-se a cristalização de correntes jurisprudenciais perfeitamente contraditórias entre Secções do TC – cf. artigo 668.º do CPC *ex vi* artigo 69.º da LTC – deverá o Plenário uniformizar a jurisprudência nos seguintes termos.

9. Concluída a discussão e tomada a decisão, nos termos previstos no n.º 5 do artigo 79.º da LTC, cumpre agora formulá-la.

### II – Fundamentação

#### A - A questão prévia



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

10. Há que começar por tratar da questão prévia suscitada, relativamente aos pressupostos para se tomar conhecimento do recurso para o plenário.

Resulta do artigo 79.º-D, n.º 1, da LTC que cabe recurso para o plenário do Tribunal Constitucional quando este “*julgar a questão da inconstitucionalidade em sentido divergente do anteriormente adotado quanto à mesma norma, por qualquer das suas secções*”.

Prevê-se neste preceito um recurso jurisdicional que tem por pressuposto a existência de um conflito de jurisprudência, traduzido em julgamentos de mérito contraditórios das Secções do Tribunal Constitucional sobre questão jurídico-constitucional suscitada perante a mesma norma, cujo objetivo se traduz em obter jurisprudência constitucional uniforme. É, pois, pressuposto deste recurso de uniformização de jurisprudência que exista uma decisão em *sentido divergente* sobre uma questão de inconstitucionalidade (ou de ilegalidade) relativa à *mesma norma*, devendo ter-se em conta que, quando está em causa apenas uma determinada dimensão interpretativa de um ou mais preceitos, é tal dimensão que deve ser considerada como uma norma autónoma.

No caso presente, os recorrentes alegam que a mesma questão jurídico-constitucional foi julgada em sentido divergente nos Acórdãos n.ºs 376/2016 e 445/2018.

No primeiro – acórdão fundamento –, a 3.ª Secção pronunciou-se no sentido da não inconstitucionalidade da “[...] *norma extraída do artigo 84.º, n.ºs. 4 e 5, da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, segundo a qual a impugnação interposta de decisões da Autoridade da Concorrência que apliquem coimas tem, em regra, efeito devolutivo, apenas lhe podendo ser atribuído efeito suspensivo quando a execução da decisão cause ao visado prejuízo considerável e este preste caução*”.

No segundo – acórdão recorrido – a 1.ª Secção, decidiu julgar inconstitucional a “*norma do artigo 84.º, n.º 5, do Regime Jurídico da Concorrência (Lei n.º 19/2012, de 8 de maio), a qual determina que a impugnação judicial de decisões da Autoridade da Concorrência que apliquem coima tem, em regra, efeito devolutivo, apenas lhe podendo ser atribuído efeito suspensivo quando a execução da decisão cause ao visado prejuízo considerável e este preste caução, em sua substituição*”.

As empresas recorridas, nas contra-alegações, invocam a inexistência da alegada contradição jurisprudencial, argumentando que (i), no caso do acórdão recorrido, a caução é definida como substitutiva da coima, o que significa que terá que ser prestada pelo mesmo valor da coima, enquanto no acórdão fundamento admite-se a possibilidade da caução ser prestada em



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

montante a fixar pelo tribunal, e que (ii) o acórdão recorrido reproduz integralmente os pressupostos do Acórdão n.º 674/2016, tendo sido já decidido, no Acórdão n.º 281/2017, que não há divergência com o acórdão fundamento, uma vez que ambos incidiram sobre diferentes dimensões normativas das disposições dos n.ºs 4 e 5 do artigo 84.º da Lei da Concorrência.

Porém, sem razão.

Não obstante depararmos com elementos de diversidade – que têm a ver apenas com a distinta singularidade do caso decidendo – é evidente que existe contradição na solução jurídica que é dada à questão jurídico-constitucional apreciada nos dois acórdãos. É certo que há diferenças entre as formulações que constam da parte decisória dos acórdãos em colisão: enquanto o acórdão fundamento faz referência aos n.ºs 4 e 5 do artigo 84.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, o acórdão recorrido apenas menciona o n.º 5; e enquanto o acórdão recorrido faz menção à «caução em substituição», o acórdão fundamento refere apenas a «caução», sem qualquer outra indicação. Mas essas diferenças não implicam sem mais a diversidade de questões jurídico-constitucionais, posto que se referem apenas a elementos que não afetam a *identidade* do problema resolvido em ambos acórdãos.

Com efeito, é irrelevante que o acórdão fundamento - Acórdão n.º 376/2016 - tenha feito referência ao n.º 4 do artigo 84.º e o acórdão recorrido – Acórdão n.º 445/2018 – não lhe faça menção, pois o enunciado da norma que foi julgada inconstitucional por este acórdão contém expressamente o segmento normativo enunciado em tal número: «a *impugnação judicial de decisões da Autoridade da Concorrência que apliquem coima tem, em regra, efeito devolutivo*». Ou seja, o enunciado da norma extraída do n.º 4, segunda a qual «o recurso tem efeito meramente devolutivo», apesar da diferente formulação linguística, não deixa de estar revelado em cada uma das normas que constituem o objeto material dos recursos em que foram proferidos aqueles acórdãos.

Também, por sua vez, é irrelevante que, para determinar a identidade da questão jurídica apreciada em ambos os acórdãos, num deles se mencione a «caução» como pressuposto do efeito suspensivo da impugnação e no outro se faça referência à «caução em substituição», a fórmula que legislador utiliza no n.º 5 do artigo 84.º. É verdade que a parte decisória do acórdão fundamento sindicava uma norma extraída desse preceito, enunciando a «caução» como um dos requisitos da suspensão da eficácia da decisão sancionatória de aplicação da coima, sem conter a formulação



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

legal «caução em substituição». Porém, o objeto do recurso em que foi proferido esse acórdão foi delimitado tendo em conta tal expressão: «o objeto do recurso de constitucionalidade restringe-se à norma extraída do artigo 84.º, n.ºs. 4 e 5, da Lei da Concorrência, segundo a qual a impugnação interposta de decisões da Autoridade da Concorrência que apliquem coima tem, em regra, efeito devolutivo, apenas lhe podendo ser atribuído efeito suspensivo quando a execução da decisão cause ao visado prejuízo considerável e este preste caução, em sua substituição, no prazo fixado pelo tribunal». Ora, foi justamente na delimitação do recurso que o Tribunal afastou do seu objeto a questão da possibilidade de o juiz valorar as circunstâncias concretas da prestação da caução, em particular a eventual insuficiência de recursos financeiros das empresas visadas para prestação da própria caução. Portanto, o segmento normativo do n.º 5 do artigo 84.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, que condiciona o efeito suspensivo do recurso à prestação de caução em substituição, quando interpretado no sentido de que o montante da caução é equivalente ao valor da coima, sem ponderação do caso concreto, não foi dimensão normativa autonomamente convocada no recurso. E daí a irrelevância de se ter omitido na parte decisória do acórdão fundamento a expressão «em sua substituição».

Porém, já não seria irrelevante, como elemento de diversidade das normas sindicadas, se essa dimensão normativa constituísse fundamento jurídico do juízo de inconstitucionalidade efetuado no acórdão recorrido. É o que entendem as recorridas quando referem que o acórdão recorrido, ao remeter *ipsis verbis* para o Acórdão n.º 674/2016, decidiu sobre a mesma norma que foi considerada nesse recurso, e por isso, tal como foi decidido no Acórdão 281/2017, não há oposição com o acórdão fundamento, uma vez que ambos incidiram sobre diferentes dimensões normativas das disposições dos n.ºs 4 e 5 do artigo 84.º da Lei da Concorrência.

É verdade que o Acórdão n.º 281/2017 – que decidiu um recurso destinado a uniformizar jurisprudência contraditória das secções, contida nos Acórdãos n.ºs 376/2016 e 674/2016 – julgou que «na sua substância, não existe coincidência entre a norma que prevê que a impugnação interposta de decisões da Autoridade da Concorrência que apliquem coima tem, em regra, efeito devolutivo, apenas lhe podendo ser atribuído efeito suspensivo quando a execução da decisão cause ao visado prejuízo considerável e este preste caução, e a norma que, atribuindo embora o mesmo efeito regra ao recurso (efeito devolutivo) e fazendo igualmente depender o efeito suspensivo da prestação de uma caução, o faz, todavia, independentemente da situação económica



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

do visado e definindo a caução como substitutiva da coima». Assim, o que foi determinante para se considerar que não se estava perante a «*mesma norma*» foi a relevância que o acórdão deu a um elemento do segmento decisório – “*independentemente da sua disponibilidade económica*” – que não está presente no acórdão fundamento. Foi a integração desse elemento na norma julgada inconstitucional que levou o Tribunal a concluir no Acórdão n.º 281/2017 que as soluções divergentes não incidem sobre a mesma norma.

Ora, apesar da remissão que o acórdão recorrido faz para a fundamentação do Acórdão n.º 674/2016, a questão da (in)exigibilidade de prestação de caução em face da insuficiência de meios económicos do visado não está prevista na norma que foi julgada inconstitucional. Assim sendo, se dúvidas havia acerca da identidade normativa da questão dirimida em termos antagónicos pelas Secções do Tribunal, as mesmas ficaram ultrapassadas com a omissão da tal exigência no dispositivo do acórdão recorrido. Tal omissão – repete-se, a omissão da referência à desconsideração da disponibilidade económica do visado para prestar a caução – implica a irrelevância dessa circunstância na determinação da identidade pressuposta na presente uniformização de jurisprudência. O Acórdão n.º 376/2016 excluiu expressamente do objeto de conhecimento do recurso a situação do interessado que não disponha de meios económicos para prestar a caução prevista no n.º 5 do artigo 84.º da Lei da Concorrência, por considerar que esta dimensão não teve aplicação no caso concreto. Como esta mesma dimensão normativa não foi integrada no julgamento efetuado pelo acórdão recorrido – Acórdão n.º 445/2018 –, conclui-se que há identidade entre as questões de inconstitucionalidade apreciadas em ambos os acórdãos, assim como contradição entre as decisões que neles foram tomadas.

A questão jurídico-constitucional – que há de encontrar a sua solução numa posição jurídica uniforme – que ambos acórdãos procuraram resolver versa sobre os “*efeitos do recurso*” das decisões sancionatórias da Autoridade da Concorrência que em processo de contraordenação apliquem coimas. A norma foi extraída dos n.ºs 4 e 5 do artigo 85.º da Lei da Concorrência, estatuidando o primeiro a regra geral do «efeito meramente devolutivo» da impugnação judicial de decisões sancionatórias de aplicação de coimas e prevendo o segundo uma exceção a essa regra, desde que verificadas as condições nele previstas. Foi essa norma, com o sentido objetivo



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

plasmado naqueles números, que foi recusada aplicar pelo tribunal *a quo* e que foi julgada não inconstitucional no acórdão fundamento e julgada inconstitucional no acórdão recorrido.

Nos recursos de fiscalização concreta em que foram tomadas tais decisões a norma que foi objeto de apreciação foi extraída daqueles preceitos com o mesmo sentido jurídico: imposição do efeito meramente devolutivo, com a faculdade de se requerer o efeito suspensivo, verificados os requisitos do «prejuízo considerável» e da «prestação de caução». À apreciação do Tribunal Constitucional não foram levadas particulares *interpretações judiciais* dessa norma, nomeadamente o sentido e alcance dos referidos requisitos de suspensão da eficácia da decisão que aplica a coima - se são de aplicação cumulativa, se excluem a ponderação do tribunal ou se admitem a fixação judicial dos termos da caução, em função da situação económica do visado. O acórdão recorrido reporta-se a uma situação em que o tribunal *a quo* se limitou a recusar aplicar por motivo de inconstitucionalidade «a norma plasmada no artigo 84.º n.º 5 do Regime Jurídico da Concorrência», sendo essa a norma que constitui o objeto material do recurso e não uma determinada interpretação normativa desse preceito que tenha sido usada como *ratio decidendi*.

Nada obsta, porém, que o Tribunal Constitucional, quando essencial ao julgamento da questão de constitucionalidade, interprete o direito infraconstitucional de modo diverso da interpretação efetuada pelas instâncias. Pois é suficiente observar que, em relação aos termos em que a caução pode ser prestada, o tribunal *a quo* admite que a “mesma venha a ser fixada em quantia inferior à condenação imposta pela autoridade administrativa”, enquanto o acórdão recorrido – pela remissão que faz para o Acórdão n.º 674/2016 – interpreta a norma no sentido da necessária correspondência entre o montante da caução e o montante da coima, “que não consente a devida ponderação circunstanciada do caso”.

11. A questão de inconstitucionalidade que foi julgada em *sentido divergente* no aresto sob recurso e no acórdão fundamento é substantivamente idêntica não só quanto à norma em apreciação como quanto aos parâmetros constitucionais com que foi confrontada: o princípio da presunção da inocência, estabelecido no n.º 2 do artigo 32.º da CRP; o direito de acesso aos tribunais e à proteção jurisdicional efetiva, garantido nos artigos 20.º e 268.º, n.º 4, da CRP; e o princípio da proporcionalidade, consagrado no artigo 18.º, n.º 2, da CRP.



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Porém, os acórdãos em oposição não atribuíram sentido diferente à norma extraída dos n.ºs 4 e 5 do artigo 84.º da Lei da Concorrência no juízo de conformidade que fazem como o princípio da presunção de inocência, enquanto parâmetro autónomo do controlo de constitucionalidade. Quanto este princípio, a fundamentação dos acórdãos não revela juízos de inconstitucionalidade materialmente inconciliáveis; pelo contrário, consideraram a norma questionada compatível com o princípio da presunção de inocência.

Com efeito, no Acórdão n.º 376/2016 refere-se o seguinte:

*«Finalmente, admitindo-se que o princípio da presunção de inocência não é uma conquista privativa do processo criminal, devendo estruturar todos os processos que possam culminar com a aplicação de sanções disciplinares ou contraordenacionais, com implicações diretas ao nível do ónus da prova e do princípio in dubio pro reo, não se afigura que ele possa valer para as decisões administrativas de aplicação de coimas com o mesmo sentido e alcance com que vale, por força do n.º 2 do artigo 32º da Constituição, para as sentenças judiciais de condenação proferidas em processo criminal.*

*(...).*

*Nesta perspetiva dual de análise, não é possível sustentar que as razões que impedem a aplicação das penas criminais antes do trânsito em julgado da condenação, assentes no reconhecimento da intensidade e expressividade com que interferem na esfera pessoal do arguido, sejam inteiramente transponíveis para o domínio contraordenacional, garantindo assim a aplicação da coima antes do trânsito em julgado da decisão judicial que julgue a impugnação interposta da decisão que a aplica».*

E no Acórdão n.º 445/18, por remissão para o Acórdão n.º 674/2016, argumenta-se que,

*«O problema de constitucionalidade colocado pela norma desaplicada pelo tribunal a quo não reside, todavia, na atribuição legal, per se, do efeito meramente devolutivo à impugnação judicial (o recurso) da decisão administrativa sancionatória. Estamos, com efeito, diante de normas que se limitam a estabelecer a disciplina, concretamente o efeito, do recurso da decisão sancionatória, em que a prestação da caução emerge como um ónus para o recorrente que pretenda obter o efeito suspensivo, e não a definição do regime de execução de uma medida antecipatória da sanção administrativamente imposta. A execução da coima é consequência prática do regime que impõe a prestação de caução, não constituindo, porém, o seu conteúdo normativo.*

*Neste domínio, o arguido continua a presumir-se inocente até se tornar definitiva a decisão judicial relativa à impugnação da sanção contra si proferida, pelo menos prima facie. De facto, incidindo a questão de constitucionalidade sobre a disciplina do efeito do recurso, mais concretamente sobre a imposição de um ónus (imposição de prestação de caução) como condição da atribuição de efeito suspensivo ao recurso de impugnação da decisão sancionatória, é sobre esse*



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

*ónus que deve incidir a avaliação de conformidade constitucional, nomeadamente da sua adequação, o que deverá ser feito à luz das exigências do princípio da proporcionalidade, tendo em conta o interesse público que presidiu à adoção de tal solução».*

Note-se, no entanto, que o acórdão recorrido não deixa de ter em conta o princípio da presunção de inocência no juízo de legitimidade constitucional que faz da norma quando confrontada com direito de acesso à via judicial (ponto 19). Nos mesmos termos que fez o Acórdão n.º 674/2016, deu-lhe relevo ao considerar que a norma impugnada «onerando excessivamente o direito de acesso a uma tutela judicial efetiva, praticamente esvazia de sentido a presunção de inocência atribuída ao arguido, o que constitui uma compressão excessiva das garantias de defesa previstas no artigo 32.º n.ºs 2 e 10, em articulação com o artigo 18.º, n.º 2 da Constituição».

De facto, é preciso ter presente que a determinação do parâmetro constitucional aplicável não pode deixar de estar correlacionada como o âmbito e modo de relevância da norma que suscita a questão de constitucionalidade. A norma contida nos n.ºs 4 e 5 do artigo 84.º da Lei da Concorrência – relativamente à qual se coloca o problema – descreve o tipo de efeitos que a *impugnação judicial* produz na decisão que aplica uma coima: por regra, *meramente devolutivo*, com possibilidade de ser requerido o *efeito suspensivo*, verificados determinados pressupostos. Ora, o contexto de realidade em que estes efeitos jurídicos se produzem evidencia sobretudo o propósito de regular a eficácia das decisões sancionadoras na pendência da impugnação judicial. Por isso, constituindo a impugnação da decisão administrativa um meio de acesso à jurisdição, o sentido jurídico que a norma assume está diretamente conexionado com a garantia da via judiciária e com o direito à tutela jurisdicional efetiva. Uma vertente essencial deste direito exige ou impõe, em certas situações, a suspensão dos atos impugnados, como medida cautelar capaz de neutralizar *pericula in mora* e impedir prejuízos significativos, perante a duração normal do processo (artigo 268.º, n.º 4, da CRP). É, pois, por referência a este parâmetro constitucional que se pode dizer que a mesma questão jurídico-constitucional obteve soluções opostas.

Assim, a questão fundamental que ambos os acórdãos pretenderam resolver prende-se sobretudo com a eventual restrição do direito à via judicial e à tutela jurisdicional efetiva, previsto nos artigos 20.º e 268.º, n.º 4, da CRP, tendo o Acórdão n.º 376/16 entendido que não ocorre uma



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

restrição relevante dessa garantia e o Acórdão n.º 445/18 considera que a solução legislativa constitui uma restrição desproporcional ao princípio da tutela jurisdicional efetiva.

### B. Do mérito do recurso.

12. A questão que se coloca no presente recurso é, pois, a da constitucionalidade da solução consagrada nos n.ºs 4 e 5 do artigo 84.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, de onde se extrai uma norma nos termos da qual a impugnação judicial da decisão aplicativa de coima proferida pela Autoridade da Concorrência em processo contraordenacional tem efeito meramente devolutivo, ressalvados os casos em que a execução da decisão cause «prejuízo considerável» ao impugnante e em que este preste «caução substitutiva» do pagamento imediato da coima, casos em que o efeito da impugnação judicial é suspensivo.

O teor dos preceitos que contêm a referida norma é o seguinte:

#### *Artigo 84.º*

#### *Recurso, tribunal competente e efeitos do recurso*

(...)

4 - O recurso tem efeito meramente devolutivo, exceto no que respeita a decisões que apliquem medidas de carácter estrutural determinadas nos termos do n.º 4 do artigo 29.º, cujo efeito é suspensivo.

5 - No caso de decisões que apliquem coimas ou outras sanções previstas na lei, o visado pode requerer, ao interpor o recurso, que o mesmo tenha efeito suspensivo quando a execução da decisão lhe cause prejuízo considerável e se ofereça para prestar caução em substituição, ficando a atribuição desse efeito condicionada à efetiva prestação de caução no prazo fixado pelo tribunal.

Importa, desde já, esclarecer que a forma de expressão da norma questionada no processo não corresponde rigorosamente ao enunciado da norma constante do n.º 4 desta disposição: enquanto aquela utiliza a expressão «efeito devolutivo», esta está formulada com a expressão «efeito meramente devolutivo». Este enunciado textual é normalmente utilizado nas leis processuais para definir o efeito que a interposição do recurso jurisdicional tem na eficácia da decisão judicial: os recursos ordinários têm sempre efeito devolutivo, no sentido de atribuírem ao tribunal superior o poder de rever a decisão recorrida; mas se forem *somente* ou *meramente* devolutivos, a esse efeito não acresce o efeito suspensivo. Diz-se assim que o recurso tem efeito meramente devolutivo quando a



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

decisão recorrida é *imediatamente executável*. Como o recurso não tem efeito suspensivo, a decisão pode executar-se com base numa decisão que ainda não transitou em julgado (artigo 647.º, n.º 1, do CPC).

Ora, não obstante a falta de correspondência entre as duas formulações, a norma propriamente dita que constitui objeto do presente recurso de fiscalização concreta, porque extraída do mesmo preceito, não pode deixar de ter o sentido correspondente ao enunciado que está formulado nesse preceito.

Afastando-se do *regime geral* das contraordenações, do qual resulta que o recurso de decisões administrativas condenatórias em processos contraordenacionais tem efeito suspensivo (alínea a) do n.º 1 do artigo 408.º do Código de Processo Penal *ex vi* artigo 41.º do RGCO), o legislador tem vindo a criar *regimes específicos* de contraordenações em que à impugnação judicial da sanção aplicada pela autoridade administrativa é atribuído o efeito meramente devolutivo, permitindo a *executibilidade imediata* da sanção antes do trânsito em julgado da decisão judicial que a confirme, altere ou revogue.

Efetivamente, para além da norma aqui questionada, relativa à *regulação da concorrência* (artigo 84.º, n.ºs 4 e 5, da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio), assim acontece em diversos regimes de regulação sectorial, como no *setor da saúde* (artigo 67.º, n.º 5, dos Estatutos da Entidade Reguladora da Saúde – ERS –, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 126/2014, de 22 de agosto), no *setor da energia* (artigo 46.º, n.ºs 4 e 5, do Regulamento Sancionatório do Setor Energético – RSSE –, aprovado pela Lei n.º 9/2013, de 28 de janeiro), no *setor financeiro*, (artigo 228.º-A do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras – RGICSF - aprovado pelo Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de dezembro, na redação introduzida pelo Decreto-Lei n.º 157/2014, de 24 de outubro), no *setor dos transportes* (artigo 43.º, n.º 4, dos Estatutos da Autoridade de Mobilidade e dos Transportes, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 78/2014, de 14 de maio), no *setor da comunicação social* (artigo 75.º, n.º 4, dos Estatutos da Entidade Reguladora da Comunicação Social, aprovados pela Lei n.º 53/2005, de 8 de novembro), e no *setor laboral e da segurança social* (artigo 35.º da Lei n.º 107/2009, de 14 de setembro, que aprovou o regime processual aplicável às contraordenações laborais e de segurança social).



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

13. A fixação dos efeitos da impugnação judicial da decisão que aplica uma coima tem subjacente um conflito de interesses contrapostos: o da Administração e o do acoimado. À Administração interessa que a execução da coima seja *célere e eficaz*, isto é, que se inicie o mais cedo e o mais rapidamente possível; ao arguido interessa que a execução da coima seja *justa*, isto é, que se inicie após o trânsito em julgado da impugnação judicial, para que haja segurança de que não se sacrifica indevidamente o seu património. Não há dúvida que o efeito meramente devolutivo da impugnação, ao possibilitar a execução imediata da coima, protege a *efetividade* do poder sancionatório da Administração e que o efeito suspensivo, ao esperar pelo trânsito em julgado da coima, protege os *interesses* do acoimado.

Assim, os regimes específicos de contraordenações que à impugnação judicial da coima aplicada pela autoridade administrativa associam o efeito não suspensivo aproximam-se do critério seguido na justiça administrativa quanto ao efeito das ações de impugnação de atos administrativos. De facto, ao atribuir o efeito meramente devolutivo à impugnação judicial das decisões sancionadoras proferidas em domínios específicos de regulação, o legislador pretendeu salvaguardar a *eficácia* da ação reguladora de determinadas atividades, sem prejudicar a possibilidade dos visados requerem a adoção de medidas cautelares de suspensão da eficácia do ato sancionador. A função do efeito meramente devolutivo é justamente permitir a execução imediata do ato sancionador por razões de interesse público. Entende-se que, em certas situações, o efeito suspensivo automático da decisão sancionadora tem consequências negativas sobre a eficácia e celeridade da atividade fiscalizadora e repressiva das entidades reguladoras. É óbvio que a não suspensão de uma sanção pecuniária não é absolutamente necessária para o funcionamento correto da Administração; mas outras razões, como a necessidade de prevenir comportamentos desviantes e de assegurar o valor da sanção pecuniária, prestam-se a justificar o efeito devolutivo.

É preciso ter presente que o efeito meramente devolutivo dos recursos relativos a decisões de aplicação de coimas é uma norma que se insere no âmbito da *regulação* da economia e de determinados setores económicos e sociais. Como refere Pedro Gonçalves, «uma das particularidades do *direito administrativo da regulação* consiste na atribuição às entidades reguladoras de fortes e drásticos poderes sobre os regulados», tendência essa que se apresenta mais visível «nos domínios da supervisão e da punição de infrações praticadas pelos regulados»; e a tendência para a



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

previsão de sanções de valor elevado, a aplicar por entidades que já dispõem de funções de regulação e de controlo, «conduz a considerar-se que o poder sancionatório tem a função de conferir e reforçar a efetividade dos poderes de regulação ativa»; podendo falar-se, neste contexto, «de uma *força dinâmica* das sanções e da sua compreensão como *instrumento de orientação*, ao serviço da política de regulação» (*Regulação, Eletricidade e Telecomunicações, Estudos de Direito Administrativo da Regulação*, Coimbra Editora, pág. 50 e 54).

É nesse sentido que se compreendem as disposições da Lei da Concorrência relativas aos recursos judiciais. Quer a previsão do efeito meramente devolutivo do recurso, quer a possibilidade de *reformatio in pejus* têm por objetivo desincentivar à apresentação de recursos judiciais injustificados, com propósitos meramente dilatórios, procurando reforçar a efetividade e celeridade da implementação das normas da concorrência. É o que se concluiu no Acórdão n.º 376/2016:

*«Antecipa-se, sem dificuldade, que o legislador, na modelação do regime de impugnação das decisões sancionatórias proferidas por tais entidades administrativas, tenha ponderado a necessidade de conferir maior eficácia aos respetivos poderes sancionatórios, de modo a garantir, no plano substantivo, uma maior proteção aos valores e bens tutelados nos específicos domínios normativos em que atuam. Atribuindo, em regra, efeito devolutivo ao recurso, e condicionando o efeito suspensivo à prestação de caução e à existência de «prejuízo considerável», procura-se minimizar os recursos judiciais infundados cujo objetivo seja protelar no tempo o pagamento da coima. Se conjugarmos a opção legal de atribuir à impugnação efeito meramente devolutivo, com o afastamento da regra da proibição da reformatio in pejus vigente no regime geral das contraordenações, que é solução também consagrada na Lei da Concorrência (artigo 88.º, n.º 1), maior evidência assume o propósito desincentivador subjacente à nova regulamentação legal sobre a matéria (concluindo pela não inconstitucionalidade de solução equivalente constante do artigo 416.º, n.º 8, do Código dos Valores Mobiliários, cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 373/2015).*

Objetivo que, desde logo, foi expresso na exposição de motivos da Proposta de Lei n.º 45/XII, que esteve na origem da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio. A reformulação do Regime Jurídico da Concorrência visou, além do mais, assegurar o cumprimento de medidas constantes do Programa de Assistência Económica e Financeira (PAEF), precisamente no sentido de «*reforçar a eficiência e aplicação das regras da concorrência*», de acordo com as linhas de orientação então definidas, entre elas, a de «*simplificar a lei e introduzir maior autonomia das regras sobre a aplicação de procedimentos de*



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

*concorrência relativamente às regras de procedimentos penais e administrativos» e a de «aumentar a equidade, a celeridade e a eficiência dos procedimentos de impugnação judicial de decisões da Autoridade da Concorrência».*

E com igual propósito, no ponto 6 do parecer da Autoridade da Concorrência sobre essa Proposta, refere-se à necessidade de introduzir *«incentivos que limitem a utilização do recurso como prática puramente dilatória, tais como a eliminação do efeito suspensivo do recurso em termos de coimas»*, como um instrumento de *«maior equidade e eficiência no sistema de recursos judiciais»*.

14. A questão da constitucionalidade do efeito meramente devolutivo da impugnação das decisões de aplicação de coimas foi apreciada pelo Tribunal Constitucional em recursos de fiscalização concreta que tiveram por objeto normas semelhantes extraídas de regimes contraordenacionais atinentes a entidades reguladoras.

Em relação ao *setor da saúde*, a norma que determinava que o recurso de impugnação das decisões finais condenatórias da ERS, que imponham uma coima, tem, por regra, efeito meramente devolutivo, ficando a atribuição de efeito suspensivo sujeita à prestação de caução e alegação de prejuízo considerável – constante do artigo 67.º, n.º 5, dos Estatutos da ERS, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 126/2014, de 22 de agosto –, após ter sido julgada inconstitucional pelos Acórdãos n.ºs 335/2018, 336/2018, 363/2018 e 394/2018, foi declarada inconstitucional, com força obrigatória geral, pelo Acórdão do Plenário n.º 74/2019, por violação da reserva de competência legislativa da Assembleia da República, constante do artigo 165.º, n.º 1, alíneas b) e d), em conjugação com o artigo 32.º, n.ºs 2 e 10, ambos da Constituição. Tratou-se, porém, de inconstitucionalidade orgânica derivada da compressão sem autorização parlamentar de direito fundamental de natureza dos direitos, liberdades e garantias e do regime geral do processo contraordenacional.

Quanto ao *setor da energia*, uma norma de semelhante sentido jurídico - extraída do artigo 46.º, n.ºs 4 e 5, do Regime Sancionatório do Setor Elétrico (RSSE) – foi julgada inconstitucional pelo Acórdão n.º 675/2016, da 1.ª Secção, e julgada não inconstitucional pelo Acórdão n.º 397/2017, da 3.ª Secção. A divergência entre os dois acórdãos foi resolvida pelo Acórdão do Plenário n.º 123/2018, que decidiu «não julgar inconstitucional a norma extraída dos n.ºs 4 e 5 do artigo 46.º do Regime Sancionatório do Setor Energético, aprovado pela Lei n.º 9/2013, de 28 de



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

janeiro, a qual determina que a impugnação judicial das decisões finais condenatórias aplicativas de coima da Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos em processo de contraordenação tem, por regra, efeito meramente devolutivo, ficando a atribuição de efeito suspensivo condicionada à prestação de caução substitutiva e à verificação de um prejuízo considerável, para a impugnante, decorrente da execução da decisão».

Por último, no que respeita ao *setor financeiro*, o Acórdão n.º 470/2018, aplicando a esse setor as considerações que o Acórdão n.º 123/2018 fez sobre norma idêntica do setor da energia, não julgou inconstitucional a norma extraída do artigo 228.º-A do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de dezembro, na redação introduzida pelo Decreto-Lei n.º 157/2014, de 24 de outubro, o qual determina que a impugnação de decisões proferidas pelo Banco de Portugal só tem efeito suspensivo se o recorrente prestar garantia, no prazo de 20 dias, no valor de metade da coima aplicada, salvo se demonstrar, em igual prazo, que não a pode prestar, no todo ou em parte, por insuficiência de meios.

15. O Acórdão n.º 123/2018 – que resolveu o conflito de jurisprudência gerado pelos Acórdãos n.ºs 675/2017 e 397/2017 – considerou aplicáveis ao caso da ERSE as considerações feitas no Acórdão n.º 376/2016, a propósito da Autoridade da Concorrência. Por sua vez, nesse recurso de uniformização de jurisprudência, o acórdão fundamento – Acórdão n.º 675/2017 – transpôs a fundamentação do Acórdão n.º 674/2016, relativo a uma decisão da Autoridade da Concorrência que em processo contraordenacional aplicou uma coima. Ora, tendo o acórdão recorrido neste processo – Acórdão n.º 445/18 – remetido para o Acórdão 674/2016, dir-se-á que a divergência com o Acórdão n.º 376/2016 está implicitamente solucionada pelo Acórdão do Plenário n.º 123/2018.

Não obstante a regulação da concorrência atingir a generalidade dos operadores económicos – regulação transversal –, nada obsta a que os fundamentos que justificam o juízo de não inconstitucionalidade da norma que impõe o efeito meramente devolutivo da impugnação de coimas aplicadas no setor da energia sejam aplicáveis a norma semelhante existente naquela regulação. É que, para além da regulação da concorrência também constituir uma forma de



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

intervenção pública na economia, como se pode ver nos respetivos regimes legais, os princípios orientadores das regulações sectoriais encontram-se, em larga medida, presentes no direito da concorrência.

Daí que os fundamentos que sustentam o Acórdão n.º 123/2018 sejam transponíveis para a resolução do conflito de jurisprudência pressuposto no presente recurso. Nesse acórdão, o Tribunal confrontou uma norma semelhante com os mesmos parâmetros constitucionais que a decisão recorrida invoca para sustentar a inconstitucionalidade da norma contida nos n.ºs 4 e 5 do artigo 84.º da Lei da Concorrência: o direito à tutela jurisdicional efetiva consagrado no artigo 20.º da Constituição, e concretizado, no âmbito da justiça administrativa, no artigo 268.º, n.º 4 da Constituição, entendido em articulação com o princípio da proporcionalidade implicado no artigo 18.º, n.º 2 e o princípio da presunção de inocência em processo contraordenacional, decorrente do artigo 32.º, n.ºs 2 e 10, da Constituição.

A esse propósito, escreve-se no Acórdão 123/2018:

*«9. A regra do efeito meramente devolutivo da impugnação judicial de decisões da ERSE aplicativas de coima — regra essa que constitui uma exceção ao Regime Geral das Contraordenações (artigo 408.º, n.º 1, alínea a), do Código de Processo Penal, aplicável ex vi do disposto no artigo 41.º, n.º 2, do RGCO, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de outubro) — baseia-se na natureza e nas atribuições das entidades reguladoras independentes, razão pela qual também é acolhida nos regimes homólogos respeitantes, por exemplo, à Autoridade da Concorrência, à Entidade Reguladora da Saúde e ao Banco de Portugal.*

*Como se escreveu, a esse propósito, no Acórdão n.º 376/2016:*

*«Embora esteja em causa questão de inconstitucionalidade incidente sobre um aspecto específico e parcelar, de natureza processual, do regime de impugnação judicial das decisões proferidas pela Autoridade da Concorrência, no exercício dos poderes sancionatórios que a lei lhe confere, a avaliação da constitucionalidade das normas do artigo 84.º, n.ºs 4 e 5, da Lei da Concorrência, não pode deixar de considerar outros aspetos de regime que se prendem, quer com a configuração orgânico-funcional da Autoridade da Concorrência, quer com o sistema de controlo judicial a que está globalmente sujeita a sua atuação.*

*A lei define a Autoridade da Concorrência como uma «pessoa coletiva de direito público, com a natureza de entidade administrativa independente, dotada de autonomia administrativa e financeira, de autonomia de gestão, de independência orgânica, funcional e técnica, e de património próprio», que «tem por missão assegurar a aplicação das regras de promoção e defesa da concorrência nos setores privado, público, cooperativo e social, no respeito pelo princípio da economia de mercado e de livre concorrência, tendo em vista o funcionamento eficiente dos mercados, a afetação ótima dos recursos e os interesses dos consumidores, nos termos previstos na*



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

lei e nos [seus] estatutos» (artigo 1.º, n.ºs 1 e 2, dos Estatutos da Autoridade da Concorrência, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 125/2014, de 18 de agosto).

Para o desempenho das suas atribuições, a Autoridade da Concorrência dispõe de «poderes sancionatórios, de supervisão e de regulamentação», competindo-lhe especificamente «[i]dentificar e investigar os comportamentos suscetíveis de infringir a legislação de concorrência nacional e da União Europeia, nomeadamente em matéria de práticas restritivas da concorrência e de controlo de operações de concentração de empresas, proceder à instrução e decidir sobre os respetivos processos, aplicando, se for caso disso, as sanções e demais medidas previstas na lei; [c]obrar as coimas estabelecidas na lei; e [a]dotar medidas cautelares, nos termos do regime jurídico da concorrência e de outras disposições legais aplicáveis» (artigo 6.º, n.ºs 1 e 2, dos Estatutos).

Por outro lado, a lei expressamente sujeita os representantes legais das empresas e outras entidades destinatárias da sua atividade à «obrigação de colaboração», que se traduz no dever de prestação de informações e entrega de documentos à Autoridade da Concorrência, sempre que esta o solicitar (artigos 15.º da Lei da Concorrência), tipificando como contraordenação punível com coima «[a] não prestação ou a prestação de informações falsas, inexatas ou incompletas, em resposta a pedido da Autoridade da Concorrência, no uso dos seus poderes sancionatórios» (artigo 68.º, alínea h), da Lei da Concorrência).

Avaliando, em contexto, a natureza e a origem das autoridades reguladoras independentes, a doutrina tem salientado a sua ligação aos fenómenos da liberalização do mercado em função de duas principais ordens de considerações. Por um lado, reconhece-se que a regulação tem uma lógica específica, que deve ser separada tanto quanto possível da lógica política, em especial a dos ciclos eleitorais, tornando-se necessário estabelecer adequada distância entre a política e o mercado, de modo a conferir-lhe a estabilidade, previsibilidade, imparcialidade e objetividade. Por outro lado, a abertura à concorrência de setores de atividade que antes se encontravam sujeitos à influência estatal trouxe consigo a necessidade de separar a regulação do funcionamento do mercado e a intervenção das entidades públicas enquanto sujeitos económicos.

É a atribuição de independência orgânica, traduzida na impossibilidade de destituição discricionária pelo Governo dos titulares dos órgãos diretivos das entidades reguladoras, e de independência funcional, que subtrai essas entidades ao poder de superintendência e tutela governamentais, que permite resolver essa dualidade do papel do Estado em relação a setores do mercado liberalizados (cfr. Fernanda Maçãs, «O controlo jurisdicional das autoridades administrativas independentes», in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 58, julho/agosto 2006, págs. 22-23).

É precisamente com base em tais características que se tem entendido que o surgimento das entidades reguladoras escapa aos cânones tradicionais de classificação da estrutura e funções do Estado, havendo quem lhes reconheça uma natureza «quase-jurisdicional» ou mesmo a expressão de uma espécie de «quarto poder», o que não pode deixar de ter algum reflexo nas clássicas estruturas normativas que tradicionalmente são chamadas a regular o exercício do poder sancionatório por parte da administração pública (cfr. Fernanda Maçãs, *ob. cit.*, e Alexandre de Albuquerque/Pedro de Albuquerque, «O controlo contencioso da atividade das entidades de regulação económica», em *Regulação e Concorrência*, Almedina, pág. 268).

(...)



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

*Antecipa-se, sem dificuldade, que o legislador, na modelação do regime de impugnação das decisões sancionatórias proferidas por tais entidades administrativas, tenha ponderado a necessidade de conferir maior eficácia aos respetivos poderes sancionatórios, de modo a garantir, no plano substantivo, uma maior proteção aos valores e bens tutelados nos específicos domínios normativos em que atuam. Atribuindo, em regra, efeito devolutivo ao recurso, e condicionando o efeito suspensivo à prestação de caução e à existência de «prejuízo considerável», procura-se minimizar os recursos judiciais infundados cujo objetivo seja protelar no tempo o pagamento da coima (...).*

10. As considerações feitas no Acórdão n.º 376/2016, a propósito da Autoridade da Concorrência, são plenamente aplicáveis ao caso da ERSE, como é reconhecido no Acórdão n.º 675/2016.

Nos termos dos seus Estatutos (aprovados em anexo ao Decreto-Lei n.º 97/2002, de 12 de abril, por sua vez alterado pelo Decreto-Lei n.º 200/2002, de 25 de setembro, revistos pelo Decreto-Lei n.º 212/2012, de 25 de setembro, e novamente alterados e republicados pelo Decreto-Lei n.º 84/2013 de 25 de junho), a ERSE é uma pessoa coletiva de direito público, com a natureza de entidade administrativa independente (artigo 1.º, n.º 1), investida da competências de regulação, regulamentação, supervisão, fiscalização e sancionatórias (artigo 1.º, n.º 2).

A ERSE tem por objeto a regulação dos setores da eletricidade e do gás natural, bem como da atividade de gestão de operações da rede de mobilidade elétrica, em conformidade com o disposto no regime de enquadramento das entidades reguladoras, na legislação setorial, nos seus Estatutos, e na regulamentação aplicável, ao nível nacional, da União Europeia e internacional (artigo 1.º, n.º 3), sendo independente no exercício das suas funções (artigo 2.º, n.º 2). A regulação da ERSE tem por finalidade promover a eficiência e a racionalidade das atividades dos setores regulados, em termos objetivos, transparentes, não discriminatórios e concorrenciais, através da sua contínua supervisão e acompanhamento, integrados nos objetivos do mercado interno e dos mercados ibéricos, da eletricidade e do gás natural (artigo 3.º, n.º 1).

(...)

11. É o intenso interesse público na eficácia da regulação dos mercados energéticos, decorrente da premência das necessidades que satisfazem, da expressão económica da atividade que neles se desenvolve e da importância estratégica da política que lhes diz respeito, que explica a preocupação do legislador em garantir a efetividade das coimas aplicadas pela ERSE. A regra do efeito meramente devolutivo da impugnação judicial, nos termos da qual esta não obsta à execução da sanção, tem por desideratos principais acautelar o cumprimento das sanções pelas entidades sancionadas e dissuadir o recurso aos tribunais com intuito dilatório.

Resta saber se o meio de que o legislador se serve — a regra do efeito meramente devolutivo da impugnação judicial de decisão sancionatória aplicativa de coima —, para prosseguir essas finalidades de interesse público, em si mesmas perfeitamente legítimas, é constitucionalmente censurável, designadamente por violar direitos fundamentais dos recorrentes ou garantias constitucionais do arguido em processo sancionatório. Na decisão recorrida, entende-se ser esse o caso, em virtude, quer do direito à tutela jurisdicional efetiva (artigos 20.º e 268.º, n.º 4, da Constituição), quer do princípio da presunção de inocência (artigos 32.º, n.º 2 e 10, da



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Constituição), em ambos os casos conjugados com o princípio da proibição do excesso (artigo 18.º, n.º 2, da Constituição).

12. Coloca-se, em primeiro lugar, a questão de saber se a solução legal sob escrutínio implica a compressão do direito à tutela jurisdicional efetiva, consagrado em termos gerais no artigo 20.º da Constituição, e concretizado, no âmbito da justiça administrativa, através do artigo 268.º, n.º 4. Para justificar o juízo de sentido positivo, escreveu-se no Acórdão n.º 675/2016:

«15. Como já acima ficou evidenciado, a norma em apreciação, resultante do artigo 84.º, n.º 4 e 5 da LdC, não nega o direito do arguido impugnar judicialmente a decisão administrativa contra si proferida. Limita-se a estabelecer como regra o efeito meramente devolutivo ao recurso, impondo determinadas condições para a atribuição do efeito suspensivo.

O princípio constitucional da tutela jurisdicional efetiva não impõe, porém, a regra do efeito suspensivo ao recurso, nem mesmo quando esteja em causa a impugnação contenciosa de atos administrativos (cfr. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, Coimbra Editora, 4.ª edição revista, pp. 417-418). A solução normativa encontrada insere-se, assim, na referida margem de que o legislador dispõe neste âmbito.

Isto não significa que não haja exigências constitucionais a respeitar.

No âmbito de um procedimento sancionatório, mais do que o direito ao recurso, estritamente compreendido, firma-se um efetivo direito de ação por parte do arguido contra um ato da administração pública. Ora, o direito de acesso ao direito e à tutela jurisdicional efetiva, consagrado constitucionalmente, pressupõe a garantia da via judiciária, que implica que sejam outorgados ao interessado os meios ou instrumentos processuais adequados para fazer valer em juízo, de forma efetiva, o seu direito. Uma das dimensões em que se concretiza a garantia da via judiciária é justamente o direito de acesso, sem constrangimentos substanciais, ao órgão jurisdicional para ver dirimido um litígio

A norma objeto do processo estabelece que só pode ser atribuído efeito suspensivo à impugnação de decisões que apliquem coima quando a sua execução cause “prejuízo considerável” ao visado e este preste caução. O ónus imposto ao recorrente pela norma sindicada reporta-se tão-somente ao efeito do recurso. No entanto, por sua causa, o recurso à via judicial para impugnar a decisão administrativa só consegue impedir a imediata execução da sanção administrativa visada pela impugnação, provado que seja o “prejuízo considerável” que a sua execução causa, mediante a prestação de uma caução que substitua o pagamento da coima. Desta forma, a norma condiciona o efeito útil imediato da impugnação a um ónus que, afinal, se concretiza no cumprimento de uma prestação que equivale ao cumprimento da coima. Daqui resulta que, de facto, antes de contestar judicialmente a sanção aplicada, o sancionado é, na prática, obrigado a cumpri-la. Note-se o elevado nível de oneração imposto: não só é necessário demonstrar que a execução da decisão sancionatória causa “prejuízo considerável” como, para além disso, é necessário prestar uma caução em sua substituição — tendo como consequência a concretização do referido prejuízo. A norma sindicada cria, na verdade, um obstáculo ao efetivo direito de tutela contra atos lesivos da administração pública que, por incidir sobre os efeitos da impugnação de uma medida sancionatória, se reflete negativamente na presunção de inocência garantida ao arguido.

Um tal regime implica, portanto, uma restrição do acesso à via judicial.



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

*Na verdade, a garantia de uma via judiciária de tutela efetiva implica não apenas que a impugnação judicial garanta ao arguido a possibilidade de ver reapreciados todos os fundamentos da decisão impugnada, mas também a possibilidade de evitar os seus efeitos.»*

*Como afirma o Tribunal nas passagens transcritas, a regra do efeito meramente devolutivo da impugnação judicial das decisões sancionatórias não constitui qualquer restrição direta ao direito de acesso à justiça. Entende-se, porém, que ela implica uma restrição oblíqua, na medida em que impõe um ónus significativo — a demonstração de prejuízo considerável e a prestação de caução substitutiva —, para a suspensão dos efeitos da decisão impugnada. Por outras palavras, a lei não interdita, mas condiciona, o acesso aos tribunais.*

*Ora, tal argumento não releva a distinção entre ónus de acesso à justiça para impugnar a validade de uma decisão sancionatória e ónus de suspensão da execução da decisão sancionatória impugnada. Uma coisa é a lei levantar obstáculos no acesso à justiça ou onerar o recurso à tutela jurisdicional; sendo da natureza do ónus a imposição de uma desvantagem ou um encargo como condição necessária da obtenção de uma vantagem ou de um benefício, um ónus de acesso ao direito importa que o sujeito sobre o qual impende tenha de incorrer num prejuízo — ou, pelo menos, preencher, por sua conta, determinada condição — para poder realizar o seu interesse em provocar a intervenção judicial. A taxa de justiça inicial é o paradigma de um ónus de acesso ao direito, nesse sentido rigoroso e próprio, porque implica que o recurso aos tribunais está condicionado ao pagamento de uma quantia pecuniária.*

*Coisa bem diversa é a lei, sem impor qualquer ónus especial para que o impugnante discuta em juízo a validade de uma decisão sancionatória, estabelecer um ónus para que essa impugnação tenha por efeito a suspensão da execução da sanção. Nesse caso, que é aquele a que diz respeito a solução legal sob escrutínio, não se onera o acesso aos tribunais para que estes apreciem a justiça da condenação proferida e da sanção aplicada no procedimento contraordenacional; o que se onera é a obtenção de uma vantagem normalmente associada à impugnação judicial das decisões sancionatórias da Administração no âmbito de procedimento contraordenacional, mas que com ela indubitavelmente se não confunde — a suspensão da execução da sanção. Que tal ónus não diz respeito ao acesso à justiça, apenas aos seus efeitos imediatos na decisão recorrida, é o que o demonstra o facto de ele não impor qualquer condição no recurso aos tribunais ou onerar a decisão propriamente dita de recorrer aos tribunais, mas apenas a realização do interesse — conexo, mas diverso, do interesse em aceder à justiça — de inibir a execução da sanção impugnada. Tanto é assim que se a decisão sancionatória não for impugnada, é certa a sua consolidação na ordem jurídica e conseqüente execução, pelo que não se pode afirmar que o efeito meramente devolutivo da impugnação judicial importe qualquer prejuízo adicional e específico para o impugnante, em matéria de acesso à justiça.*

*13. Nada no regime consagrado nos n.º 4 e 5 do artigo 46.º do RSSE restringe, pois, o direito à tutela jurisdicional efetiva, na vertente do direito de acesso aos tribunais.*

*Porém, pode ainda assim representar — como sublinha a decisão recorrida — uma ablação do mesmo direito na vertente da efetividade da tutela jurisdicional, ou seja, do direito a que a procedência da impugnação importe a reintegração, restauração ou reconstituição da situação juridicamente devida — a eliminação de todos os efeitos de facto da decisão inválida —, por oposição à mera vitória moral em juízo e ao efeito mitigador da tutela secundária ou por sucedâneo do lesado. Com efeito, a regra do efeito exclusivamente devolutivo da impugnação*



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

*judicial não compromete a efetividade da tutela jurisdicional apenas quando a procedência daquela permite a reversão integral dos efeitos da execução da sanção.*

*Tal como a lei a consagra, porém, a regra do efeito meramente devolutivo da impugnação judicial acautela, em princípio, o interesse do impugnante na efetividade da tutela jurisdicional.*

*Fá-lo por três formas principais.*

*Em primeiro lugar, limitando o âmbito de aplicação da regra do efeito meramente devolutivo da impugnação judicial às decisões sancionatórias aplicativas de coima; constituindo as coimas sanções exclusivamente pecuniárias, e sendo o dinheiro um bem radicalmente fungível, a reconstituição da situação devida pode ser, na generalidade dos casos, eficazmente assegurada através da restituição da quantia paga pela entidade sancionada. Situam-se fora do âmbito deste regime, nomeadamente, as sanções acessórias cominadas através das alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 35.º do RSSE, cujos efeitos já produzidos, no momento do trânsito em julgado de sentença absolutória, são irreversíveis.*

*Em segundo lugar, a lei estabelece que a ERSE deve, na determinação da medida da coima, atender, inter alia, à situação económica do visado no processo (artigo 32, n.º 1, alínea f) do RSSE), o que tenderá a evitar situações em que a execução da sanção cause prejuízos cuja reparação não se satisfaça com a eventual restituição da quantia paga.*

*Finalmente, a exceção à regra do efeito meramente devolutivo está prevista precisamente para os casos em que a execução da sanção cause à entidade sancionada prejuízo considerável, casos esses em que o pagamento imediato da coima obsta à efetividade da tutela jurisdicional que o visado procura assegurar através da impugnação da decisão sancionatória. E embora este esteja obrigado a prestar caução substitutiva, a função de garantia que esta deve preencher pode revestir formas diversas do depósito de dinheiro, nomeadamente títulos de crédito, garantias bancárias ou garantias reais (v. o artigo 623.º, n.º 1 e 3, do Código Civil).*

*A estes mecanismos de salvaguarda contemplados pelo RSSE, importa acrescentar a possibilidade residual de reparação de danos especiais e anormais da execução da sanção, através da cláusula geral da indemnização pelo sacrifício consagrada no artigo 16.º do Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas, aprovado pela Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro.*

*Por tudo isto, é de concluir que a solução consagrada n.º 4 e 5 do artigo 46.º do RSSE, não implica, em princípio, qualquer restrição do direito à efetividade da tutela jurisdicional.*

*14. Cabe agora confrontar tal regime com o princípio da presunção de inocência, consagrado nos artigos 32.º, n.º 2 e 10, da Constituição.*

*A primeira questão que, a tal propósito, se coloca, é a de saber se o direito do arguido a que seja presumido inocente até ao trânsito em julgado de sentença de condenação, consagrado no artigo 32.º, n.º 2, da Constituição, se estende, por força do disposto no n.º 10 do mesmo artigo, aos processos contraordenacionais, no sentido em que o visado deve ser presumido inocente até que a decisão condenatória da Administração se consolide na ordem jurídica ou, caso esta seja impugnada, até que transite em julgado sentença judicial que a confirme.*

*A essa questão não pode deixar de se dar uma resposta afirmativa. Como se escreveu, a esse respeito, no Acórdão n.º 674/2016:*

*«11. O princípio da presunção de inocência pertence àquela classe de princípios materiais do processo penal que, enquanto constitutivos do Estado de direito democrático, são extensíveis ao*



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

*direito sancionatório público. Sendo expressão do direito individual das garantias de defesa e de audiência, este princípio encontra, pois, aplicação também no processo contraordenacional, como decorre dos n.º 2 e 10 do artigo 32.º da Constituição.*

*Nestes termos, no processo contraordenacional, como em qualquer outro processo sancionatório, o arguido presume-se inocente até se tornar definitiva a decisão sancionatória contra si proferida, o que, neste caso, se consubstancia no momento em que a decisão administrativa se torne inatacável ou, no caso de impugnação, até ao trânsito em julgado da sentença judicial que dela conhecer.*

*O estatuto processual do arguido no processo contraordenacional, enformado pela garantia da presunção de inocência, permite, por exemplo – e para o que agora releva –, que o tratamento do arguido ao longo de todo o processo seja configurado sem perder de vista a possibilidade de verificação da sua inocência, não sendo de admitir, designadamente, que a autoridade administrativa considere o arguido culpado antes de formalizar o juízo sancionatório de forma necessariamente fundamentada.»*

*Firmada tal premissa, coloca-se agora a questão de saber se o regime consagrado nos n.º 4 e 5 do artigo 46.º do RSSE, constitui uma restrição do direito da entidade visada pelo procedimento contraordenacional a ser presumida inocente.*

*No Acórdão n.º 674/2016, entendeu-se não ser esse o caso, pelas seguintes razões:*

*«(...)*

*Ora, sendo assim, pelo regime delineado não se nega – antes é reconhecido – o direito do arguido impugnar a decisão sancionatória proferida pela autoridade administrativa e, com o exercício desse direito, continuar a beneficiar do estatuto de inocente. Simplesmente, a suspensão da decisão sancionatória fica dependente do cumprimento de uma garantia imposta pelo legislador.*

*É certo que o efeito meramente devolutivo recurso não impede a instauração de execução da coima fixada pela autoridade administrativa e implica, conseqüentemente, a possibilidade de penhora do seu património, consolidando no plano factual, e apesar da impugnação contenciosa, o eventual prejuízo do visado. A procedência do recurso, não evitará o prejuízo do recorrente nem assegurará a sua plena reparação.*

*O problema de constitucionalidade colocado pela norma desaplicada pelo tribunal a quo não reside, todavia, na atribuição legal, per se, do efeito meramente devolutivo à impugnação judicial (o recurso) da decisão administrativa sancionatória. Estamos, com efeito, diante de normas que se limitam a estabelecer a disciplina, concretamente o efeito, do recurso da decisão sancionatória, em que a prestação da caução emerge como um ónus para o recorrente que pretenda obter o efeito suspensivo, e não a definição do regime de execução de uma medida antecipatória da sanção administrativamente imposta. A execução da coima é consequência prática do regime que impõe a prestação de caução, não constituindo, porém, o seu conteúdo normativo.*

*Neste domínio, o arguido continua a presumir-se inocente até se tornar definitiva a decisão judicial relativa à impugnação da sanção contra si proferida, pelo menos prima facie. (...).»*

*Todavia, parece difícil negar que a (possibilidade de) execução imediata de uma sanção baseada em condenação administrativa com a qual o visado se não conforma, e que pretende discutir em juízo, atinge o direito à presunção de inocência. A extensão do princípio da presunção de inocência aos processos contraordenacionais implica que o arguido deve ser presumido inocente —*



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

o que significa, desde logo, que não deverá sofrer qualquer sanção punitiva —, até que se verifiquem umas de duas condições: a consolidação da condenação administrativa pelo facto da sua não impugnação dentro do prazo previsto na lei ou a confirmação da condenação administrativa no âmbito de recurso judicial interposto pelo arguido. A execução da sanção pressupõe a «culpa» do visado, a qual é inevitavelmente presumida sempre que a condenação encerre um juízo de responsabilidade que a ordem jurídica reputa provisório, ainda para mais quando seja proferido por uma entidade administrativa. Em suma, a solução legal permite que o arguido apenas provisoriamente condenado seja sujeito a tratamento idêntico ao do arguido cuja condenação é definitiva.

Está claro que, como também se afirma no Acórdão n.º 674/2016 — com base em jurisprudência constitucional pacífica —, a extensão das garantias em processo criminal ao domínio contraordenacional não obsta a que os interesses por elas protegidos sejam graduados em função da (menor) intensidade ablativa das sanções e na diferente ressonância social das infrações nesse domínio; e que, em virtude desse facto, se reconheça nesse âmbito uma margem alargada de conformação legislativa.

«10. A Constituição consagra o princípio da presunção da inocência no âmbito das garantias de defesa em processo criminal, estabelecendo, no n.º 2 do artigo 32.º, que «todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação (...)».

O Tribunal Constitucional tem afirmado reiteradamente que não existe um paralelismo automático entre os institutos e regimes próprios do processo penal e do processo contraordenacional, não sendo, por conseguinte, diretamente aplicáveis a este todos os princípios constitucionais próprios do processo criminal.

Como ainda recentemente se afirmou no Acórdão n.º 373/2015, no ponto 1 da Fundamentação, o «conteúdo das garantias processuais é diferenciado, consoante o domínio do direito punitivo em que se situe a sua aplicação. (...) no âmbito contraordenacional, atendendo à diferente natureza do ilícito de mera ordenação e à sua menor ressonância ética, em comparação com o ilícito criminal, é menor o peso do regime garantístico, pelo que as garantias constitucionais previstas para os ilícitos de natureza criminal não são necessariamente aplicáveis aos ilícitos contraordenacionais ou a outros ilícitos no âmbito de direito sancionatório (cfr., neste sentido, entre muitos outros, os acórdãos n.ºs 158/92, 50/99, 33/2002, 659/2006, 99/2009 e 135/2009)».

De outro lado, o Tribunal tem também sublinhado que a inexigibilidade de estrita equiparação entre processo contraordenacional e processo criminal não invalida «a necessidade de serem observados determinados princípios comuns que o legislador contraordenacional será chamado a concretizar dentro de um poder de conformação mais aberto do que aquele que lhe caberá em matérias de processo penal» (Acórdão n.º 469/97, ponto 5, retomado no Acórdão n.º 278/99, ponto II. 2.)».

A questão decisiva que cabe responder é se a compressão do direito à presunção de inocência que resulta do regime consagrado nos n.ºs 4 e 5 do artigo 46.º do RSSE, é um meio excessivo para atingir os fins que através dele se prosseguem, nomeadamente a garantia do cumprimento das sanções e a dissuasão do recurso aos tribunais com intuito dilatório, fins esses que, por seu lado, se reconduzem aos interesses públicos associados à regulação eficaz dos mercados energéticos. Em



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

suma, trata-se de saber se a solução adotada pelo legislador respeita os limites impostos pelo princípio da proibição do excesso (artigo 18.º, n.º 2, da Constituição).

15. O princípio da proibição do excesso incide sobre medidas legislativas não liminarmente interditas pela Constituição, e que prosseguem finalidades legítimas através de meios restritivos: finalidades legítimas, no sentido em que não são constitucionalmente proscritas; meios restritivos, porque implicam a ablação de direitos ou interesses fundamentais. É precisamente esse o caso do regime consagrado nos n.ºs 4 e 5 do artigo 46.º do RSSE, que se destina a promover fins de interesse público constitucionalmente legítimos, através de um meio lesivo do direito à presunção de inocência dos arguidos em processo contraordenacional.

Como reconhece, há muito, a jurisprudência constitucional (v., por todos, o Acórdão n.º 187/2001), o princípio da proibição do excesso analisa-se em três subprincípios: idoneidade, exigibilidade e proporcionalidade. O subprincípio da idoneidade determina que o meio restritivo escolhido pelo legislador não pode ser inadequado ou inepto para atingir a finalidade a que se destina; caso contrário, admitir-se-ia um sacrifício frívolo de valor constitucional. O subprincípio da exigibilidade determina que o meio escolhido pelo legislador não pode ser mais restritivo do que o indispensável para atingir a finalidade a que se destina; caso contrário, admitir-se-ia um sacrifício desnecessário de valor constitucional. Finalmente, o subprincípio da proporcionalidade determina que os fins alcançados pela medida devem, tudo visto e ponderado, justificar o emprego do meio restritivo; o contrário seria admitir soluções legislativas que importem um sacrifício líquido de valor constitucional.

É pacífica na jurisprudência constitucional, e não é sindicada pela decisão recorrida, a proposição de que a medida sob escrutínio é um meio idóneo à prossecução do interesse público na garantia do cumprimento das sanções e na dissuasão do recurso aos tribunais com intuito dilatório (v. os Acórdãos n.ºs 376/2016, 674/2016 e 675/2016). De resto, sempre que as finalidades de uma solução legal não sejam explicitadas pelo legislador — como é o caso —, sem que o intérprete deixe de as discernir através de um juízo de racionalidade instrumental, encontra-se, por regra, preenchido o requisito da idoneidade da medida. É o que revelam, no caso vertente, as seguintes palavras do Acórdão n.º 376/2016: «[a]ntecipa-se, sem dificuldade, que o legislador, na modelação do regime de impugnação das decisões sancionatórias proferidas por tais entidades administrativas, tenha ponderado a necessidade de conferir maior eficácia aos respetivos poderes sancionatórios...».

A controvérsia incide sobre a exigibilidade e a proporcionalidade da medida.

No Acórdão n.º 674/2016, conclui-se pela desnecessidade da regra do efeito meramente devolutivo da impugnação judicial da decisão sancionatória aplicativa de coima:

«[N]o caso, existem outras medidas que podem servir eficazmente de desincentivo ao recurso à impugnação judicial manifestamente infundada: desde logo, a consagração da *reformatio in pejus* (artigo 88.º, n.º 1, da LdC). Como salientado por José Lobo Moutinho, é «patente que essa admissão condiciona o exercício do direito ao recurso ou à impugnação, levando o arguido administrativamente condenado a ter medo de se prejudicar com o recurso ou impugnação e criando-lhe, assim, uma forte inibição que o levará a evitar os recursos» (“A *reformatio in pejus* no processo de contraordenações”, in Estudos dedicados ao Professor Doutor Nuno José



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

*Espinosa Gomes da Silva, vol. 1, Universidade Católica Editora, pp. 421-452, p. 437). (...).*

*Também a decisão recorrida considera a medida inexigível, argumentando, essencialmente, nos seguintes termos:*

*«[A] execução antecipada das sanções, assente em desideratos cautelares e sem uma aferição concreta de um fundado receio de incumprimento, podendo ser eficaz, é demasiado gravosa. Efetivamente, o legislador dispunha de meios menos gravosos para atingir as referidas finalidades cautelares, designadamente por via de medidas de garantia patrimonial, semelhantes à caução económica prevista no art. 227º, do CPP e que assentam num fundado receio casuisticamente aferido.»*

*Todavia, há argumentos que parecem impor a conclusão contrária.*

*Por um lado, a admissibilidade da reformatio in pejus, consagrada no n.º 1 do artigo 50.º do RSSE, não pode ser vista como uma alternativa igualmente eficaz e menos lesiva à regra do efeito meramente devolutivo da impugnação judicial: quer seja porque ela surge, no quadro legal, não como uma solução alternativa, mas como uma medida suplementar ou cumulativa, para dissuadir a impugnação judicial; quer seja porque ela não permite alcançar outro dos desideratos da medida sob escrutínio, a garantia do cumprimento da sanção; quer seja, finalmente, porque é tudo menos evidente que se trate de uma medida menos lesiva do que a regra do efeito meramente devolutivo — sendo certo, em todo o caso, que é uma medida cujo alcance restritivo é de natureza diversa, atingindo, sobretudo, o direito de acesso aos tribunais. Neste contexto, de incerteza sobre a função, a eficácia e a lesividade relativas das medidas sujeitas a comparação, cabe respeitar a liberdade do legislador de adotar a solução que entenda necessária.*

*Por outro lado, a solução alternativa proposta pelo Tribunal recorrido — o recurso a medidas de garantia patrimonial do cumprimento da sanção —, pese embora apta a prosseguir as finalidades cautelares ou de garantia da não suspensão da execução da sanção, não permite decerto alcançar, pelo menos com a eficácia pretendida pelo legislador, o objetivo fundamental de dissuadir o recurso aos tribunais com intuito dilatório. Nestes termos, é impossível concluir que a regra do efeito meramente devolutivo é inexigível.*

*Também parece ser de recusar a ideia, desenvolvida nos Acórdãos n.º 674/2016 e 675/2016, de que é dispensável às finalidades da medida a imposição da prestação de caução substitutiva como condição necessária da suspensão da execução da sanção. «[U]ma tal automaticidade — escreveu-se nesses arestos — não consente a devida ponderação circunstanciada do caso, designadamente para efeitos de avaliação da exigibilidade da prestação de uma caução de montante igual ao da coima para prevenção de eventuais perigos que se imponha acautelar e que podem encontrar mecanismo alternativo nas medidas provisórias.»*

*Ora, nem a caução, como se referiu anteriormente, tem de revestir a forma de depósito em dinheiro da quantia que o visado foi condenado a pagar a título de coima — pelo que, nesse aspeto, nada há, no entendimento deste Tribunal, de «automático» na solução legal —, nem a substituição da imposição de prestação efetiva de coima por um regime «casuístico» permite alcançar o principal desiderato da medida, que é a regulação sistémica dos incentivos de agentes económicos que operam em mercados cujo bom funcionamento é do mais intenso interesse público,*



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

não apenas no âmbito nacional, mas no da União Europeia. A este último propósito, refira-se o primeiro considerando da Diretiva 2009/72/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de julho de 2009, que estabelece regras comuns para o mercado interno da eletricidade:

«(...) [O] mercado interno da eletricidade, que tem sido progressivamente realizado na Comunidade desde 1999, visa proporcionar uma possibilidade real de escolha a todos os consumidores da União Europeia, sejam eles cidadãos ou empresas, criar novas oportunidades de negócio e intensificar o comércio transfronteiriço, de modo a assegurar ganhos de eficiência, preços competitivos e padrões de serviço mais elevados e a contribuir para a segurança do fornecimento e a sustentabilidade (...).»

O mesmo desiderato é afirmado, de modo substancialmente mais desenvolvido, na Comunicação da Comissão ao Conselho Europeu e ao Parlamento Europeu, de 10 de janeiro de 2007, intitulada «Uma política da Energia para a Europa», onde se lê o seguinte:

«(...) [A] União Europeia (UE) tem de enfrentar grandes desafios no domínio da energia, tanto em termos de sustentabilidade e de emissões de gases com efeito de estufa, como de segurança do abastecimento e da dependência das importações, ou ainda de competitividade e da realização efetiva do mercado interno da energia. A definição de uma política europeia da energia impõe-se como a resposta mais eficaz a estes desafios, denominadores comuns ao conjunto dos Estados-Membros. (...) A conceção de um mercado interno da energia, a nível comunitário, pretende proporcionar aos consumidores uma escolha real, a preços equitativos e concorrenciais. No entanto, tal como sublinhado na comunicação sobre as perspetivas do mercado interno da energia e no inquérito sobre a situação da concorrência nos setores do gás e da eletricidade, a persistência de vários obstáculos impede a economia e os consumidores europeus de beneficiarem plenamente das vantagens da abertura dos mercados do gás e da eletricidade. Por conseguinte, é fundamental assegurar um verdadeiro mercado interno da energia.» Sobre a construção de um mercado integrado e interconectado de energia, observa-se que tal mercado «depende principalmente das trocas transfronteiriças de energia. Ora, estas trocas revelam-se por vezes complicadas devido à disparidade das normas técnicas nacionais e de uma conceção não uniforme das redes. Por conseguinte, é necessário estabelecer uma regulamentação eficaz a nível comunitário. Tratar-se-á, nomeadamente, de harmonizar os poderes e a independência dos reguladores da energia, de reforçar a sua cooperação, de os obrigar a ter em conta o objetivo comunitário da realização do mercado interno da energia e de definir, a nível comunitário, os aspetos regulamentares e técnicos, assim como as normas de segurança comuns, necessárias às trocas transfronteiriças (...).»

De tudo isto decorre que também os pressupostos, sem dúvida exigentes, da suspensão da execução da decisão sancionatória, não se podem considerar, em termos gerais, inexigíveis ou desnecessários; traduzem, sim, a relevância atribuída pelo legislador ao regime-regra do efeito meramente devolutivo como um entre vários mecanismos regulatórios destinados a repor a confiança da comunidade na eficácia da regulação e na capacidade do regulador. De resto — como se afirmou no Acórdão n.º 376/2016 —, trata-se de «uma solução inspirada no regime previsto no artigo 278.º do [Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia], para os recursos interpostos no [Tribunal de Justiça da União Europeia], incluindo os recursos para a impugnação das decisões sancionatórias da Comissão Europeia.»



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

16. Resta determinar se a medida consagrada nos n.º 4 e 5 do artigo 46.º do RSSE, viola o subprincípio da proporcionalidade, por implicar um meio cujo efeito lesivo não é justificado, tudo visto e ponderado, pelos fins a que se destina.

A esta questão deve dar-se resposta negativa, também aqui em sentido divergente do decidido no Acórdão n.º 675/16. Na verdade, o sacrifício da presunção de inocência neste regime tem um desvalor constitucional moderado ou ligeiro, por múltiplas razões cumulativas:

(i) Como o Tribunal Constitucional tem afirmado reiteradamente (v., entre muitos outros, os Acórdãos n.º 158/92, 50/99, 33/2002, 659/2006, 99/2009 e 135/2009), as garantias de processo sancionatório — designadamente, o direito à presunção de inocência — não têm, no domínio contraordenacional, o mesmo peso axiológico que têm no âmbito criminal, em virtude do diferente alcance ablativo das sanções cominadas e da diferente ressonância social das infrações;

(ii) Tal peso é ainda diminuído pelo facto de, nos casos a que respeita a dimensão normativa aqui em causa, os visados não serem pessoas singulares, mas sociedades comerciais, sancionadas por factos praticados no âmbito de uma atividade desenvolvida em mercados densamente regulados, em virtude da premência das necessidades que satisfazem, da relevância económica da atividade que neles se desenvolve e da importância estratégica, no contexto nacional e europeu, da política que lhes diz respeito;

(iii) Embora as condenações e sanções sejam decididas por uma entidade administrativa, trata-se de uma entidade independente, tanto no plano orgânico (impossibilidade de destituição discricionária), como no plano funcional (subtração ao domínio da superintendência ou tutela), pelo que a probabilidade de que a justiça da sua decisão venha a ser secundada por um órgão jurisdicional é, relativamente às situações abrangidas pelo Regime Geral das Contraordenações, elevada (sobre a singularidade institucional das entidades administrativas independentes, v. o Acórdão n.º 376/2016);

(iv) A restrição do direito à presunção de inocência é mitigada pela exceção prevista para os casos em que a execução da sanção cause prejuízo considerável ao visado — a «válvula de escape do sistema», na expressão plástica do Acórdão n.º 376/2016 —, precisamente aqueles casos em que é mais significativa a lesão à presunção de inocência associada à regra do efeito meramente devolutivo da impugnação judicial; e

(v) Nada no regime obsta, como se afirmou anteriormente, a que a prestação da caução seja feita no montante e pela forma que o Tribunal entender adequados, tomadas em devida consideração as particularidades do caso, as circunstâncias do impugnante e a função de garantia da caução.

Ponderados os interesses públicos servidos pela medida e a compressão que implica do direito à presunção de inocência, não pode o Tribunal dar por demonstrada a violação do subprincípio da proporcionalidade. Impõe-se, pelo contrário, reconhecer que a solução legal sob escrutínio corresponde a uma ponderação razoável dos interesses pertinentes, cuja legitimidade se reconduz ao princípio democrático em que assenta a autoridade constitucional do legislador».

Como se deixa antever no Acórdão acabado de transcrever, as considerações feitas a propósito dos efeitos da impugnação das decisões sancionatórias da Entidade Reguladora dos



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Serviços Energéticos que aplicam coimas são plenamente aplicáveis à Autoridade da Concorrência, entidade independente com poderes de supervisão e sancionatórios, no âmbito da concorrência. Também neste caso é o intenso interesse público na eficácia das normas da concorrência que explica a preocupação do legislador em garantir a efetividade das coimas aplicadas pela Autoridade da Concorrência. É claro que cumpre esse objetivo a regra do efeito meramente devolutivo da impugnação judicial, nos termos da qual esta não obsta à execução da sanção, com a faculdade de se requerer o efeito suspensivo, verificados determinados pressupostos, ao acautelar o cumprimento das sanções pelas entidades sancionadas e dissuadir o recurso aos tribunais com intuito dilatatório.

Assim se reconhece no Acórdão n.º 376/2016: «Considerando a natureza de «interesse público ou coletivo» dos bens jurídicos que o Direito da Concorrência pretende salvaguardar, com relevo constitucional e no quadro da UE (artigos 81.º, alínea f), 99.º, n.º 1, alíneas a) e c), da Constituição, e artigos 3.º, n.º 3 do TFUE, não se afigura injustificado ou desrazoável a adoção, como regra geral, do efeito devolutivo da impugnação interposta das decisões da Autoridade da Concorrência que apliquem coimas. É uma medida normativa que garante maior eficácia às decisões sancionatórias, dissuadindo comportamentos processuais que, por infundados e dilatatórios, comprometem a defesa efetiva desses valores».

Em conclusão, o efeito consagrado nos n.º 5 do artigo 84.º da Lei da Concorrência não ofende os princípios da tutela jurisdicional efetiva e da presunção de inocência, em conjugação com o princípio da proibição do excesso.

### III – Decisão

Em face do exposto, decide-se:

a) Não julgar inconstitucional a norma do artigo 84.º, n.º 5, do Regime Jurídico da Concorrência, aprovado pela Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, a qual determina que a impugnação judicial de decisões da Autoridade da Concorrência que apliquem coima têm, em regra, efeito meramente devolutivo, apenas lhe podendo ser atribuído efeito



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

suspensivo quando a execução da decisão cause ao visado prejuízo considerável e este preste caução, em sua substituição;

b) Revogar o Acórdão n.º 445/2018 proferido nestes autos;

c) Julgar procedentes os recursos interpostos pelo Ministério Público e pela Autoridade da Concorrência.

Lisboa, 17 de Dezembro de 2019

*[Handwritten signature]*

*[Handwritten signature]*

*[Handwritten signature]*

*[Handwritten signature]*

*[Handwritten signature]*

*[Handwritten signature]*  
Mariana Carrotilho

*[Handwritten note:]* (penuda. votei o Acórdão 445/2018 e mantenho a pena que temo sustentada neste momento e que se preserve no âmbito do processo de recurso no Acórdão 723/2018)

*[Handwritten signature]* (unido, nos termos do Acórdão n.º 445/2018)





## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

**Processo n.º 1378/17**

### **Declaração de Voto**

Votei vencido. Isto pelas razões que tive a oportunidade de avançar na declaração de voto que juntei ao Acórdão n.º 123/2018. Razões que não veem afetada a sua pertinência pela circunstância de em causa estarem regimes sancionatórios distintos: ali da competência da Entidade Reguladora do Setor Energético, aqui da Autoridade da Concorrência. Uma diferença que em nada contende com a irrecusável identidade do objeto normativo cuja solvabilidade constitucional, num caso e noutro, se syndica.

Assim, e revertendo àquela formulação:

“1. Votei vencido porquanto, ao contrário da posição que fez vencimento, estou convencido da inconstitucionalidade material da norma emergente dos n.ºs 4 e 5 do artigo 46.º do Regime Sancionatório do Setor Energético (aprovado pela Lei n.º 9/2013, de 28 de janeiro). E segundo a qual a impugnação judicial da decisão de aplicação de coima proferida pela Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos (ERSE) tem, ressalvados casos excecionais – e satisfeito o ónus de prestação de caução –, efeito meramente devolutivo. Tenho, com efeito, como seguro que, para além de atentar contra o princípio da tutela jurisdicional efetiva, consagrado em termos gerais no artigo 20.º da Constituição da República, a norma em exame sacrifica de forma desproporcionada o princípio da presunção de inocência consagrado nos n.ºs 2 e 10 do artigo 32.º da Constituição.

Ater-me-ei, nesta declaração, às questões suscitadas em matéria de presunção de inocência. Tanto por razões de economia como, e sobretudo, por acreditar que as coisas podem equacionar-se a esta luz com a linearidade e a segurança bastantes para arrimar a minha compreensão dos problemas e o sentido do meu voto.

2. Não posso, a começar, deixar de acompanhar os dois enunciados normativos basilares sobre que assenta a posição que obtive vencimento e que foram erigidos em erigiu em premissa maior do silogismo judiciário. A saber:

1.º Também no processo contraordenacional vale – na dimensão essencial do seu programa de tutela – o princípio da presunção de inocência. «No sentido de que o visado deve ser presumido inocente até que a decisão condenatória da Administração se consolide na ordem jurídica ou, caso esta seja impugnada, até que transite em julgado sentença judicial que a confirma».



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2.º Que o regime em exame concretiza um sacrifício ou compressão da garantia constitucional da presunção de inocência. Na formulação do acórdão: «parece difícil negar que (a possibilidade de) execução imediata de uma sanção baseada em condenação administrativa com a qual o visado se não conforma, e que pretende discutir em juízo, atinge o direito à presunção de inocência».

É a partir daqui que os caminhos se separam. Não posso, na verdade, acompanhar o acórdão na parte em que, depois de afirmar e reconhecer a concretização do sacrifício, o leva à balança da ponderação, acabando por julgá-lo constitucionalmente justificado porque idóneo, necessário e proporcionado à prossecução e salvaguarda de outros (e conflituantes) valores e interesses constitucionalmente relevantes. Concretamente e acolhendo-me, de novo, à formulação do acórdão: «a garantia do cumprimento das sanções e a dissuasão do recurso aos tribunais com intuito dilatatório, fins esses que, por seu lado se reconduzem aos interesses públicos associados à regulação eficaz dos mercados energéticos».

3. Em primeiro lugar, não vejo como possam, fundada e pertinentemente, invocar-se aqui os valores ou interesses pertinentes à regulação dos mercados energéticos. Nas palavras do acórdão «a premência das necessidades que satisfazem (os mercados regulados), [d]a relevância económica da atividade que neles se desenvolve e [d]a importância estratégica, no contexto nacional e europeu, da política que lhes diz respeito». Não se contesta naturalmente a eminência e a dignidade dos interesses que se jogam nos mercados energéticos e que o Estado regulador subjetiviza, erigindo-os à categoria de valores supra-individuais ou coletivos. Só que tal eminência encontra a sua sede de relevância, no plano material-substantivo, na hora de proclamar a sua dignidade e, conseqüentemente, a exigência da sua tutela. E, por vias disso e reflexamente, assinalar o grau de danosidade ou intolerabilidade da sua lesão. Tudo a projetar-se no grau de ilicitude e de culpa que se entenda atribuir às ofensas tidas como merecedoras de resposta contrafáctica.

Mas que não devem ser convocadas em sede adjetiva-processual e, mais concretamente, em matéria de presunção de inocência. Onde, de resto e se bem vejo, só podem jogar em sentido contrário ao que é assumido no acórdão. Precisamente no sentido do reforço do alcance e consistência do direito à presunção de inocência. Isto na medida em que maior dignidade dos valores – a implicar uma maior intolerabilidade das manifestações de danosidade, maior ilicitude e culpa e mais drásticas respostas sancionatórias – postula como reverso um reforço das garantias processuais.

4. E agora os interesses ou valores de índole processual, a começar pelo propósito de contrariar o recurso aos tribunais com intuito dilatatório. Uma finalidade em relação à qual a solução legal me parece claramente inidónea, se não mesmo contraindicada. Na verdade, a mobilização do recurso, mesmo com efeitos meramente devolutivos, pode ser – e muitas vezes será – preferível à alternativa de deixar consolidar a decisão condenatória. E será tanto mais assim quanto o recurso for motivado por propósitos dilatatórios tendentes a pura dilação temporal, com vista nomeadamente à prescrição. Na verdade, a não atribuição de carácter suspensivo ao recurso significa, tão somente, que a entidade administrativa poderá, no imediato, executar a coima. Mas ainda que tal ocorra, o arguido ver-se-á reintegrado do correspondente montante no seu património na eventualidade de a responsabilidade contraordenacional vir ulteriormente a extinguir-se em resultado do decurso dos prazos prescricionais. Assim, o arguido que almeje, puramente, a prescrição manterá um equivalente interesse na impugnação judicial, independentemente de o recurso interposto ter efeito devolutivo ou suspensivo. A possibilidade que o mesmo tem de dilatar o procedimento apresenta-se, para tal efeito, idêntica, não



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

constituindo o efeito devolutivo um desencorajamento mínimo – contrariamente ao que sucede, por exemplo, com a consagração da *reformatio in pejus* – a tal atuação.

Não sendo comprovadamente idónea, a solução legal está outrossim longe de se revelar necessária ou exigível. Porque a ordem jurídica dispõe para o efeito de meios seguramente mais eficazes, como acontece paradigmaticamente com a admissão da *reformatio in pejus*, que o Regime Sancionatório dos Serviços Energéticos expressamente prevê e consagra.

Em definitivo, uma medida inidónea – próxima do inócuo – e desnecessária, que tem como reverso uma compressão ostensiva do direito à presunção de inocência. Que atinge no seu núcleo irredutível e essencial. Com todo o lastro de consequências e de efeitos negativos, particularmente ao nível do estigma e da comunicação com os outros, que nunca serão integralmente neutralizadas. Mesmo em caso de desfecho favorável do recurso judicial

5. É também em sede de necessidade/exigibilidade que me parece falecer o suporte constitucional para justificar a solução normativa, pensada para assegurar o efetivo pagamento das coimas. Logo à vista do universo dos destinatários privilegiados da norma: normalmente entes coletivos – por vezes mesmo entes coletivos de grande dimensão e robustez patrimonial – que não podem facilmente colocar-se fora do alcance dos procedimentos de execução e efetivação do pagamento.

Depois e sobretudo, porque o sistema dispõe de outros mecanismos que permitem obviar a tal risco sempre que o mesmo se manifeste em face das circunstâncias do caso. Na verdade, medidas cautelares como a caução económica figuram como meio igualmente idóneo para acautelar a satisfação da sanção e passíveis de serem mobilizadas numa dada situação. Com a indesmentível vantagem de a mesma figurar como meio claramente menos restritivo, porque associado às próprias vicissitudes do caso e, por conseguinte, a situações em que se verifique uma efetiva possibilidade de dissipação do património do arguido.”

Por continuar convencido do bem fundado destas razões, também aqui voto vencido.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

*Palácio Ratton*

Rua de "O Século", 111 - 1249-117 LISBOA  
Telef.: 213 233 600 - Fax: 213 233 610

Proc.º n.º 1378/17 - 1.ª Secção

Data: 18 - 12 - 15

- Registrado -

O/A Oficial de Justiça,



RF 4781 7020 3 PT



os correios

TAXA PAGA  
PORTUGAL  
CONTRATO 60681



19-12-2019  
*Adriana*