

ACÓRDÃO N.º 445/2018

Processo n.º 1378/17

1.ª Secção

Relator: Conselheiro Claudio Monteiro

Acordam na 1.ª Secção do Tribunal Constitucional

I – Relatório

1. Ministério Público e Autoridade da Concorrência vêm, ao abrigo da alínea a) do n.º 1 do artigo 70.º, da Lei n.º 28/82, de 15 de novembro, na sua atual versão (LTC), interpor recurso da decisão proferida, em 20 de outubro de 2017, pelo Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, na parte em que 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), por determinar que ao recurso das decisões proferidas pela Autoridade da Concorrência que apliquem coimas apenas pode ser atribuído efeito suspensivo quando a execução da decisão cause ao visado prejuízo considerável e este preste caução em sua substituição (cfr. fls. 8297 a 8305).

2. No seu requerimento de interposição de recurso o Ministério Público apresentou os seguintes fundamentos (cfr. fls. 8310):

«No âmbito dos autos de Recurso de Impugnação Judicial n.º 322/17.1YUSTR, o TCRS, proferiu duto despacho de admissão do recurso a 20/10/2017, em que aferindo do efeito a atribuir ao recurso de impugnação judicial interposto de decisão sancionatória da AdC, recusou a aplicação da norma constante do artigo 84.º/5 do Regime Jurídico da Concorrência, invocando inconstitucionalidade material da mesma norma por violação do disposto nos artigos 20.º/1, 268.º/4, 32.º/10, 18.º/2 e 2.º, todos da Constituição da República Portuguesa.

O MP foi notificado do referido duto despacho a 24 de outubro de 2017.

Assim, ao abrigo das disposições conjugadas dos artigos 69.º, 70.º / 1/a, 71.º, 72.º/3, 75.º e 75.º, todos da Lei n.º 28/82 de 15/11 (com última versão introduzida pela Lei n.º 11/2015 de 28/8), o MP vem interpor recurso, obrigatório, do duto despacho judicial de admissão do recurso de impugnação judicial, :te 20/10/2017, pelo qual o TCRS recusou a aplicação da norma do artigo 84.º/5 do Regime Jurídico da

Concorrência (Lei n.º 19/2012 de 8 de maio) por inconstitucionalidade material da mesma, para o Tribunal Constitucional, recurso, este, que deverá subir imediatamente, nos próprios autos e com efeito suspensivo.»

3. No seu requerimento de interposição de recurso a Autoridade da Concorrência apresentou os seguintes fundamentos (cfr. 8311 a 8315):

«Autoridade da Concorrência, recorrida, nos autos à margem identificados, notificada do Despacho de 20 de outubro de 2017 e não se conformando com o mesmo, na parte respeitante à desaplicação do n.º 5 do artigo 84.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio (adiante, "Lei n.º 19/2012" ou "Lei da Concorrência") por inconstitucionalidade material, vem interpor Recurso para o Tribunal Constitucional, nos termos da alínea a) do n.º 1 e do n.º 6 do artigo 280.º da Constituição da República Portuguesa (adiante, "CRP"), da alínea a) do n.º 1 do artigo 70.º e do n.º 1 do artigo 75.º-A da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional (adiante, "LTC").

Requer-se, assim, se digne, V. Exa. a admitir o requerimento de recurso com subida imediata e nos próprios autos, com efeito suspensivo do processo, nos termos do n.º 4 do artigo 78.º da L TC e do n.º 1 do artigo 76.º, seguindo-se os ulteriores termos.

Autoridade da Concorrência (adiante, "AdC"), Recorrida nos autos à margem identificados, não se conformando com o Despacho do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (adiante, "TCRS") na parte respeitante à desaplicação do n.º 5 do artigo 84.º da Lei n.º 19/2012 por inconstitucionalidade material, vem, muito respeitosa, interpor recurso de fiscalização concreta da constitucionalidade, o que faz nos termos e com os fundamentos seguintes:

I. DA RECORRIBILIDADE DA DECISÃO DO TCRS

1. Em 25 de outubro de 2017, a AdC foi notificada do Despacho do TCRS de 20 de outubro de 2017, que decidiu sobre a inconstitucionalidade dos n.ºs 4 e 5 do artigo 84.º da Lei da Concorrência suscitada nos recursos interpostos pelas Visadas A., SA, B., SA, C., SGPS, SA, D. SGPS, SA e E., S.A ..

2. O TCRS determinou a desaplicação da norma do n.º 5 do artigo 84.º da Lei da Concorrência que prevê o afastamento do efeito meramente devolutivo previsto no n.º 4 do mesmo preceito legal e a aplicação de efeito suspensivo ao recurso das decisões finais da AdC, mediante a prestação de caução, por entender que o mesmo está ferido de inconstitucionalidade material, por violação dos princípios constitucionais do acesso ao direito e aos tribunais, e à tutela jurisdicional efetiva, do direito de defesa da presunção de inocência e do princípio da proporcionalidade, em correlação de todas com a ideia de Estado de Direito Democrático.

3. No que respeita ao n.º 4 do artigo 84.º o TCRS entendeu que a previsão de efeito meramente devolutivo para os recursos das decisões da AdC (ou para qualquer outro recurso) não importa per se um juízo de inconstitucionalidade.

4. Contudo prescreve o juiz a quo que, o entendimento será diverso se tal efeito for imposto sem que se "conceda a possibilidade de prestar caução e sem que seja acautelada a situação da insuficiência de bens económicos".

5. A AdC não se conforma com o Despacho do TCRS, na parte, que determinou o seguinte:

" [o] Tribunal, em obediência ao mandato constitucional de administrar a justiça em nome do povo, recusa a aplicação da norma plasmada no artigo 84.º, n.º 5, do Regime Jurídico da Concorrência, com fundamento em inconstitucionalidade material, por violação dos artigos 20.º, n.º 1, 268.º, n.º 4, 32.º, n.º 10, 18.º, n.º 2 e 2.º, todos da Constituição da República Portuguesa".

6. Ora das decisões que tenham recusado aplicação de uma norma com fundamento na inconstitucionalidade, cabe recurso para o Tribunal Constitucional (adiante, "TC"), nos termos da alínea a) do n.º 1 e do n.º 6 do artigo 280.º da CRP, da alínea a) do n.º 1 do artigo 70.º e do n.º 1 do artigo 75.º- A da LTC.

7. O que a AdC vem, desde já, interpor na medida em que se discorda do juízo do TCRS quanto à fundamentação de inconstitucionalidade material da norma em causa, mormente, por violação 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, porquanto, a mesma não se verifica.

II. DA LEGITIMIDADE DA ADC

8. A AdC, tal como o Ministério Público (adiante, "MP", tem legitimidade para recorrer diretamente para o TC, das decisões que tenham recusado aplicação de uma norma com fundamento na inconstitucionalidade, nos termos da alínea a) do n.º 1 do artigo 70.º e da alínea b) do n.º 1 do artigo 72.º, ambos, LTC.

9. É verdade que o n.º 1 do artigo 89.º da Lei n.º 19/2012 determina que dos despachos do TCRS cabe recurso para o Tribunal da Relação de Lisboa (adiante, "TRL"), que decide em última instância; e, nos termos da alínea a) do n.º 2 do mesmo artigo, a AdC tem legitimidade (autónoma do MP) para recorrer.

10. Assim sendo, a AdC para cumprir os requisitos de admissão de um recurso de apreciação da (in)constitucionalidade da interpretação normativa ou das normas aplicadas num caso concreto, vertidas nas decisões judiciais, teria de esgotar as vias de recurso caso o mesmo fosse obrigatório - cf. n.º 5 do artigo 70.º, da LTC2.

11. Contudo, o recurso ordinário desta decisão do TCRS não é obrigatório. E, não havendo recurso subordinado ou de adesão, nos termos do n.º 4 do artigo 74.º da LTC, a AdC tem o ónus de interpor um recurso independente",

12. Outrossim o recurso interposto respeita unicamente à desaplicação do n.º 5 do artigo 84.º da Lei n.º 19/2012 com fundamento em inconstitucionalidade material - cf. alínea a) do n.º 1 do artigo 70.º e n.º 1 do artigo 71.º da LTC.

13. Acresce que a questão respeitante à inconstitucionalidade da norma tem relevância e é útil para o julgamento da questão principal, na medida em que está em causa a possibilidade de atribuição de efeito suspensivo, ou não, mediante a prestação de caução, do recurso de uma decisão final condenatória com coima, adotada pela AdC, nos termos da Lei da Concorrência.

14. Pelo exposto o recurso da AdC deve ser admitido, por ter sido interposto em tempo, por quem tem legitimidade e respeitar à desaplicação de uma norma com fundamento na sua inconstitucionalidade, sob pena de o mesmo ficar sem efeito útil - cf. artigo 78.º-A, a contrario, da LTC.»

4. Os recursos foram admitidos por despacho proferido pelo Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, em 13 de novembro de 2017 (cfr. fls. 8316).

5. Em 11 de dezembro de 2017, as partes foram notificadas para apresentar as suas alegações (cfr. fls. 8323).

6. O Recorrente Ministério Público apresentou, em síntese, as seguintes alegações (cfr. fls. 8325 a 8355):

2.1. A questão de constitucionalidade que constitui objecto do recurso já foi apreciada pelo Tribunal Constitucional pelo Acórdão n.º 376/2016, que 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.

2.2. Naquele processo, o Ministério Público sustentou a não inconstitucionalidade, tendo apresentado as alegações que, seguidamente e na parte pertinente, transcrevemos:

“(…)

III

Conclusões

1ª. O presente recurso do Ministério Público vem interposto do despacho do 1º Juízo do Tribunal de Concorrência, Regulação e Supervisão, de 2 de Outubro de 2015, proferido no Proc. 273/15.4YUSTR, na parte em que «recusa a aplicação conjugada das normas plasmadas no artigo 84.º, n.º 4 e 5, do Regime Jurídico da Concorrência (Lei n.º 19/2012, de 8 de maio) com fundamento em inconstitucionalidade material, por violação dos artigos 20.º, n.º 1, 268.º, n.º 4, 32.º, n.º 10 e 2.º, todos da Constituição da República Portuguesa», atribuindo efeito suspensivo, sem determinar a prestação de caução, ao recurso da decisão final sancionatória da Autoridade da Concorrência.

2ª. A atribuição, como regra, de efeito meramente devolutivo ao recurso de decisões sancionatórias proferidas pela Autoridade de Concorrência em processos contraordenacionais vai ao arrepio do regime geral nos domínios contraordenacional e penal, mas encontra paralelismo no regime de recursos das decisões de outras entidades administrativas independentes e, na administração direta do Estado, de recursos das sentenças, em matéria de coimas aplicadas pela Administração Tributária e Aduaneira.

3ª. O anterior Regime Jurídico da Concorrência, constante da Lei 18/2003, de 11 de Junho (revogada pela Lei 19/2012, cit.) dispunha, ao invés, no nº 1 do art. 50º: «Das decisões proferidas pela autoridade que determinem a aplicação de coimas ou de outras sanções previstas na lei cabe recurso para o tribunal da concorrência, regulação e supervisão, com efeito suspensivo».

4ª. A Exposição de Motivos da Proposta de Lei 45/XII, que está na base da Lei 19/2012, dimensiona a instituição do novo regime, nos seguintes termos: «Esta reformulação completa do Regime Jurídico da Concorrência é, por conseguinte, oportuna, necessária e adequada por quatro razões: Em primeiro lugar porque faz parte do programa do atual Governo, em segundo lugar, porque visa cumprir medidas constantes do Programa de Assistência Económica e Financeira (PAEF), em terceiro lugar, porque responde à evolução entretanto verificada na legislação e jurisprudência da União Europeia em matérias de promoção e defesa da concorrência e, por último, porque reflete a experiência e o balanço da atividade desenvolvida no domínio da defesa e promoção da concorrência, por parte da Autoridade da Concorrência e dos Tribunais de recurso competentes».

5ª. Do Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades de Política Económica, para que remetem os passos transcritos da Exposição de Motivos da Proposta de Lei 45/XII, constava, designadamente, do ponto 7.20: «Propor uma revisão da Lei da Concorrência, tornando-a o mais autónoma possível do Direito Administrativo e do Código do Processo Penal e mais harmonizada com o enquadramento legal da concorrência da UE, em particular»; «Simplificar a lei, separando claramente as regras sobre a aplicação de procedimentos de concorrência das regras de procedimentos penais, no sentido

de assegurar a aplicação efectiva da Lei da Concorrência» e «Avaliar o processo de recurso e ajustá-lo onde necessário para aumentar a equidade e a eficiência em termos das regras vigentes e da adequação dos procedimentos».

6ª. À luz dos trabalhos preparatórios publicitados da Lei 19/2012, a operada alteração do regime dos recursos, em desvio ao sistema geral em matéria contraordenacional e penal, vem, pois, genericamente enquadrada no propósito expresso de «aumentar a equidade, a celeridade e a eficiência dos procedimentos de recurso judicial de decisões da Autoridade da Concorrência», com separação clara das regras processuais penais e «harmonizada com o enquadramento legal da concorrência da UE».

7ª. Assim, o art. 88º, nº 1 da Lei 19/2012, com similar redação à do art. 31º do Regulamento do (CE) 1/2003 do Conselho, de 16 de Dezembro de 2002, elimina a proibição da *reformatio in pejus*. E a ausência de efeito suspensivo, agora constante do nº 4 do art. 84º da mesma lei, caracteriza o recurso das decisões da Comissão, incluídas as de aplicação de coimas, podendo todavia o Tribunal atribuí-lo, «se considerar que as circunstâncias o exigem», nos termos do art. 278º do TFUE.

8ª. É sobre o novo regime do recurso, tal como passou a constar do nº 5 do art. 84º da Lei 19/2012 (tendo, conexamente, como pano de fundo, o disposto no nº 4 do mesmo artigo), que incide o juízo de inconstitucionalidade contido na decisão recorrida.

9ª. Tal juízo, acompanhando o Acórdão do STA, de 15 de Maio de 2013, Proc. 665/13, afasta como seu fundamento a violação do princípio da presunção de inocência (art. 32º, nº 2 da Constituição), invocada pela sociedade arguida.

10ª. O juízo de inconstitucionalidade é aferido, também através de remissão para o citado Acórdão do STA, com referência ao «acesso ao direito e tutela jurisdicional efetiva (conferir artigo 20.º, nº 1 e artigo 268.º, nº 4, ambos da Constituição da República Portuguesa), com óbvias repercussões — acrescentamos — nas garantias do processo contraordenacional (conferir artigo 32.º, nº 10, da Constituição da República Portuguesa) e do Estado de direito democrático (artigo 2.º, da Constituição da República Portuguesa)».

11ª. Interessa, em um primeiro passo, validar o segmento da decisão recorrida acerca da não violação do princípio de presunção de inocência, que fora processualmente invocada pela sociedade arguida — invocação essa, aliás, noticiada já durante a fase pública de ampla discussão da proposta de lei e ulteriormente retomada, em diversos comentários acerca do Novo Regime Jurídico da Concorrência.

12ª. Sabendo-se, embora, que não é fácil determinar o sentido da presunção de inocência do arguido (nº 2 do art. 32º da Constituição), e tendo o princípio como aplicável ao processo contraordenacional, a par dos direitos de audiência e defesa (nº 10 do mesmo artigo), também enquanto simples irradiação para esse domínio sancionatório de requisitos constitutivos do Estado de direito democrático, não se mostra ele confrontado na questão de constitucionalidade da norma contida no nº 5 do art. 84º da Lei 19/2012, nem nesta pode de algum modo aí ver-se presumido o cometimento da infração.

13ª. Como se observa no citado Acórdão do STA, de 15 de Maio de 2013, no caso paralelo da norma contida no art. 84º do RGIT — havendo, relativamente a esse, uma diferença de grau no que respeita à possibilidade da prestação de garantia para evitar a excoercibilidade da decisão de aplicação de coima pela Autoridade da Concorrência —, «a prestação de garantia emerge como um ónus para o recorrente que pretenda obter o efeito suspensivo do recurso, que leva a questão da eventual desconformidade do preceito a transferir-se para um juízo sobre a avaliação da adequação de tal ónus, à luz das exigências do princípio da proporcionalidade, tendo em conta o interesse público que presidiu à adopção de tal solução».

14ª. É, pois, no âmbito do direito de acesso aos tribunais e à tutela jurisdicional efetiva (arts. 20º, nº 1 e 268º, nº 4 da Constituição), tal como afirmado na decisão recorrida, que a presente questão de constitucionalidade haverá de ser aferida.

15ª. A decisão recorrida, ao recusar a aplicação por inconstitucionalidade das normas contidas no nºs. 4 e 5 do art. 84.º da Lei 19/2012, convoca ainda, cumulativamente, os arts. 2º e 32º, nº 10 da Constituição.

16ª. A convocação dos citados arts. 2º e 32º, nº 10 da Constituição conforma-se, na economia da decisão recorrida, como mero corolário da proposição anteriormente estabelecida, quanto ao direito a recorrer, ao direito de impugnação judicial da decisão administrativa sancionatória.

17ª. Importa apenas acentuar que, nos termos da primeira parte do nº 1 do art. 88º da Lei 19/2012, o Tribunal «conhece com plena jurisdição dos recursos interpostos das decisões em que tenha sido fixada pela Autoridade da Concorrência uma coima ou uma sanção pecuniária compulsória».

18ª. Coloca-se, deste modo, a questão de saber se o novo regime do recurso, tal como passou a constar do nº 5 do art. 84º da Lei 19/2012 (tendo, conexamente, como pano de fundo, o disposto no nº 4 do mesmo artigo), importa violação do direito de acesso aos tribunais e à tutela jurisdicional efetiva (arts. 20º, nº 1 e 268º, nº 4 da Constituição), tal como afirmado na decisão recorrida.

19ª. Tendo-se presente que a abertura da impugnação judicial não se conforma, no caso, a um recurso de mera legalidade ou de cassação, mas de plena jurisdição (conclusão 17ª), deve assinalar-se, em contraponto, e à luz da jurisprudência constitucional, a ampla margem de modelação do regime por parte do legislador ordinário.

20ª. A norma contida no nº 5 do art. 84º da Lei 19/2012 (tendo sempre, conexamente, como pano de fundo, o disposto no nº 4 do mesmo artigo) veicula uma verdadeira alternativa: diferentemente da exigência de pagamento, faculta-se ao visado a obtenção de efeito suspensivo do recurso sem efetiva ablação do seu património, mediante a prestação de uma garantia de boa cobrança futura.

21ª. Tal faculdade é concedida ao visado sempre que a «execução da decisão lhe cause prejuízo considerável». Já aquando da execução de decisões que apliquem medidas de carácter estrutural – nela indo implícita a verificação de prejuízo considerável – o recurso interposto tem efeito suspensivo, nos termos excecionados na segunda parte do nº 4 do mesmo artigo.

22ª. Inexiste impedimento, mas balizada restrição, ao exercício do direito de impugnação por parte do visado: pretendendo este, com a impugnação, a destruição da imediata executividade do ato – vingando entre nós um sistema de administração executiva, com o reconhecimento da primazia do interesse público sobre o interesse privado –, fica condicionado à verificação de determinado requisito (causar-lhe a execução da decisão prejuízo considerável) e ao cumprimento de um ónus (prestação de caução).

23ª. A observada conformação do regime da impugnação radica no propósito expresso de «aumentar a equidade, a celeridade e a eficiência dos procedimentos de recurso judicial de decisões da Autoridade da Concorrência», com separação clara das regras processuais penais e «harmonizada com o enquadramento legal da concorrência da UE». (conclusão 6ª).

24ª. Objetiva a incumbência prioritária do Estado de «Assegurar o funcionamento eficiente dos mercados, de modo a garantir a equilibrada concorrência entre as empresas, a contrariar as formas de organização monopolistas e a reprimir os abusos de posição dominante e outras práticas lesivas do interesse geral» e, no âmbito da sua política comercial, de garantir «A concorrência salutar dos agentes mercantis» [Constituição, arts. 81º, alínea f) e 99º, alínea a)].

25ª. À Autoridade de Concorrência, entidade administrativa independente (arts. 267º, nº 3 da Constituição e 1º, nº 1 dos Estatutos anexos ao DL 125/2014, de 18 de Agosto), cabe, precisamente, «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» (art. 1º, nº 3 dos Estatutos).

26ª. Os poderes sancionatórios da Autoridade de Concorrência devem ser exercidos «sempre que as razões de interesse público na perseguição e punição de violações de normas de defesa da concorrência determinem a abertura de processo de contraordenação no caso concreto, tendo em conta, em particular, as prioridades da política de concorrência e os elementos de facto e de direito que lhe sejam apresentados, bem como a gravidade da eventual infração, a probabilidade de poder provar a sua existência e a extensão

das diligências de investigação necessárias para desempenhar, nas melhores condições, a missão de vigilância do respeito pelos artigos 9.º, 11.º e 12.º da presente lei e pelos artigos 101.º e 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia» (art. 7º, nº 2 da Lei 19/2012, de 8 de Maio; cf., igualmente, art. 6º, nº 2 dos Estatutos).

27ª. Presente a margem de liberdade de conformação por parte do legislador ordinário em matéria de impugnação de atos administrativos, o descrito balanceamento em causa entre os valores da tutela da posição jurídica do visado e o valor da realização de determinada incumbência prioritária do Estado, constitucionalmente exigida e prosseguida por entidade administrativa independente, não sendo impeditivo, não se mostra desrazoavelmente obstaculizador ao mais amplo exercício do direito de impugnação.

28ª. Deverá, igualmente quanto ao regime estabelecido nos nºs 4 e 5 do art. 84º da Lei 19/2012, considerar-se que, «enquanto medida necessária e adequada a garantir a tutela de bens jurídicos com dignidade constitucional (...), bem como a celeridade e eficiência da reação sancionatória no caso de lesão desses bens jurídicos tutelados, não poderá ser entendido como uma restrição desproporcional ao direito de impugnação judicial da decisão administrativa sancionatória, à luz dos critérios previstos no artigo 18.º, n.º 2, da Constituição» (Ac. TC 373/15).

29ª. Não constitui objeto do presente recurso confrontar abstratamente, em termos de constitucionalidade, com referência a diversas situações hipotéticas, as normas contidas nos nºs 4 e 5 do art. 84º da Lei 19/2012, não as limitando, na sua aplicação, ao caso concreto discutido no processo [Constituição, art. 280º, nºs. 1, alínea a) e 6; LOFPTC, arts. 70º, nº 1, alínea a), 71º, nº 1 e 79º-C].

30ª. A norma constante do nº 5 do art. 84º da Lei 19/2012, na sua aplicação limitada ao caso dos autos, não abrange a questão da (in)exigibilidade de prestação de caução, em vista da insuficiência de meios do visado.

31ª. A questão, com efeito, não se coloca no processo: a sociedade visada, com o pedido de atribuição de efeito suspensivo ao recurso, ofereceu-se para prestar a caução devida.

32ª. Não cabe, pois, no âmbito deste recurso, sindicarmos a questão de constitucionalidade do nº 5 do art. 84º da Lei 19/2012 nessa outra hipotética dimensão normativa, dimensão que o processo não comporta.

33ª. As normas contidas nos nºs 4 e 5 do art. 84º da Lei 19/2012, enquanto interpretadas e aplicadas ao presente processo, não sofrem, deste modo, de inconstitucionalidade, designadamente por violação dos artigos 20.º, nº 1, 268.º, nº 4, 32.º, nº 10 e 2.º, todos da Constituição.

Termos em que o douto despacho recorrido deverá ser reformulado, tendo em conta o juízo que vier a ser proferido quanto à questão de constitucionalidade, nos termos ora propugnados, para tanto concedendo-se provimento ao recurso.”

2.3. Posteriormente, pelo Acórdão nº 674/2016, uma dimensão que o Tribunal Constitucional considerou não ser absolutamente coincidente com a apreciada pelo Acórdão nº 376/2016 (Acórdão nº 281/2017), foi julgada inconstitucional.

Efectivamente, aquele Acórdão nº 674/2016, julgou 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 nºs 4 e 5 do artigo 84.º da Lei nº 19/2012, de 8 de maio.

2.4. 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 e 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, recurso que foi admitido e no qual foram apresentadas alegações.

2.5. O Ministério Público, sempre que se pronunciou, tem sustentado a não inconstitucionalidade material daquelas normas.

Assim, nada tendo a acrescentar ao que sobre a matéria foi dito nos Acórdãos que proferiram juízos negativos de inconstitucionalidade (Acórdãos n.ºs 376/2016 e 397/2017), bem como nas declarações de voto apresentadas nos Acórdãos n.ºs 674/2016 e 675/2016, remetemos para essa fundamentação.

3. Conclusão

Em face do exposto conclui-se:

1.º - A norma do artigo 84.º, n.º 5, do Regime Jurídico da Concorrência (Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio), enquanto determina que ao recurso das decisões proferidas pela Autoridade da Concorrência que apliquem coimas apenas pode ser atribuído efeito suspensivo, quando a execução da decisão cause ao visado prejuízo considerável e este preste caução em sua substituição, não viola os artigos 20.º, n.º 1, 268.º, n.º 4, 32.º, n.º 10, 18.º, n.º 2 e 2.º, todos da Constituição, não sendo, por isso, inconstitucional.»

7. O Recorrente Autoridade da Concorrência apresentou as suas alegações, tendo concluído nos seguintes termos (cfr. fls. 8366 a 8379):

«III. CONCLUSÕES

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 carácter 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 carácter 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).

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 P 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).

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.

Nestes termos e nos melhores de direito que Vossas Exas. doutamente suprirão deve ser julgado procedente o recurso da AdC e não declarada a inconstitucionalidade material do n.º 5 do artigo 84.º da Lei da Concorrência, e, conseqüentemente, a decisão do TCRS deve ser substituída por este juízo de constitucionalidade.»

8. Os Recorridos D., SGPS, S.A. e E., S.A., apresentaram as suas contra-alegações, tendo concluído nos seguintes termos (cfr. 8418 a 8426):

«VI. CONCLUSÕES

A. 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 contra-ordenacionais ou criminais praticados por pessoas colectivas.

B. 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.

C. 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, excepto quando da sua aplicação possa resultar “prejuízo considerável”, caso em que sempre terá de prestar caução.

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

Dito isto,

E. A questão de constitucionalidade identificada na decisão recorrida não é exactamente aquela que é enunciada pelo Ministério Público e pela Autoridade da Concorrência nas suas alegações.

F. Na verdade, à questão sumária e simplisticamente formulada nas alegações de recurso, adiciona-se um fundamento que deve ser igualmente objecto de apreciação: a circunstância de a norma desaplicada excluir qualquer momento de ponderação judicial sobre a situação económica do visado ou sobre a necessidade de imposição de (elevados) constrangimentos financeiros ao visado para salvaguarda dos interesses prosseguidos pela norma

G. Portanto, em rigor, o juízo de inconstitucionalidade formulado pelo Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (‘TCRS’) incidiu, sim, sobre a norma interpretativamente extraída do artigo 84.º, n.º 5, da Lei da Concorrência 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 e sem atender à concreta necessidade de execução imediata da sanção ou de prestação de caução.

H. Foi, portanto, com base na norma acima identificada que o Tribunal a quo concluiu certamente no sentido da respectiva desaplicação com fundamento em inconstitucionalidade por violação do direito de acesso ao direito e aos tribunais, do direito a tutela jurisdicional efectiva, do direito de audiência e defesa, bem como do princípio do Estado de direito democrático, previstos nos artigos 20.º, n.º 2, 268.º, n.º 4, 32.º, n.º 10, 18.º, n.º 2 e 2.º, todos da Constituição da República Portuguesa (‘CRP’).

I. Vejamos, então, por que motivo improcede a tese do Ministério Público e da Autoridade da Concorrência que pugna por solução inversa.

Mas antes,

J. É importante começar por assinalar que a aplicação acrítica de um modelo de garantias igual para todas as contra-ordenações 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.

K. Desde logo porque a circunstância de o Direito das Contra-Ordenações 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.

L. Na verdade, a variedade de interesses e bens jurídicos tutelados por infracções contra-ordenacionais previstas no Direito Português e a amplitude das coimas e sanções acessórias abstractamente aplicáveis impõem uma interpretação dinâmica dos respectivos regimes no quadro constitucional vigente.

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

N. É, por isso, necessário distinguir entre um Direito das Contra-Ordenações tradicional e o Direito das “Grandes” Contra-Ordenações, marcado por uma maior proximidade ao Direito Penal Económico-Financeiro, como é o caso do Direito das Contra-Ordenações da Concorrência.

O. Esta aproximação óptica da relevância dos bens jurídicos tutelados e das consequências sancionatórias das infracções contra-ordenacionais e penais – bem como o correspondente afastamento das contra-ordenações “modernas” das ditas “tradicionais” – têm necessariamente de se reflectir no plano jurídico.

P. E esse reflexo não pode deixar de ocorrer por via da aproximação das garantias do processo contra-ordenacional às do processo penal.

Q. 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 direccionada a finalidades de pura prevenção geral, indissociável de uma finalidade também repressiva.

R. Será, portanto, dentro da lógica de um Direito de Grandes Contra-Ordenações, 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.

S. O primeiro ponto onde esta diferença se deve reflectir 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) Contra-Ordenações.

T. 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.

U. Assim sucede no plano criminal mas também, por força do que acima se disse, no Direito das Contra-Ordenações da Concorrência, desde logo por força da sua evidente identidade estrutural.

V. Logo, a opção do legislador por um regime sancionatório contra-ordenacional 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.

W. O que, por sua vez, leva a concluir que o tipo de censura dirigido ao agente de uma contra-ordenação 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.

X. 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.

Y. Isso mesmo foi já reconhecido nos dois outros países europeus que têm um Direito Contra-Ordenacional de matriz penal: a Alemanha e a Áustria.

Z. De facto, no regime alemão, no qual o legislador português declaradamente se inspirou para criar a figura das contra-ordenações, 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 respectiva decisão de aplicação.

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

BB. O motivo é evidente: sendo modelos de Direito Contra-Ordenacional de matriz penal, em especial num contexto de “grandes” contra-ordenações, a única solução constitucionalmente admissível tem de passar pela atribuição de garantias adequadas à natureza dos ilícitos.

CC. O legislador português, por seu turno, não só previu a reformatio in pejus também como medida dissuasora de eventuais recursos inúteis, como previu o efeito meramente devolutivo da impugnação, conferindo executoriedade 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).

DD. 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.

EE. 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.

FF. 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.

GG. 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”.

HH. 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,

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

JJ. A impugnação de decisões condenatórias da Autoridade da Concorrência não é, em rigor, um recurso, mas um exercício do direito de acção, cujo conteúdo essencial pressupõe a possibilidade de evitar os efeitos da decisão impugnada.

KK. Ora, no processo contra-ordenacional o direito de acção 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.

LL. Assim, considerando que o carácter 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.

MM. 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).

NN. Não é isso que sucede.

OO. O regime do efeito suspensivo da impugnação judicial apenas permite ao Arguido escolher entre pagar a coima ou prestar caução equivalente.

PP. Estamos, portanto, perante um regime incapaz de atender às circunstâncias do caso concreto, contrariamente ao que sucede com qualquer um dos exemplos avançados pelo Ministério Público ou pela Autoridade da Concorrência como análogos, muito em particular quanto ao regime de impugnação de decisões da Comissão Europeia.

Portanto,

QQ. 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.

RR. 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.

SS. Ora, os interesses prosseguidos com a intervenção legislativa são, como identificou o Ministério Público, fundamentalmente interesses que visam prosseguir a “equidade, celeridade e eficiência” das impugnações judiciais.

TT. 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.

UU. 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,

VV. 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 Autoridade da Concorrência adoptar 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.

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

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

YY. 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 efectiva, 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.»

9. Os Recorridos A., S.A. e B., S.A. contra-alegaram, tendo concluído nos seguintes termos (cfr. fls. 8509 a 8518):

«III.

Conclusões

I. Enquadramento geral

A) A questão de constitucionalidade objeto dos presentes autos: o efeito da impugnação das decisões sancionatórias das autoridades administrativas independentes e prevalência das suas decisões

§ 1. O problema de constitucionalidade submetido à apreciação do TC tem por base a solução normativa constante do artigo 84.º, n.os 4 e 5, da LdC, que atribui efeito devolutivo à impugnação judicial de decisão condenatória proferida pela AdC, que determine aplicação de coima, condicionando-se a excecional atribuição de efeito suspensivo à demonstração de «prejuízo considerável» e à «efetiva prestação de caução» «em substituição», por parte do arguido (cf. § 1).

§ 2. Tal solução normativa é inconstitucional por violação dos princípios do acesso ao direito e da tutela jurisdicional efetiva, da independência dos Tribunais e da prevalência das suas decisões, da presunção de inocência e da proporcionalidade, todos com consagração expressa na Constituição.

C) O pressuposto de que a raiz da solução normativa questionada nos presentes autos encontra a sua inspiração no Direito da União Europeia

§ 3. Contrariamente à ideia de que o efeito devolutivo da impugnação judicial interposta das decisões de aplicação de coima seria uma solução inspirada no regime previsto no artigo 278.º do TFUE, a verdade é que tal disposição, além de ser aplicável a todas as instituições da União em qualquer dos seus âmbitos de atuação e ter uma natureza estritamente administrativa, traduz uma solução precisamente oposta àquela que veio a ser consagrada pelo legislador da norma objeto do presente recurso, uma vez que o direito da União consagrou o princípio do efeito meramente devolutivo dos recursos judiciais, enquanto o direito interno consagrou a regra desse mesmo efeito.

§ 4. Adicionalmente, em processos perante as autoridades de concorrência em que não se apliquem os artigos 101.º e 102.º TFUE (como aqui sucede), as regras e os princípios processuais do direito da União não são aplicáveis, não se colocando (designadamente por via do primado ou do efeito direto) a questão da interpretação e aplicação das legislações nacionais à luz do direito da União nessa matéria (cf. §§ 7 – 9).

D) O pressuposto da natureza para-jurisdicional das entidades reguladoras

§ 5. Para sustentar a natureza quase-jurisdicional da entidade reguladora em causa não basta afirmar a sua suposta independência, mas seria necessário demonstrar que a fase administrativa do processo contraordenacional por alegada infração às regras da concorrência não seguisse uma estrutura puramente inquisitória, como sucede com os «tribunais» do direito inglês, que tipicamente seguem regimes processuais excluindo a acumulação das funções de investigar, acusar e julgar (cf. §§ 10 – 12).

§ 6. A regra do efeito devolutivo da impugnação judicial, acompanhada da atribuição de efeito suspensivo apenas nos casos de prestação de caução pelo interessado, encontra paralelo apenas na impugnação dos atos tributários, nos quais, todavia, não está em causa um ato impondo uma sanção, a que deve estar subjacente a culpa do agente, mas precisamente um ato impondo uma obrigação pecuniária sem carácter sancionatório (cf. § 13).

E) O pressuposto de que a impugnação judicial das decisões condenatórias da AdC tem intuito dilatatório

§ 7. Sobre a alegada “eficácia” e “celeridade”, que teriam justificado a instituição da regra do efeito devolutivo, a realidade desmente o receio da utilização da impugnação judicial como “prática dilatatória”, na medida em que a esmagadora maioria das decisões condenatórias da AdC impugnadas, desde a sua criação em 2003 até aos dias, foi revogada, total ou parcialmente (mais de 85% em número de decisões e mais de 98% em valores de coima), o que infirma o pressuposto de base invocado para justificar o regime do artigo 84.º, n.os 4 e 5 da LdC (cf. §§ 16 — 17).

§ 8. Pelo contrário, o referido histórico, devidamente documentado, evidencia um risco sério (e real) de decisões infundadas proferidas pela AdC, reforçando, ao invés, o imperativo de suspensão dos efeitos de decisões da AdC de aplicação de coima, após impugnação judicial (cf. §§ 14 – 19).

II. Inconstitucionalidade material do artigo 84.º, n.os 4 e 5, da LdC

A) Da violação do princípio do acesso ao direito e da tutela jurisdicional efetiva e da independência dos Tribunais

i. Enquadramento

§ 9. O princípio de acesso ao direito e de garantia de tutela jurisdicional efetiva (artigos 20.º, n.os 1 e 5, e 268.º, n.º 4, da Constituição) é aplicável ao direito e ao processo contraordenacional.

§ 10. A atribuição de efeito devolutivo à impugnação judicial da decisão de AdC de aplicação de coima traduz-se na imposição de ónus e desincentivos ao exercício do direito de impugnação judicial, seja a impugnação fundada ou não (cf. §§ 20 – 24).

§ 11. No processo contraordenacional, a impugnação judicial não é equivalente nem se reduz a um recurso em sentido estrito, antes corresponde ao exercício de um direito de ação — concretamente do direito de submeter o processo de contraordenação ao controlo judicial e à apreciação por uma entidade judicial (e distinta daquela que investigou, acusou e decidiu), abrindo-se por essa via uma instância jurisdicional autónoma, independente e de plena jurisdição.

§ 12. Só esse controlo judicial pleno permite atenuar os desequilíbrios da estrutura inquisitória que caracteriza a fase administrativa do processo de contraordenação, em que a AdC atua com vastos

poderes de investigação, instrução, decisão e sanção, e assim reparar, dentro do possível, o sacrifício para o direito de defesa que resulta da referida estrutura e da desigualdade de armas (cf. §§ 25 – 30 e 33 – 35), para mais considerando os montantes muito elevados a que podem ascender as coimas aplicadas pela AdC, sem qualquer paralelo nos regimes contraordenacionais ditos comuns (cf. § 31).

§ 13. Este entendimento é reforçado pela jurisprudência do TEDH, que equipara as sanções aplicadas por infração às normas da concorrência às sanções penais, para efeitos do artigo 6.º da CEDH, levando assim pressuposta a salvaguarda das garantias processuais que daí resultam, como a tutela jurisdicional efetiva e o correlativo efeito suspensivo do recurso de impugnação judicial (cf. § 32).

ii. A perda do efeito útil da impugnação judicial

§ 14. A solução normativa viola a garantia de tutela jurisdicional efetiva ao esvaziar a impugnação judicial de qualquer efeito útil, pois condiciona de forma gravosa o seu exercício, impondo ao arguido a antecipação material dos efeitos punitivos da condenação arbitrada pela AdC num caso em que só a intervenção judicial permite atenuar os desequilíbrios da estrutura inquisitória que caracteriza a fase administrativa do processo de contraordenação (cf. §§ 36 – 37).

iii. Sobre o propósito de desincentivar impugnações judiciais infundadas

§ 15. A regra do efeito devolutivo da impugnação judicial não desincentiva apenas impugnações judiciais infundadas; desincentiva quaisquer impugnações judiciais, mesmo que fundadas, atendendo aos pesados ónus a que se submete o arguido, correspondentes à antecipação material dos efeitos punitivos da decisão condenatória (não definitiva) da AdC.

§ 16. Pelos valores constitucionais envolvidos, mais importante e premente do que desincentivar impugnações judiciais infundadas ou dilatórias é evitar decisões condenatórias infundadas da AdC — o que veda ao legislador a colocação de entraves substanciais ao exercício do direito de impugnação judicial em causa e implica que lhe sejam atribuídos efeitos úteis, em que se inclui, desde logo, a atribuição de efeito suspensivo da decisão da AdC (cf. § 38).

iv. O princípio da independência dos Tribunais e prevalência das suas decisões

§ 17. A solução normativa em apreço viola ainda o princípio da independência dos Tribunais (artigo 203.º da Constituição), na modalidade de reserva de tribunal ou reserva de via judiciária, por comprometer a autonomia decisória dos Tribunais e, bem assim, o princípio da prevalência das decisões judiciais (artigo 205.º, n.º 2, da Constituição), por impor ao Tribunal de julgamento a decisão da AdC como facto consumado e já executado, em razão da imediata executoriedade da decisão (não definitiva) da AdC que advém da regra do efeito devolutivo (cf. §§ 39 – 42).

B) Por violação do princípio da presunção de inocência

i. Enquadramento

§ 18. O princípio da presunção de inocência do arguido é plenamente aplicável no direito e no processo das contra-ordenações, como resulta do artigo 32.º, n.os 2 e 10, da Constituição (cf. §§ 43 – 44).

§ 19. A presunção de inocência materializa-se numa injunção processual de tratamento do arguido como inocente até trânsito em julgado da decisão condenatória, tendo por corolário essencial a proibição absoluta de imposição legal de quaisquer ónus ou restrições de direitos do arguido que representem, materialmente, a antecipação da condenação (cf. § 45).

ii. A antecipação material (dos efeitos) da sanção

§ 20. A solução normativa emergente do artigo 84.º, n.os 4 e 5 da LdC consiste numa evidente antecipação material dos efeitos da coima aplicada pela AdC e, portanto, por decisão administrativa não definitiva, num momento processual em que se presume obrigatoriamente a inocência do arguido.

§ 21. Por força daquele regime, o arguido condenado por decisão da AdC intervém na fase judicial do processo de contraordenação tendo já suportado a execução material — voluntária ou coativa — daquela decisão, o que é em absoluto inadmissível à luz do princípio da presunção de inocência e daquele seu corolário essencial (cf. § 46).

iii. A perversão do ponto de partida na fase judicial

§ 22. A solução normativa em apreciação compromete o princípio da presunção de inocência e o seu corolário essencial de proibição de antecipação material da condenação, antes de decisão definitiva nesse sentido, na medida em que, em caso de decisão absolutória — e ao contrário do que aconteceria caso houvesse efeito suspensivo — o Tribunal estará, na realidade, a condenar o Estado e a AdC (entre os quais se reparte o montante pecuniário da coima), pois que deverá ser restituído ao arguido o valor já pago a título de sanção, circunstância obviamente suscetível de pesar na ponderação do Tribunal (cf. §§ 47 – 49).

iv. O valor da decisão administrativa depois da impugnação

§ 23. A violação do princípio da presunção de inocência agudiza-se pela circunstância de a decisão condenatória da AdC — a que por via da regra do efeito devolutivo se atribui executividade imediata —, uma vez impugnada judicialmente, se convolar, normativa e funcionalmente, em mera acusação, nos termos do artigo 62.º, n.º 1, do RGCO (cf. § 50).

v. A natureza inquisitória da fase administrativa

§ 24. A fase administrativa do processo contraordenacional segue uma estrutura puramente inquisitória, com os respetivos enviesamentos ao direito de defesa do arguido, assim reforçando o risco de decisões condenatórias injustas proferidas pela AdC, às quais o regime normativo em apreciação atribui, todavia, força executória imediata (cf. § 51).

vii. O efeito equivalente da prestação de caução (para garantia da coima)

§ 25. A efetiva prestação de caução “em substituição” da coima, depois de demonstrado prejuízo considerável nos termos do artigo 84.º, n.º 5, da LdC, tem por finalidade garantir o pagamento da coima, redundando, na realidade, na liquidação antecipada do valor da sanção aplicada pela AdC (alvo de impugnação judicial), o que equivale a uma antecipação inadmissível dos efeitos materiais associados à responsabilidade contraordenacional do arguido (que se presume inocente).

§ 26. O regime do artigo 84.º, n.os 4 e 5 da LdC — tal, aliás, como interpretado e (des)aplicado pelo Tribunal a quo — não permite que a caução prestada “em substituição” possa ser judicialmente graduada, atendendo à situação financeira do arguido.

§ 27. Ainda que o regime do artigo 84.º, n.os 4 e 5 da LdC autorizasse que a caução fosse determinada em valor inferior à coima aplicada (quod non), continuaria a sair violada a presunção de inocência: desde logo, porque o princípio constitucional em causa é insuscetível de transação à luz do quantum do ónus de antecipação da sanção; e ainda porque a caução, mesmo graduada em montante inferior à coima aplicada pela AdC, continuaria a ter por finalidade garantir o pagamento dessa mesma coima por parte de um arguido que se presume inocente (cf. §§ 52 – 55).

C) Por violação do princípio da proporcionalidade

i. Enquadramento

§ 28. O regime em causa viola o princípio da proporcionalidade (artigo 18.º, n.º 2, da Constituição) por implicar restrições desproporcionais — e, como tal, inadmissíveis — dos princípios do acesso ao direito e de garantia de tutela jurisdicional efetiva, da independência dos Tribunais e prevalência das suas decisões e da presunção de inocência (cf. § 56).

ii. Adequação

§ 29. A atribuição de efeito devolutivo ao recurso de impugnação judicial de decisões proferidas pela AdC que apliquem coima é tão adequada 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 decisivamente em causa a adequação geral da medida prevista no artigo 84.º, n.os 4 e 5 da LdC (cf. § 57).

iii. Necessidade

§ 30. Os princípios constitucionais do acesso ao direito e de garantia de tutela jurisdicional efetiva e da independência dos Tribunais e prevalência das suas decisões, assim como da presunção de inocência, são restringidos de forma desnecessária, na medida em que existem inúmeros meios alternativos, menos gravosos e mais adequados a realizar as finalidades visadas por aquela solução normativa, em particular a de dissuasão de impugnações judiciais infundadas.

§ 31. Além de meios alternativos que o legislador pode vir a consagrar (e.g. medidas de garantia patrimonial similares às previstas nos artigos 227.º e ss. do CPP, taxas sancionatórias especiais para impugnações infundadas, actualização monetária, aplicação de juros, recusa liminar da impugnação judicial pelo Tribunal, etc.), alguns deles já estão consagrados: é o caso, em particular, da possibilidade de reformatio in pejus (artigo 88.º, n.º 1, da LdC), naturalmente apta a desincentivar impugnações judiciais infundadas, considerando o risco de alteração da decisão em sentido desfavorável ao arguido (cf. §§ 58 – 60).

§ 32. A circunstância de alguns desses meios já estarem consagrados não lhes retira o carácter de medidas menos gravosas, mas igualmente aptas a atingir o fim tido em vista pela medida restritiva em causa (cf. § 58).

iv. Proporcionalidade em sentido estrito (proibição do excesso)

§ 33. Os propósitos visados pela atribuição de efeito meramente devolutivo à impugnação judicial (celeridade e desincentivo de impugnações judiciais infundadas) reconduzem-se a meros interesses funcionais, não a valores, em sentido próprio, que possam justificar a restrição de direitos fundamentais (cf. § 61).

§ 34. O regime previsto no artigo 84.º, n.os 4 e 5 da LdC traduz-se materialmente na execução da coima (ou de valor equivalente), muito antes de haver decisão condenatória, comportando uma restrição abusiva e intolerável do núcleo essencial das garantias de defesa do arguido em processo sancionatório, como a tutela jurisdicional efetiva e a presunção de inocência, sendo injustificável a esse propósito a diferenciação entre pessoas singulares e pessoas coletivas (cf. §§ 62 – 64).»

Importa apreciar e decidir.

II – Fundamentação

10. Como resulta do que se relatou, o objeto normativo do presente recurso é extraível do enunciado normativo constante do 84.º, n.º 5, da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, que aprovou o Regime Jurídico da Concorrência, cujo teor 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.

»

11. Pelo que, nestes termos, o objeto do recurso corresponde à norma extraível do n.º 5 do artigo 84.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, por determinar que ao recurso das decisões proferidas pela Autoridade da Concorrência que apliquem coimas apenas pode ser atribuído efeito suspensivo quando a execução da decisão cause ao visado prejuízo considerável e este preste caução em sua substituição.

Sendo que, segundo o tribunal recorrido, tal norma dever ser tida por inconstitucional, por violação dos artigos 2.º, 18.º, n.º 2, 20.º, n.º 1, 32.º, n.º 10 e 268.º, n.º 4 da Constituição da República Portuguesa.

Vejamos.

12. Como, aliás, decorre das alegações e contra-alegações produzidas pelas partes, a questão normativa em apreço não é nova, tendo dado a origem, neste Tribunal, a entendimentos jurisprudenciais de sentido divergente.

De facto, o Tribunal Constitucional pronunciou-se sobre a questão normativa em discussão nos presentes autos no Acórdão n.º 674/2016, da 1.ª Secção, no qual se decidiu «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».

Em sentido contrário, pelo Acórdão n.º 376/2016, da 3.ª Secção, este 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 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».

Já questão jurídica semelhante mas não exactamente coincidente, por enquadrada num contexto normativo e regulatório distinto, foi apreciada pela 1.ª Secção por relação com a norma extraída do artigo 46.º, n.ºs 4 e 5 do Regime Sancionatório do Sector Elétrico (RSSE), tendo-se proferido o Acórdão n.º 675/2016, no qual se decidiu igualmente pela sua inconstitucionalidade.

Também com incidência na norma extraível do RSSE, a 3.ª Secção deste Tribunal decidiu, pelo Acórdão n.º 397/2017, e em sentido oposto ao do Acórdão n.º 675/2016, julgar não 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.»

13. Por fim, com fundamento na divergência entre o Acórdão n.º 675/2016 e o Acórdão n.º 397/2017, o Ministério Público interpôs recurso obrigatório ao abrigo do artigo 79.º-D, n.º 1, da LTC, tendo o Plenário deste Tribunal, por via do Acórdão n.º 123/2018, decidido «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 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.»

14. 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. E fê-lo com a seguinte fundamentação:

«i) Da violação do princípio da presunção da inocência

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.).

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 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.os 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.

Assente este ponto, vejamos estão se a norma objeto do presente recurso afronta o princípio da presunção de inocência de forma não consentida pela Constituição.

12. A norma ora em juízo decorre da interpretação do artigo 84.º da LdC, inserindo-se no capítulo dedicado aos «recursos judiciais» (capítulo IX), especificamente, na secção que regula os «processos contraordenacionais» (secção I).

É, portanto, no domínio da disciplina da impugnação junto de tribunal (o designado «recurso judicial») da decisão proferida pela autoridade administrativa no processo contraordenacional que os n.os 4 e 5 daquele artigo da LdC estabelecem as regras aplicáveis à produção de efeitos da decisão sancionatória após a sua impugnação. Nesses termos, é consagrada como regra geral o efeito meramente devolutivo do recurso de impugnação, regulando-se também a possibilidade de atribuição de efeito suspensivo ao recurso. O que a referida norma estabelece é, pois, estritamente, o condicionamento do efeito suspensivo do recurso às decisões de aplicação de coimas cuja execução gere prejuízo considerável ao visado e à prestação de uma caução (enquanto garantia do pagamento da coima), não a disciplina da execução da coima.

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 do 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. 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 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.

E sendo assim, é no âmbito do direito de acesso aos tribunais e à tutela jurisdicional efetiva que a questão de constitucionalidade colocada neste recurso deverá ser analisada. Nesse contexto, no entanto, o conteúdo normativo do artigo 32.º, n.os 2 e 10 da Constituição será tido em conta, contribuindo, nos termos adiante assinalados, para o sentido da conclusão a que se chegar. Há, pois, que averiguar se a norma em juízo ultrapassa o justo equilíbrio entre as exigências do interesse público que visa assegurar e o prejuízo que causa no direito a um efetivo acesso aos tribunais.

ii) Da violação do direito de acesso aos tribunais e à tutela jurisdicional efetiva

13. O princípio do Estado de direito democrático, basilar para a República Portuguesa, é acolhido logo no artigo 2.º da Constituição. Uma das suas concretizações consiste precisamente no direito de acesso aos tribunais, individualizado no artigo 20.º, n.º 1, da Constituição.

Este direito inclui, entre outras dimensões normativas, desde logo, o “direito de ação”, isto é, o direito subjetivo de levar ao conhecimento de um órgão jurisdicional determinada pretensão, dando origem à abertura de um processo (o “direito ao processo”), que deve ser equitativo e célere, com o consequente dever do mesmo órgão sobre ela se pronunciar mediante decisão fundamentada (cfr. Acórdão n.º 473/94, ponto II. 2.).

Este direito geral à tutela jurisdicional efetiva é concretizado, no âmbito da justiça administrativa, através da consagração, no artigo 268.º da Constituição, de um conjunto de garantias dos particulares em face da Administração, onde se inclui «o direito de impugnar quaisquer atos administrativos que os lesem» (cfr. n.º 4, do artigo 268.º, da Constituição).

Como tem sido sublinhado na jurisprudência do Tribunal Constitucional, em processo de contraordenação, para além de gozar do direito de defesa constitucionalmente previsto no artigo 32.º, n.º 10, da Constituição, o arguido goza também do direito de acesso à tutela jurisdicional, com o consequente direito de impugnar judicialmente a decisão administrativa, nos termos previstos no artigo 59.º e ss. do Regime Geral das Contraordenações, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de outubro (cfr., entre outros, os Acórdãos n.ºs 659/2006, ponto 2.2., 45/2008, ponto 2.2., 135/2009, pontos 7. e 8.4., 299/2013, ponto 5., e 373/2015, ponto 2.). Com efeito, como o processo contraordenacional corre diante de entidade administrativa – i.e. fora da hierarquia jurisdicional –, o direito ao recurso face a uma decisão sancionatória nele proferida adquire uma relevância só compreendida dentro da tutela jurisdicional efetiva, e mais especificamente na garantia da impugnação dos atos administrativos sancionatórios perante os tribunais, consagrada no artigo 268.º, n.º 4, da Constituição.

14. Existe uma ampla margem de que o legislador dispõe na modelação do regime de acesso à jurisdição, designadamente no domínio da impugnação contenciosa de atos administrativos sancionatórios

(cfr. os Acórdãos n.º 595/2012, ponto 6, e n.º 373/2015, ponto 2 da Fundamentação). Como o Tribunal tem reiteradamente sublinhado «(...) o legislador dispõe de ampla margem de conformação no que respeita à modelação do regime de acesso à via jurisdicional, podendo disciplinar o modo como se processa esse acesso, nomeadamente em via de recurso-impugnação, posto que não crie obstáculos ou condicionamentos substanciais» (Acórdão n.º 373/2015, ponto 2 da Fundamentação).

A opção do legislador no que respeita à forma de impugnação das decisões de carácter sancionatório aplicadas em processo de contraordenação por entidades administrativas foi no sentido de consagrar uma via processual de plena jurisdição. Como já foi referido, apesar da designação legal, não se trata de um recurso propriamente dito, antes de um processo judicial de impugnação de decisões administrativas sancionatórias. Conforme delineado no Regime Geral das Contraordenações, o processo contraordenacional tem uma fase administrativa seguindo-se, no caso de impugnação da decisão nela aplicada, uma fase jurisdicional em que o arguido dispõe da possibilidade de sindicar a legalidade da decisão. Esta impugnação dá lugar a um processo de natureza jurisdicional, em que o tribunal não se limita a apreciar a decisão, mas todo o processado nos autos, valorando em conjunto toda a prova produzida, quer a já produzida na fase administrativa, quer a realizada na fase jurisdicional. Ao apreciar a impugnação da decisão administrativa o tribunal não está vinculado à qualificação por esta efetuada quer no que respeita aos factos (com base nas provas que são apresentadas no âmbito do recurso), quer no que respeita à matéria de direito (qualificação jurídica dos factos e sanções aplicadas). Desta forma, a impugnação, «se respeitados os requisitos de forma e tempo [elimina] o carácter definitivo (hoc sensu, materialmente definidor da situação do particular) da decisão administrativa, porque a apresentação dos autos ao juiz vale como acusação, assim se convertendo em judicial o poder de aplicação da sanção» (Acórdão n.º 595/2012, ponto 4).

A impugnação da decisão administrativa nos moldes enunciados configura, assim, o meio de acesso à jurisdição.

15. Como já acima ficou evidenciado, a norma em apreciação, resultante do artigo 84.º, n.ºs 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 ônus 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 ônus 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.

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

16. Resta, então, verificar se esta restrição do artigo 20.º da Constituição é constitucionalmente admissível. O que implica verificar se as condições normativamente estabelecidas para a atribuição do efeito suspensivo ao recurso, designadamente a demonstração do «prejuízo considerável» e a prestação de caução substitutiva da coima que se pretende impugnar, importam a criação de dificuldades excessivas e materialmente injustificadas no direito de acesso aos tribunais e, por conseguinte, no acesso ao direito.

Indagação que nos transporta de imediato para as dimensões do princípio da proporcionalidade.

iii) Da aplicação do princípio da proporcionalidade

17. O princípio da proporcionalidade ocupa lugar central na avaliação dos requisitos materiais exigidos nas restrições de direitos fundamentais as quais, de acordo com o n.º 2 do artigo 18.º da Constituição, devem «limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos e interesses constitucionalmente protegidos». São comumente identificados os seguintes três subprincípios em que se desdobra: idoneidade (ou adequação), necessidade (ou indispensabilidade) e justa medida (ou proporcionalidade em sentido estrito).

18. Para a análise de cada uma destas dimensões do princípio, importa começar por identificar o interesse público prosseguido pela norma sindicada.

O novo regime da concorrência (a LdC), instituído pela Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, concretiza a incumbência prioritária do Estado prevista no artigo 81.º, alínea f), da Constituição e os objetivos de política comercial constantes do artigo, 99.º, alínea a), da Constituição. De acordo com a Exposição de Motivos da Proposta de Lei 45/XII, que esteve na base da Lei n.º 19/2012, o impulso para a alteração surge no seguimento de compromisso assumido pelo Governo Português no âmbito do Programa de Assistência Económica e Financeira, tendo por base um Memorando de Entendimento sobre as condicionalidades de Política Económica celebrado com a Comissão Europeia, o Banco Central Europeu e o Fundo Monetário Internacional. Nesse documento, Portugal comprometeu-se a «adotar medidas para melhorar a celeridade e a eficácia da aplicação das regras da concorrência» (ponto 7.20.), «estabelecer um tribunal especializado no contexto das reformas do sistema judicial» (ponto 7.20. v.) e a «propor uma revisão da Lei da Concorrência, tornando-a o mais autónoma possível do Direito Administrativo e do Código de Processo Penal e mais harmonizada com o enquadramento legal da concorrência da UE» (ponto 7.20. vi.), em particular, «avaliar o processo de recurso e ajustá-lo onde necessário para aumentar a equidade e a eficiência em termos das regras vigentes e da adequação dos procedimentos» (ponto 7.20. vi., 3.º travessão) [documento disponível em português in http://www.portugal.gov.pt/media/371372/mou_pt_20110517.pdf]. A Exposição de Motivos da Proposta de Lei 45/XII, no que para agora nos interessa, refere igualmente o objetivo de «simplificar a lei e introduzir maior autonomia das regras sobre a aplicação de procedimentos de concorrência relativamente às regras de procedimentos penais e administrativos» e procurar «aumentar a equidade, a celeridade e a eficiência dos procedimentos de recurso judicial de decisões da Autoridade da Concorrência».

É este o contexto legislativo da nova LdC, onde a norma impugnada se insere, que pretendeu fazer convergir o regime nacional da concorrência com o Direito da União Europeia e prosseguir o fim de imprimir maior celeridade e eficácia na aplicação das regras da concorrência, conferindo, para o efeito, maior efetividade aos poderes sancionatórios. O fim da norma objeto do processo, impondo como regra geral o efeito meramente devolutivo do recurso, condicionando o efeito suspensivo à prestação de caução e à verificação de prejuízo considerável, é a diminuição dos recursos judiciais infundados e cujo objetivo seja meramente dilatório, isto é, adiar o pagamento da coima. Manifesto é, assim, o propósito desincentivador do recurso veiculado pela nova regulamentação.

Identificado o fim prosseguido pela solução normativa em juízo, vejamos, então, se ela se acomoda às três dimensões identificadas no princípio da proporcionalidade.

19. O subprincípio da idoneidade determina que as medidas restritivas de direitos, liberdades e garantias devem constituir um meio idóneo para a prossecução dos fins visados tendo em vista a salvaguarda de outros direitos ou bens constitucionalmente protegidos. Tomando o propósito expressamente enunciado pelo legislador ao reformular o regime da concorrência (cfr. Exposição de Motivos da Proposta de Lei 45/XII), no contexto do Memorando de Entendimento, ambos já referidos no ponto anterior (nomeadamente de separar «as regras sobre a aplicação de procedimentos de concorrência das regras de procedimentos penais, no sentido de assegurar a aplicação efetiva da Lei da concorrência» e «aumentar a equidade e a eficiência em termos das regras vigentes e da adequação dos procedimentos»), a solução normativa em análise não oferece nenhum problema de desadequação. Não se duvida que a sujeição da suspensão da execução da coima visada pela impugnação ao pagamento de um montante

equivalente demoverá os propósitos infundados e meramente dilatatórios, contribuindo, desde modo, para o desincentivo do recurso à impugnação judicial infundada da decisão proferida pela AdC.

Se o efeito útil visado pela impugnação é não pagar, ou adiar o pagamento, da coima, impor o respetivo pagamento integral para suspender a execução da decisão, neutraliza o objetivo pretendido.

20. Diferente se apresenta, porém, a resposta a dar à pergunta sobre se a norma objeto de fiscalização se apresenta como necessária ao prosseguimento dos objetivos delineados para satisfazer o interesse público.

De acordo com a dimensão da necessidade/exigibilidade do princípio da proporcionalidade, as medidas restritivas de direitos fundamentais têm de ser indispensáveis para alcançar os fins em vista, não sendo configuráveis outros meios menos restritivos para alcançar o mesmo fim.

Ora, no caso, existem outras medidas que servem eficazmente de desincentivo ao recurso à impugnação judicial manifestamente infundada: desde logo, a já consagrada *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 Espinosa Gomes da Silva, vol. 1, Universidade Católica Editora, pp. 421-452, p. 437).

Foi precisamente por se considerar que se perdia uma forte razão para desmotivar a instauração de recursos infundados que a regra da proibição da *reformatio in pejus*, introduzida no Regime Geral das Contraordenações pela reforma de 1995, sofreu abundantes críticas da doutrina da especialidade (cfr. Germano Marques da Silva, *Direito Penal Português, Parte Geral*, vol I, 1997, p. 141). Nas palavras de Paulo Pinto de Albuquerque, «A proibição da *reformatio in pejus* é inconveniente, injustificável e tem efeitos perversos, tais como aumenta o número de recursos independentemente da gravidade das sanções e torna os recursos economicamente compensadores, sempre que estejam em causa sanções muito elevadas, por via do deferimento no tempo do respetivo pagamento» (Comentário do Regime Geral das Contraordenações à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, UCP, 2011, pp. 294-295; cfr. também, “A Reforma do Direito das Contraordenações”, in Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda, Vol IV, p. 750). Igualmente críticos da introdução da *reformatio in pejus* no Regime Geral das Contraordenações, v. Carlos Adérito Teixeira, “Direito de mera ordenação social: o ambiente como espaço da sua afirmação”, in *Revista do Ministério Público*, ano 22, n. 85, 2001, p. 89; Taipa de Carvalho, *Direito Penal, Parte Geral, Questões fundamentais*, UCP, 2003, p. 174; Leões Dantas, “O Ministério Público no processo de contraordenações”, in *Revista de Questões Laborais*, ano VIII (2001), n.º 17, p. 38. Existem, portanto, alternativas menos gravosas para o direito do arguido de acesso ao tribunal que prosseguem a mesma solução dissuasiva do abuso dos recursos. Foi inclusivamente equacionado nos trabalhos preparatórios do novo Regime Jurídico da Concorrência conjugar o efeito suspensivo do recurso com a previsão da correção monetária do montante da coima fixado a final (Miguel Gorjão Henriques, *Lei da Concorrência, Comentário Conimbricense*, Almeida 2013, p. 818).

21. Por outro lado, o condicionamento do efeito suspensivo do recurso à efetiva prestação de caução no prazo fixado pelo tribunal – cfr. artigo 84.º, n.º 3 – inculca uma ideia de automatismo que, pode não deixar espaço para um juízo de dispensa ou adequação (designadamente do montante e modo de prestação) atentos os circunstancialismos do caso concreto. Como já foi afirmado “(...) a redação da lei não parece deixar margem de manobra para que o juiz dispense a prestação de caução, uma vez que exige que a mesma seja efetiva” (Teresa de Lima Mayer Alves Moreira, “A Desnecessidade da Exequibilidade Imediata da Coima no Novo Regime Jurídico da Concorrência à Luz do Princípio da Presunção de Inocência e do Direito de Acesso aos Tribunais”, inédito, p. 42).

De acordo com a dimensão normativa dos n.os 4 e 5, do artigo 84.º da LdC, cuja aplicação foi recusada, por inconstitucionalidade, pelo tribunal a quo, a atribuição do efeito suspensivo depende da prestação de uma caução cuja fixação não é atribuída a apreciação judicial. A prestação da caução a que alude a parte final do n.º 5, do artigo 84.º representa uma condição *ope legis*, desde que se encontre demonstrado o prejuízo considerável resultante da execução da coima. O juiz é chamado a verificar se a execução da coima causa o prejuízo considerável ao recorrente por este invocado no requerimento de interposição do recurso, mas, demonstrado este prejuízo, a decisão judicial restringe-se à fixação de um prazo para a prestação de caução, “em substituição” do montante da coima, o que inculca a ideia de necessária correspondência entre os dois montantes.

Ora, uma tal automaticidade 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. É, todavia, possível configurar uma solução legislativa alternativa em que a prestação de caução não esteja ligada ao referido automatismo, permitindo a ponderação pelo juiz do seu valor.

Acrescente-se, aliás, que o processo contraordenacional não exclui a possibilidade de aplicação de algumas medidas cautelares que visam assegurar os fins do processo. No caso da LdC, o artigo 34.º dispõe expressamente que «sempre que as investigações realizadas indicarem que a prática que é objeto do processo está na iminência de provocar prejuízo, grave e irreparável ou de difícil reparação para a concorrência, pode a Autoridade da Concorrência, em qualquer momento do processo, ordenar previamente a imediata suspensão da prática restritiva ou quaisquer outras medidas provisórias necessárias à imediata reposição da concorrência ou indispensáveis ao efeito útil da decisão a proferir no termo do processo» (sublinhado nosso). Trata-se de um outro mecanismo alternativo ao previsto na norma em julgamento.

Assim se vê que existem opções normativas menos lesivas do direito de acesso ao tribunal, que respeitando a presunção de inocência do arguido, não representam perda de eficácia na prossecução do fim de interesse público prosseguido.

Conclui-se, assim, que a solução normativa em apreciação viola a dimensão da necessidade inerente ao princípio da proporcionalidade.

22. Mesmo que se tivesse concluído de outro modo no que respeita ao teste da necessidade, ainda assim a norma mereceria censura constitucional por violar o teste da justa medida.

O princípio da proporcionalidade em sentido estrito veda a adoção de medidas que se apresentem como excessivas (desproporcionadas) para atingir os fins visados. É o caso da solução normativa sob juízo.

Na verdade, ao traduzir a imposição de um ónus de efeitos equivalentes ao cumprimento da coima para evitar a antecipação daquele mesmo cumprimento a norma recusada afronta o princípio da proporcionalidade, por se apresentar como medida excessiva diante dos fins prosseguidos.

Ainda que, de acordo com a jurisprudência constitucional, seja de aceitar uma maior amplitude do poder de conformação do legislador democrático quando versa sobre o direito contraordenacional por comparação com a margem de discricionariedade deixada ao legislador penal, designadamente em sede de definição das garantias de defesa do arguido (cfr. por todos Acórdão n.º 297/2016, ponto 14), a norma em análise, 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 compressão excessiva das garantias de defesa previstas no artigo 32.º, n.ºs 2 e 10, em articulação co o artigo 18.º, n.º 2, da Constituição.

E esta conclusão não é infirmada pela circunstância de a caução poder vir a ser devolvida por efeito da decisão final, pois que a desproporção na medida ali prevista não sofre qualquer alteração na sua essencialidade por força desta possível reparação.

23. Por último - cumpre notar ainda - a norma recusada não acautela a possibilidade de verificação de insuficiência económica do arguido/recorrente. Numa análise de ponderação custos-benefícios, esta desconsideração total da situação económica do visado onera desproporcionadamente o sacrifício infligido no direito fundamental do acesso à justiça individual para atingir o benefício de interesse público prosseguido. Impondo a prestação de uma garantia de valor equivalente ao montante da coima mesmo aos arguidos que não tenham meios para a prestar, a solução normativa em causa exacerba o potencial inibidor da opção pela via de recurso de forma intolerável, já que redundava numa solução que esvazia uma das dimensões essenciais do direito de acesso à via judicial de plena jurisdição. Na prática, propicia-se a imediata execução da coima por falta de meios económicos do visado para impugnar a decisão da AdC de forma apta a prevenir o seu imediato pagamento.

24. Diante de uma norma que condicionava o seguimento dos recursos judiciais contra a aplicação de uma coima ao prévio depósito do quantitativo da coima – a norma constante do n.º 5 do artigo 15.º do Decreto-Lei n.º 21/85 – o Tribunal Constitucional concluiu pela inconstitucionalidade quando referida a recorrentes com insuficiência de meios económicos (v. Acórdãos n.os 269/87, 345/87, 412/87, culminando no julgamento com força obrigatória geral proferido no Acórdão n.º 30/88)

No primeiro dos referidos acórdãos pode ler-se:

“Esta possibilidade de se recorrer para os tribunais, onde se poderá realizar uma audiência de julgamento, retira a razão a Cavaleiro Ferreira quando sustenta que é inconstitucional o julgamento pela Administração das contraordenações (cf. Lições de Direito Penal, I, 1985, p. 32).

Em verdade, há sempre possibilidade de a decisão administrativa ser apreciada pelos tribunais comuns, não sendo o recurso de mera legalidade. Devolve-se aos tribunais comuns a plena apreciação do pleito, que poderão sempre ordenar a realização de uma audiência de julgamento. Por isso mesmo, as medidas constantes do n.º 5 do artigo 15.º citado, quando referidas ao arguido com insuficiência de meios económicos, infringem o n.º 2 do artigo 20.º da Constituição, na medida em que criam restrições à garantia de acesso aos tribunais e de tal modo que, no caso, praticamente esvaziam de conteúdo útil a garantia da via judiciária. Ora, como tal direito fundamental se integra entre os previstos no artigo 18.º da Constituição da República Portuguesa, aquelas restrições não são consentidas pelo n.º 2 da mesma disposição”.

É certo que a norma ora em apreço não veda o direito ao recurso, apenas condiciona o efeito suspensivo do recurso ao prévio pagamento de uma caução substitutiva da coima. De todo o modo, ao não ressaltar do seu âmbito o recorrente carenciado de meios económicos para prestar a caução exigida, a norma em análise cria um obstáculo excessivo à garantia do acesso à jurisdição plena, neutralizando uma das suas dimensões essenciais ao não permitir aos arguidos economicamente carenciados evitar a produção de efeitos de uma decisão administrativa de natureza sancionatória.

25. A perceção do excesso agudiza-se com a consciência da incongruência que se manifesta numa solução em que o arguido que demonstre sofrer prejuízo considerável com a imediata execução da coima, beneficia da suspensão do efeito do recurso, desde que tenha capacidade económica para a pagar. Todavia, o arguido que viva uma situação de insuficiência económica, nunca poderá beneficiar desse efeito. Neste ponto particular a solução normativa adotada na LdC afasta-se mesmo do próprio regime em que se inspirou. As decisões da Comissão em que tenha sido fixada uma coima ou uma sanção pecuniária compulsória neste âmbito podem ser impugnadas junto do Tribunal de Justiça da UE (TJUE), que conhece destes recursos com plena jurisdição (artigo 31.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003, do Conselho, de 16 de dezembro de 2002, relativo à execução das regras de concorrência previstas no Tratado). No contexto deste processo, apesar de o recurso das decisões da Comissão, incluídas as de aplicação de coimas, se caracterizar pela ausência do efeito suspensivo, o TJUE pode, contudo, atribuí-lo, «se considerar que as circunstâncias o exigem», nos termos do artigo 278.º do Tratado sobre o Funcionamento da UE e dos artigos 160.º e seguintes do Regulamento de processo do Tribunal de Justiça e 156.º e seguintes do Regulamento de processo do Tribunal Geral. No âmbito, o contencioso da União Europeia contempla a possibilidade de suspensão da eficácia da decisão de aplicação de coima «ser sujeita à constituição, pelo requerente, de uma caução cujo montante e modalidades são fixados tendo em conta as circunstâncias» (cfr. artigos 162.º, n.º 2, do Regulamento de processo do Tribunal de Justiça e 158.º, n.º 2, do Regulamento de processo do Tribunal Geral). Permite-se, assim, a dispensa de prestação de caução nos casos de a parte se encontrar economicamente impossibilitada de a prestar.

(...)

15. Ora, face ao objeto normativo dos presentes autos, este entendimento e respetivo juízo decisório são inteiramente transponíveis para o presente recurso.

16. É certo que, pelo Acórdão n.º 123/2018, o Plenário deste Tribunal 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 janeiro. E ao fazê-lo, procurou, em especial nos seus pontos 9. e 10., promover um juízo homogéneo na abordagem aos diferentes regimes

aplicáveis a entidades reguladoras independentes que consagram a regra do efeito meramente devolutivo da impugnação judicial das decisões administrativas por elas tomadas, arrastando-os, na sua globalidade, para um juízo de não inconstitucionalidade.

17. No entanto, perscrutando a fundamentação do duto aresto, verifica-se que o juízo decisório aí formulado assenta, não raras vezes, em considerações relativas à especificidade do mercado energético e das funções exercidas pela ERSE. Em concreto, esta asserção pode ser desde logo confirmada na parte final do ponto 8. do mencionado acórdão, na qual se exalta a específica natureza dos mercados energéticos e das funções legalmente cometidas à ERSE.

O mesmo se passa no ponto 11. do duto Acórdão, no qual se afirma o seguinte:

«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 dilatatório.»

Também resulta claro do afirmado no ponto 14. do aresto que o Tribunal sustentou o seu juízo decisório nas especificidades do mercado energético, em especial por referência à sua dimensão transnacional e respetiva regulação europeia.

Por fim, concluiu-se ainda que o sacrifício da presunção de inocência imposto pelas normas aí em juízo seria diminuído, entre outros, pelo seguinte fator:

«(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; (...).»

18. Assim sendo, visto que o juízo decisório manifestado no Acórdão n.º 123/2018 incide sobre objeto normativo distinto dos presentes autos, bem como a sua fundamentação alicerçou-se, em parte, nas especificidades que envolvem o mercado energético e a atuação da ERSE, não se encontram motivos para, por adesão ao referido acórdão, se afastar a fundamentação e o sentido decisório anteriormente formulados no Acórdão n.º 674/2016 quanto à inconstitucionalidade do artigo 84.º, n.º 5, do Regime Jurídico da Concorrência.

19. Deste modo, cumpre, por remissão para o Acórdão n.º 674/2016, 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), por determinar que ao recurso das decisões proferidas pela Autoridade da Concorrência que apliquem coimas apenas pode ser atribuído efeito suspensivo quando a execução da decisão cause ao visado prejuízo considerável e este preste caução em sua substituição, por violação do 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 contra-ordenacional, decorrente do artigo 32.º, n.ºs 2 e 10, da Constituição.

III – Decisão

Nestes termos, decide-se:

a) 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;

b) E, em consequência, não conceder provimento ao recurso.

Sem custas.

Lisboa, 2 de outubro de 2018 – *Claudio Monteiro* – *Maria de Fátima Mata-Mouros* – *José Teles Pereira* (Vencido, nos termos da declaração que exarei no Acórdão n.º 674/16) – *João Pedro Caupers* (Vencido conforme declaração em anexo) – *Manuel da Costa Andrade*

DECLARAÇÃO DE VOTO

Em linha com as posições que venho assumindo nesta matéria, votei vencido a decisão tomada, porque, tendo a norma em causa o mesmo sentido que aquela outra que foi julgada não inconstitucional no Acórdão de Plenário n.º 123/2018, continuo a entender, como neste sustentei, que «a atribuição de efeito meramente devolutivo ao recurso interposto de atos de aplicação de coimas não ofende qualquer preceito constitucional, desde que na fixação do valor da caução e do modo de prestar esta, a estabelecer pelo juiz como condição da atribuição de efeito suspensivo ao recurso, possam ser ponderados os prejuízos causados ao requerente com a execução da decisão».

João Pedro Caupers