



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 273/15.4YUSTR

107709

CONCLUSÃO - 29-09-2015

(Termo eletrónico elaborado por Escrivão Auxiliar Carolina Barreiro)

=CLS=

Por estar em tempo, ter legitimidade e estarem preenchidos os demais requisitos legais, admito o recurso interposto pela Arguida / Recorrente – conforme artigo 87.º, n.º 1, do Regime Jurídico da Concorrência (Lei n.º 19/2012, de 8 de maio) e artigos 59.º e 63.º, do Regime Geral das Contraordenações e Coimas, aplicáveis ex vi artigo 83.º, do Regime Jurídico da Concorrência.

1

Importa aferir do efeito a atribuir ao recurso.

Dispõe o artigo 84.º, n.º 4 e 5, do Regime Jurídico da Concorrência:

“4 – O recurso tem efeito meramente devolutivo, exceto no que respeita a decisões que apliquem medidas de caráter 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.”.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 273/15.4YUSTR

Confrontada com os referidos normativos, defende a Arguida que os mesmos estão eivados de constitucionalidade por violação do princípio da presunção de inocência, já porque a decisão condenatória é proferida por uma entidade administrativa, sendo executada antes de um órgão judicial apreciar do seu mérito; já porque as coimas no âmbito do direito sancionatório da concorrência assumem valores elevados; já porque, finalmente, importa atender à dificuldade e morosidade na devolução por parte do Estado de montantes que lhe hajam sido indevidamente pagos, ademais sem a previsão de mecanismos de reposição do valor económico desses montantes.

Não obstante, a Arguida invoca igualmente que a execução da decisão lhe provoca um prejuízo considerável, devido ao valor elevado da coima e à sua situação financeira, razão pela qual se oferece para prestar caução e assim seja concedido pelo Tribunal efeito suspensivo ao recurso.

A Digna Magistrada do Ministério Público pronunciou-se no sentido de ser indeferido o requerido efeito suspensivo, dado a Arguida não ter feito demonstração da existência de prejuízo considerável.

Do mesmo modo se pronuncia a Autoridade da Concorrência, acrescentando que o preceito não se mostra desconforme à Constituição da República Portuguesa, devido à menor ressonância ética do direito contraordenacional face ao direito processual penal e devido à existência de cláusula de salvaguarda que permite a prestação de caução no caso de prejuízo considerável, invocando a propósito o acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, datado de 15 de maio de 2013, no processo n.º 0665/13.

Surge como questão prévia a invocada constitucionalidade da referida norma plasmada no artigo 84.º, n.º 4 e 5, do Regime Jurídico da Concorrência.

Vejamos, então.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 273/15.4YUSTR

O Regime Geral das Contraordenações e Coimas estatui que a decisão da autoridade administrativa que aplica uma coima é suscetível de impugnação judicial – artigo 59.º, n.º 1, do Regime Geral das Contraordenações e Coimas – extraíndo-se do disposto no artigo 88.º, n.º 1, do mesmo diploma legal e do artigo 408.º, n.º 1, alínea a), do Código de Processo Penal, aplicável *ex vi* artigo 41.º, n.º 1, do Regime Geral das Contraordenações e Coimas, que tal recurso tem, em regra, efeito suspensivo, só sendo atribuído efeito meramente devolutivo se alguma norma especial expressamente o declarar.

A par do Regime Jurídico da Concorrência, outros se encontram que igualmente privilegiam soluções passíveis de atribuição de efeito meramente devolutivo à impugnação judicial e nessa perspetiva – porque consagram soluções substancialmente distintas – semelhantes à aqui analisada. Sem pretensões exaustivas, que aqui se não justificam, pode referir-se o artigo 67.º, n.º 5, do Decreto-Lei n.º 126/2014, de 22 de agosto (Estatutos da Entidade Reguladora da Saúde), o artigo 228.º-A, do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras (aditado pelo Decreto-Lei n.º 157/2014, de 24 de outubro), e bem assim o artigo 84.º, do Regime Geral das Infrações Tributárias (Lei n.º 15/2001, de 5 de junho).

Cotejadas as várias soluções ensaiadas pelo legislador, comprehende-se que a regra no direito contraordenacional é a consagração de efeito suspensivo às impugnações judiciais das decisões administrativas, só havendo lugar a efeito meramente devolutivo nos casos expressamente previstos, e mesmo nestes, sob determinadas condições.

Dito isto, olhemos mais detidamente a solução constante do Regime Jurídico da Concorrência e só depois nos centremos na sua eventual desconformidade constitucional.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 273/15.4YUSTR

Prima facie, afere-se que a norma plasmada no já referido artigo 84.º, n.º 5, do Regime Jurídico da Concorrência, de resto idêntica à prevista no diploma legal que rege os estatutos da Entidade Reguladora da Saúde, não contém propriamente uma alternativa. Ao cabo e ao resto, a norma não concede ao arguido que pretende recorrer de uma decisão da Autoridade da Concorrência outra opção senão a de pagar, ora por via da prestação de caução desde que possa alegar prejuízo considerável, ora, e não o podendo alegar, por via da execução da própria coima.

A *ratio legis* do preceito assenta, por um lado, num objetivo de natureza processual, relacionado com opções desincentivadoras da apresentação de recursos infundados, e por outro, numa finalidade de natureza substantiva, conseguida pela concessão de poderes mais intensos à Autoridade da Concorrência, enquanto autoridade administrativa de regulação e supervisão, visando-se dessa forma, ainda que reflexa, assegurar o funcionamento eficiente dos mercados, incumbência prioritária do Estado com respaldo constitucional (conferir artigo 81.º, alínea f), da Constituição da República Portuguesa).

E com vista a prosseguir os objetivos enunciados, o regime consente a execução de decisões administrativas sem que previamente tenha havido uma apreciação judicial das mesmas e permite outrossim que um arguido, não podendo alegar em concreto qualquer “prejuízo considerável”, seja colocado perante a contingência de pagar ou, em alternativa, ver o seu património executado; e mesmo quando possa alegar “prejuízo considerável”, não poderá escapar ao depósito prévio de uma quantia equivalente ao valor da coima a título de caução para que seja reconhecida a atribuição de efeito suspensivo ao recurso interposto da decisão administrativa.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 273/15.4YUSTR

Desta forma, sabendo-se que a finalidade cimeira de qualquer regime sancionatório reside na aplicação de coimas, o legislador assevera-se que tal desiderato é sempre alcançado, ora por via da prestação de caução, ora por via da imediata executoriedade de uma decisão administrativa.

Vejamos, então e agora, as repercussões de índole constitucional. A Arguida invoca a violação da presunção de inocência.

Concordamos com o duto acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, datado de 15 de maio de 2013 – disponível em dgsi.pt, com o processo n.º 0665/13, cuja relatora é a Exma. Senhora Conselheira Fernanda Maçãs – quando, discorrendo sobre a eventual desconformidade constitucional do artigo 84.º, do Regime Geral das Infrações Tributárias, refere que, afigurando-se inegável a extensão da presunção de inocência consagrada constitucionalmente (^{conferir} artigo 32.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa) ao processo contraordenacional, a solução consagrada “não se limita a estatuir de forma automática que o recurso não tem efeito suspensivo”, e assim “não se limita pura e simplesmente a admitir a execitoriedade da decisão de aplicação de coima tributária antes da decisão transitada em julgado”, antes condicionando “o efeito suspensivo do recurso à prestação de garantia ou demonstração da impossibilidade de o fazer devido à insuficiência total ou parcial de meios económicos”, emergindo, desde modo, “como um ónus para o recorrente que pretenda obter o efeito suspensivo do recurso”.

Diga-se, *a latere*, que o acórdão do Tribunal Constitucional n.º 41/2004 – disponível em tribunalconstitucional.pt, cuja relatora é a Exma. Senhora Conselheira Maria Fernanda Palma e citado por Paulo Pinto de Albuquerque, *in* Comentário do Regime Geral das Contraordenações à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, UCE Editora, p.251 – não se situa, salvo o devido respeito, num plano próximo do caso presente, porquanto não só se atinha a uma sanção acessória e de alegado caráter



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 273/15.4YUSTR

“preventivo” e não “repressivo”, como surge na sequência de uma decisão judicial de primeira instância.

Destarte, propendemos a considerar que o juízo propugnado pelo Supremo Tribunal Administrativo se aplica ao caso *sub judicio*. E assim, o acento tónico não reside potencialmente no instituto da presunção de inocência – como defende a Arguida – que não resulta assim violado, mas isso sim – como aponta o duto aresto – no acesso ao direito e tutela jurisdicional efetiva (conferir artigo 20.º, n.º 1 e artigo 268.º, n.º 4, ambos da Constituição da República Portuguesa), com óbvias repercussões – acrescentamos – nas garantias do processo contraordenacional (conferir artigo 32.º, n.º 10, da Constituição da República Portuguesa) e do Estado de direito democrático (artigo 2.º, da Constituição da República Portuguesa).

Ora, nas palavras de Gomes Canotilho e Vital Moreira – ^{conferir Constituição da República Portuguesa Anotada, Volume I, Coimbra Editora, p. 410/1} – “o direito de acesso ao direito não é apenas instrumento da defesa dos direitos. É também integrante do princípio material da igualdade e do próprio princípio democrático, pois este não pode deixar de exigir uma democratização do direito e uma democracia do direito”, acrescentando que “o reconhecimento do direito ao acesso ao direito e aos tribunais seria meramente teórico para muitas pessoas se não se garantisse que o «direito à justiça» não pode ser prejudicado por insuficiência de meios económicos”.

Por isso e como tem sido reiteradamente afirmado pelo Tribunal Constitucional (^{conferir acórdãos n.º 318/85, 264/87, 345/87, 412/87, 30/88, 56/88, 352/91, 467/91 e 646/98, apud Constituição da República Portuguesa Anotada, Volume I, Coimbra Editora, p. 411, de Gomes Canotilho e Vital Moreira}) afere-se como inconstitucional o condicionamento do recurso ao depósito prévio de determinada quantia que o recorrente não está em condições de satisfazer.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 273/15.4YUSTR

É que o direito ao recurso adquire no processo contraordenacional, porque fora da hierarquia jurisdicional, 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 da República Portuguesa – conferir, como especial interesse, o acórdão do Tribunal Constitucional n.º 373/2015, cujo relator é o Exmo. Senhor Conselheiro João Cura Mariano, disponível em tribunalconstitucional.pt, conferir outrossim, embora noutra perspetiva mas correlacionada, o acórdão do Tribunal Constitucional n.º 299/13, cujo relator é o Exmo. Senhor Conselheiro José da Cunha Barbosa, disponível em tribunalconstitucional.pt.

Tal entendimento parece sugerir que, 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 a administração pública.

Neste conspecto e quando convocado para um processo de natureza contraordenacional, o direito ao recurso, compreendido na dimensão de acesso ao direito e aos tribunais e garantia de uma tutela jurisdicional efetiva, adquire uma relevância particular inerente ao próprio exercício do direito de audiência e defesa que abrange inegavelmente no seu âmago e de forma cimeira o direito a recorrer – conferir na jurisprudência, o acórdão do Tribunal Constitucional n.º 278/99, cujo relator foi o Exmo. Senhor Conselheiro Tavares da Costa, disponível em tribunalconstitucional.pt; conferir na doutrina, o estudo: “Direito de audição e direito de defesa em processo de contraordenação: conteúdo, alcance e conformidade constitucional”, de Frederico de Lacerda da Costa Pinto, *in Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 23, N.º 1 (janeiro/março de 2013), Coimbra Editora, pp. 63/121 – explicitamente acolhido no artigo 32.º, n.º 10, da Constituição da República Portuguesa.

Assente as sobreditas dimensões do direito de acesso ao direito e aos tribunais (^{conferir artigo 20.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa}), da tutela jurisdicional efetiva (^{conferir artigo 268.º, n.º 4, da Constituição da República Portuguesa}) e do



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 273/15.4YUSTR

direito de audiência e defesa (^{conferir artigo 32.º, n.º 10, da Constituição da República Portuguesa}), impõe-se óbvia a correlação de todas com a própria ideia de Estado de direito democrático (^{conferir artigo 2.º, da Constituição da República Portuguesa}).

Logo, olhando novamente a norma do Regime Jurídico da Concorrência sob apreciação, é acertado concluir que, em abstrato, o direito ao recurso não se encontra ofendido, mas na prática é inexorável que tal venha a ocorrer, porquanto, *in limine*, para alguém que não possua meios económicos para proceder ao pagamento de uma caução, poderá ser preferível não recorrer do que colocar em risco o seu parco património. E o mesmo se diga de alguém que, apesar de possuir meios económicos para proceder ao pagamento da caução e assim ver-lhe atribuído o efeito suspensivo, não o pode fazer porque lhe é exigível sustentar um “prejuízo considerável” que não pode alegar, assim se vendo obrigado a, pura e simplesmente, pagar a coima, sob a ameaça de execução de uma decisão administrativa não transitada em julgado, e da qual se pretende uma pronúncia dos tribunais.

Impunha-se, pois, como essencial descortinar motivos e valores constitucionalmente válidos que pudessem acomodar justificadamente a solução consagrada pelo legislador.

Mas não só os potenciais motivos são sobretudo de natureza instrumental, como a única razão de índole substantiva, qual seja a defesa do mercado concorrencial, não permite nem consente uma ablação de princípios constitucionais como sejam o direito de acesso ao direito e aos tribunais, a garantia de tutela jurisdicional efetiva, as garantias de audiência e defesa num processo contraordenacional e, em plano cimeiro, a prevalência dos princípios incindíveis do próprio Estado de direito democrático.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 273/15.4YUSTR

E a ablação dos aludidos princípios constitucionais também se não pode ter por justificada pela mera razão de se vislumbrar uma menor ressonância ética no direito contraordenacional quando comparado com o direito processual penal, porquanto estão em causa decisões sancionatórias, cuja gravidade na esfera patrimonial do arguido adquire com frequência maior intensidade, quando menos, que a própria pena de multa.

Ante o aludido quadro constitucional, não se entende, salvo melhor e mais doura opinião, como contrário à lei Fundamental a atribuição legal, *per se*, de efeito meramente devolutivo à impugnação judicial de decisão administrativa sancionatória – em sentido contrário e questionando a própria constitucionalidade da atribuição de efeito meramente devolutivo ao recurso por conflitar com o princípio da presunção de inocência, *vide* José Luís da Cruz Vilaça e Maria João Melícias, *in* Lei da Concorrência, Comentário Conimbricense, Almedina, pp. 817/20; o que, cremos, se mostra desconforme à Constituição da República Portuguesa é a inexistência de norma que possibilite a atribuição de efeito suspensivo ou, quando tal norma exista, da mesma resulte ora a imediata executoriedade da decisão administrativa não transitada em julgado e sem possibilidade de prestação de caução, ora a imposição de prestação de caução, sem que esteja acautelada a potencial situação de insuficiência de bens económicos do arguido.

Em face do exposto, o Tribunal, em obediência ao mandato constitucional de administrar a justiça em nome do povo, 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.

Notifique.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 273/15.4YUSTR

*

Em consequência, o Tribunal decide atribuir ao recurso efeito suspensivo, sem determinar a prestação de caução, nos termos do disposto no artigo 59.º, do Regime Geral das Contraordenações e Coimas e artigo 408.º, n.º 1, alínea a), do Código de Processo Penal, aplicável *ex vi* artigo 41.º, n.º 1, do Regime Geral das Contraordenações e Coimas.

*

O Tribunal é competente.

Não existem nulidades e outras questões prévias ou incidentais que obstem à apreciação do mérito da causa, de que possa desde logo conhecer-se, relegando a sua apreciação para a sentença.

*

Não obstante a apresentação de prova, notifique a Arguida, o Ministério Público e a Autoridade da Concorrência para se oporem, querendo, à decisão dos autos por despacho, nos termos do disposto no artigo 64.º, n.º 2, do Regime Geral das Contraordenações e Coimas.

10

Desde já fica a Arguida e Ministério Público notificados para, manifestando oposição à decisão por simples despacho, esclarecer a matéria de facto a que as testemunhas arroladas responderão e bem assim a sua razão de ciência, sob pena de imediato indeferimento da sua inquirição, e tudo sem prejuízo do disposto no artigo 72.º, n.º 2, do Regime Geral das Contraordenações e Coimas.

*

Notifique Arguida / Recorrente para, no prazo de 10 dias, juntar aos autos cópia da última declaração de IES entregue.

Mais notifique a autoridade administrativa para juntar registo contraordenacional atualizado da Arguida.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 273/15.4YUSTR

Notifique os intervenientes processuais para, à luz do princípio da cooperação com o Tribunal, juntarem aos autos ficheiros informáticos em formato "word" relativos à decisão administrativa, recurso e alegações da autoridade administrativa.

Sérgio Martins P. de Sousa

(Texto processado em computador e integralmente revisto pelo signatário – Juiz de Direito)

Santarém, 2 de outubro de 2015