

# O ACÓRDÃO N.º 123/2018 DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL E AS SUAS DECLARAÇÕES DE VOTO – BREVES NOTAS AO EFEITO DA IMPUGNAÇÃO DAS DECISÕES CONTRA-ORDENACIONAIS DE ENTIDADES REGULADORAS

*José Francisco Veiga\**

**ABSTRACT** *In Portugal, some regulators have competence (established in their specific sanction framework) to deal with administrative infractions, committed by operators of different markets. These operators can appeal to the Court and ask it to revoke or revise Regulator's decision. However, appeals have devolutive effect, unless the applicant proves that this effect would be damaging and provides a guarantee. In this case, the appeal will have suspensive effect. Portuguese Constitutional Court analysed this rule – for what regards Energy Services Regulatory Authority (ERSE) – and concluded that it does not violate Portuguese Constitution, namely it does not offend the principle of effective judicial protection, nor the principle of presumption of innocence, nor the principle of proportionality.*

*In this work, I analyse the decision taken by the Portuguese Constitutional Court, as well as the views of judges who did not agree with it.*

**SUMÁRIO** 1. Introdução. 2. O Direito das contra-ordenações – autonomia face ao Direito Penal, fruto da diferente axiologia entre os dois ramos do direito (breve enquadramento). 3. O Acórdão n.º 123/2018 do Tribunal Constitucional. 3.1. Enquadramento e sentido da decisão do Tribunal Constitucional. 3.2. Declarações de Voto. 3.3. Análise do acórdão e dos votos vencidos. 4. Conclusões.

---

\* Técnico superior e Advogado na Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos (ERSE). Assistente Convidado da área de Direito Comum no Instituto Superior de Contabilidade e Administração de Lisboa (ISCAL – IPL). As opiniões manifestadas no presente artigo são pessoais e não vinculam nenhuma das instituições com as quais o autor colabora a nível profissional.

*Este trabalho beneficiou de trocas de impressões iniciais e de sugestões bibliográficas do Senhor Juiz Conselheiro Leones Dantas e ainda do Sr. Dr. Filipe Matias Santos, da Sra. Dra. Joana Rocha Coelho e da Sra. Dra. Cláudia Guedes, a quem muito agradeço, tendo sido defendido perante os Senhores Professores Doutores Bernardo Azevedo e Licínio Lopes Martins e, por isso, sido revisto e aprimorado na sequência de pós-graduação em Regulação e Concorrência. Naturalmente, todas as opiniões expressas no mesmo apenas vinculam pessoalmente o seu autor.*

**KEY-WORD & JEL CLASSIFICATION CODES** Judiciary, Law Enforcement, Litigation (K41, K42)

## 1. INTRODUÇÃO

O presente estudo dedica-se à temática do direito contra-ordenacional, especialmente no contexto da regulação que faz com que as entidades sectoriais que supervisionem os mercados tenham visto robustecer as suas competências sancionatórias<sup>1</sup>. Assim, primeiramente, referiremos brevemente o contexto do (re)surgimento do direito das contra-ordenações e, sem sermos exaustivos ou dogmaticamente desenvolvidos, referir-nos-emos a algumas concepções de contra-ordenação propostas. De seguida, analisaremos o Acórdão n.º 123/2018, emitido pelo Tribunal Constitucional, bem como os votos vencidos, de modo a podermos concluir pela autonomia axiológica deste ramo do direito que permitirá uma valorização e interpretação das normas diversa daquela que se faria em sede penal.

## 2. O DIREITO DAS CONTRA-ORDENAÇÕES – AUTONOMIA FACE AO DIREITO PENAL, FRUTO DA DIFERENTE AXIOLOGIA ENTRE OS DOIS RAMOS DO DIREITO (BREVE ENQUADRAMENTO)

Não compreende o objecto do presente estudo uma densificação do percurso histórico deste ramo do direito e seus congéneres<sup>2</sup>, mas, nesta fase, tão-só compreender os motivos que levam à existência de uma autonomia do direito das contra-ordenações face ao direito penal<sup>3</sup>.

Tradicionalmente, os autores sustentam que o desenvolvimento e a autonomia do direito das contra-ordenações se deve à existência de maiores áreas

---

1 No caso da ERSE, a competência sancionatória surgiu com a Lei n.º 9/2013, de 28 de Janeiro, que aprovou o Regime Sancionatório do Sector Energético (RSSE).

2 Para desenvolvimento da parte histórica, desde o *direito de polícia* até às reformas no sistema português, cf. Andrade, 1998: 75-107; Dias, 1998: 19-33; Costa, 1998: 109-143; e ainda Moutinho, 2008: 17 ss.

3 Embora não seja objecto do presente estudo, naturalmente a questão assume relevância, desde logo porque, nas palavras de Frederico Costa Pinto, “*O problema [da autonomia do ilícito de mera ordenação social] tem entre nós um forte lastro doutrinário, mas não é puramente teórico, já que uma ou outra perspectiva pode condicionar as opções sancionatórias do legislador e pode conduzir a diferentes soluções em diversas matérias substantivas e processuais*”. Cf. Pinto, 2017: 249.

de actuação do Estado, em que, aumentando *o fundamento e a legitimação* deste ente, aumentará também a sua acção *conformadora e repressiva*<sup>4</sup>.

Por outro lado, as novas áreas de actuação do Estado têm sido crescentemente técnicas (basta pensarmos nos sectores que se encontram regulados através de uma autoridade administrativa, fruto, não raras vezes, da liberalização económica que foi levada a cabo em vários sectores, como o da energia, telecomunicações, etc.). Ora, tal tecnicidade, associada aos comportamentos potencialmente violadores da acção conformadora que o Estado pretende levar a cabo exige também uma intervenção repressiva.

Com particular relevância, aponta-se igualmente a questão da *“legitimação que atinge o direito penal”*, ou seja, a dignidade punitiva de uma conduta e que tem levado aos movimentos de descriminalização leva a *“uma reacção contra o uso indiscriminado das penas criminais, como meio de proteger toda e qualquer espécie de fins ou interesses do Estado”*<sup>5</sup>. Desta forma, certas infracções de pequena importância acabaram por ser *descriminalizadas*, passando tal comportamento a estar sujeito a um *“direito penal de bagatelas”*<sup>6</sup>.

Aqui chegados, pergunta-se pela definição de contra-ordenação. Não se procurará examinar as diversas posições assumidas, mas apenas procurar clarificar algumas posições comuns que se têm sobre o tema.

O Regime Geral das Contra-Ordenações (RGCO) refere no seu artigo 1.º que *“[c]onstitui contra-ordenação todo o facto ilícito e censurável que preencha um tipo legal no qual se comine uma coima”*. Atendendo à definição, Lobo Moutinho comenta que *“estamos perante um critério simplesmente nominal”*, referindo que tudo dependerá do que se entenda por *coima*<sup>7</sup>. Paulo Pinto de Albuquerque anota que o RGCO *“opta por um critério formal de distinção”*, ao qual *“acresce ainda um critério material, devido ao carácter ético-socialmente indiferente da conduta que a contra-ordenação censura”*<sup>8, 9</sup> (nosso destaque).

4 Seguimos, nestes três parágrafos, Andrade, 1998: 77.

5 Cf. Correia, 1998: 3.

6 *Idem*.

7 Cf. Moutinho, 2008: 29.

8 Cf. Albuquerque, 2011(a): 27.

9 Esta posição, contudo, não é unânime. Assim, por exemplo, Manuel da Costa Andrade lembra a existência das “bagatelas penais” e a dificuldade em definir a fronteira de *quantum* para se perceber se estaremos no domínio de um crime ou de uma contra-ordenação. Não obstante a existência de *zonas cinzentas*, o mesmo autor, lembra que há ilícitos que pertence inequivocamente ao Direito Penal e outros ao Direito Contra-ordenacional. Ainda Manuel da Costa Andrade refere que *“[n]ão é, na verdade, fácil aceitar-se que qualquer violação do direito seja, sem mais, eticamente neutra (...). Aliás, todas as contra-ordenações acabam por*

Não obstante, o mesmo autor refere que existem também condutas eticamente relevantes em que o legislador entende como suficiente e adequada a tutela contra-ordenacional.

Em suma, podemos afirmar, com Frederico Costa Pinto, ao comparar a contra-ordenação ao crime, que “[u]ma contra-ordenação corresponde em regra a um **ilícito qualitativamente distinto do ilícito criminal**: o seu desvalor é pré-configurado pela criação normativa de deveres que pré-existem à infração (as normas de conduta) e não necessariamente pelo juízo jurídico-político sobre a necessidade de tutela de um bem jurídico fundamental”<sup>10</sup> (nosso destaque) e que tal está também relacionado com a “menor densidade ética dos factos envolvidos”<sup>11</sup> no direito contra-ordenacional.

### 3. O ACÓRDÃO N.º 123/2018 DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL<sup>12</sup>

#### 3.1. Enquadramento e sentido da decisão do Tribunal Constitucional

A decisão sobre a qual o Tribunal Constitucional (TC) teve de se pronunciar opôs uma empresa comercializadora de energia à ERSE.

Estava em causa a aplicação de uma coima à referida entidade por esta não dispor de um *atendimento telefónico eficaz*, tendo-lhe sido aplicada uma coima no montante de 50.000,00 €. O visado recorreu da decisão da ERSE para o Tribunal de Concorrência, Regulação e Supervisão (TCRS), tendo este tribunal considerado que a norma contida nos n.ºs 4 e 5 do artigo 46.º do Regime Sancionatório do Sector Energético (RSSE), aprovado pela Lei n.º 9/2013, de 28 de Janeiro, era inconstitucional. Segundo a norma em causa<sup>13</sup>:

---

*relevar de forma mais ou menos directa da tutela de interesses ou valores essenciais à realização do homem*”. Cf. Andrade, 1998: 99, 104, 106. Também Lobo Moutinho discute acerca da definição de contra-ordenações, resumindo a posição dos diferentes autores. Para desenvolvimentos, cf. Moutinho, 2008: 43 ss. Veja-se, ainda, Monteiro, 2017: 344 ss.

10 Cf. Pinto, 2017: 250.

11 Cf. Pinto, 2015: 143.

12 Disponível *online* em: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20180123.html> [última consulta: 01.08.2020].

13 Esta norma encontra lugares paralelos no regime sancionatório de outros sectores, designadamente no sector da Concorrência (artigo 84.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio) e também no da Saúde (artigo 67.º do Decreto-Lei n.º 123/2014, de 22 de Agosto), embora, nesse caso, formalmente a norma em causa se encontre plasmada num Decreto-Lei e não numa lei da Assembleia da República, o que teve já implicações em sede constitucional, conforme acórdãos n.º 554/2018 do TC. Entretanto, após este aresto, o Tribunal Constitucional já teve oportunidade de, também em Plenário, no Acórdão n.º 776/2019, não julgar norma

“4 – O recurso tem **efeito meramente devolutivo**, exceto no que respeita a decisões que apliquem as sanções acessórias previstas nas alíneas a) ou b) do n.º 1 do artigo 35.º, em que o efeito é suspensivo.

5 – No caso de **decisões que apliquem coimas**, o visado pelo processo 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.” (nossos destaques)

Na sequência da decisão do TCRS, o Ministério Público e a ERSE apresentaram recurso para o TC que acabou por analisar a conformidade constitucional da norma em causa em Plenário<sup>14</sup>.

Está em causa, em síntese, a construção de um sistema de recurso no âmbito contra-ordenacional, segundo o qual o referido recurso tem, em regra, *efeito devolutivo*. Clarificado, nas palavras da sentença emitida pelo TCRS<sup>15</sup>, “(...) a atribuição, como regra, de efeito devolutivo ao recurso de impugnação judicial significa que o arguido poderá ter de se sujeitar, pelo menos temporariamente, à execução voluntária ou coerciva da sanção, ou seja à lesão do direito que pretende proteger, pelo que o recurso à impugnação judicial não evitará a lesão efectiva do direito, nem a sua plena reintegração”.

Sucedo que, caso o recorrente, i.e., o visado no processo de contra-ordenação, entenda que a execução da decisão lhe causa *prejuízo considerável* e, cumulativamente, se ofereça para *prestar caução substitutiva*, o efeito do recurso será *suspensivo*.

Como veremos, o n.º 5 do artigo 39.º do RSSE será essencial para a análise do regime jurídico plasmado e para a respectiva conformidade constitucional.

Como lembra o TC, esta regra (presente, como se indicou na nota 13 *supra*, no regime sancionatório de outras entidades) tem a sua *ratio* na natureza e nas atribuições das entidades reguladoras e, por esse motivo, é distinta da

---

idêntica constante do artigo 84.º, n.º 5 do Regime da Concorrência, aprovado pela Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio. Disponível *online*: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20190776.html> [última consulta: 01.08.2020].

14 Através do Acórdão n.º 397/2017, a 3.ª Secção do TC decidiu não julgar inconstitucional as normas dos n.ºs 4 e 5 do artigo 46.º do RSSE. Por existir divergência com o Acórdão n.º 675/2016, da 1.ª Secção do TC, o Ministério Público, ao abrigo do n.º 1 do artigo 79.º-D da LTC, interpôs recurso obrigatório do mesmo para o Plenário do TC que proferiu o acórdão que ora se analisa.

15 Disponível *online* no sítio TC que, no acórdão em análise, cita a decisão recorrida: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20180123.html> [última consulta: 01.08.2020].

regra geral presente no RGCO. Recorrendo a jurisprudência anteriormente emanada pelo TC, designadamente os Acórdãos n.ºs 376/2016 e 675/2016, o Tribunal começa por identificar os motivos pelos quais existe regulação: a liberalização de certos sectores da actividade económica que potenciaram que tais sectores actuassem de acordo com uma *lógica específica*, diferente da lógica política e dos ciclos eleitorais, como modo de promover a estes mercados “*estabilidade, previsibilidade, imparcialidade e objectividade*”, e ainda a promoção da concorrência que acarretou a “*necessidade de separar a regulação do funcionamento do mercado e a intervenção das entidades públicas, enquanto sujeitos económicos*”<sup>16</sup>.

De seguida, o TC debruça-se, ainda citando o Acórdão n.º 376/2016, sobre a razão de ser do regime da impugnação judicial de contra-ordenações de certos sectores ser distinto do regime geral, designadamente em matéria de *efeito devolutivo do recurso*. O interesse público subjacente a tal opção legislativa tem que ver com a “*necessidade de conferir maior eficácia aos respetivos poderes sancionatórios, de modo a garantir, no plano substantivo, uma maior proteção aos valores e bens tutelados nos domínios normativos em que atuam*”. Adiante, conclui, referindo que “*procura-se minimizar os recursos judiciais infundados cujo objetivo seja protelar no tempo o pagamento da coima*”<sup>17</sup>. No caso geral da ERSE e no caso específico em análise, o TC qualifica o interesse público como *intenso*, de modo a garantir a efectividade das decisões da ERSE, dissuadindo o recurso aos tribunais, como efeito dilatatório.

Tendo em conta estes interesses, o TC entende que será necessário analisar a conformidade constitucional de tal solução legal, atendendo, por um lado, à *tutela jurisdicional efectiva* (positivada nos artigos 20.º e 268.º, n.º 4 da CRP) e ao princípio da *presunção da inocência* (previsto no artigo 32.º, n.ºs 2 e 10 da CRP) e, por outro lado, ao princípio da *proibição do excesso* (plasmado no artigo 18.º, n.º 2 da CRP).

Começando por analisar o **princípio da tutela jurisdicional efectiva**, o TC entende que a previsão normativa do RSSE não constitui uma *restrição directa*. Citando o Acórdão n.º 675/2016, o TC considera que a norma em análise “*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*”. Poderá, outrossim, estabelecer uma *restrição oblíqua*, “*na medida*

16 Acórdão n.º 376/2016 do Tribunal Constitucional *apud* acórdão n.º 123/2018 do Tribunal Constitucional.

17 *Idem*.

*em que impõe um ónus significativo – a demonstração de prejuízo considerável e a prestação de caução substitutiva –, para a suspensão dos efeitos da decisão impugnada*”. Segundo o TC, não está em causa um *ónus no acesso*, uma vez que não se levantam obstáculos no acesso à justiça (tal será o caso do pagamento de uma taxa de justiça para recurso aos tribunais), mas antes um *ónus de suspensão da execução*, uma vez que “*o que se onera é a obtenção de uma vantagem normalmente associada à impugnação judicial das decisões sancionatórias da Administração no âmbito de procedimento contraordenacional (...) – a suspensão da execução da sanção*”. Conclui o TC este aspecto, referindo que o RSSE não impõe nenhuma restrição de acesso aos meios judiciais, mas apenas do interesse de inibir a execução da sanção impugnada.

Para finalizar a análise ao princípio da tutela jurisdicional efectiva, o TC analisa ainda a conformidade da norma prevista no RSSE na vertente da *efectividade da tutela jurisdicional*, i.e., o “*direito a que a procedência da impugnação importe a reintegração, restauração ou reconstrução da situação juridicamente devida (...), por oposição à mera vitória moral*”. Segundo a decisão do TC, existem três motivos essenciais que determinam que tal *efectividade* não fique comprometida. Em primeiro lugar, tal resulta do facto de o âmbito de aplicação da norma se restringir a casos em que tenha havido lugar à aplicação de uma coima (ou seja, uma sanção exclusivamente pecuniária). Nesse contexto, “*sendo o dinheiro um bem radicalmente fungível, a reconstrução da situação devida pode ser, na generalidade dos casos, eficazmente assegurada através da restituição da quantia paga pela entidade sancionada*”. Por outro lado, uma vez que o RSSE atende à situação económica do visado no processo (artigo 32.º, n.º 1, alínea f) do RSSE), em regra, evitam-se situações em que a execução da sanção cause prejuízos cuja reparação não se satisfaça com a restituição da sanção. Por último, a existência da excepção à regra, nos casos em que exista prejuízo considerável e o visado se ofereça a prestar caução substitutiva (que, com bem lembra o TC, pode revestir diversas formas, desde títulos de crédito, garantias bancárias ou garantias reais).

Por estes motivos, entende o TC que não se verifica uma violação do princípio da tutela jurisdicional efectiva.

De seguida, o TC analisa o *princípio da presunção da inocência*, presente no artigo 32.º, n.º 2 e 10 da CRP. A primeira questão que o TC começa por resolver prende-se com a clarificação de que este princípio de processo penal, segundo o qual o arguido se presume inocente até trânsito em julgado da decisão condenatória, se estende ao direito sancionatório público. Atendendo a tal pressuposto, analisa-se depois se as normas do RSSE em

causa constituem uma restrição ao direito da entidade visada ser considerada inocente. Clarificando o princípio em causa<sup>18</sup>, o Tribunal refere que o arguido *provisoriamente condenado* tem um tratamento idêntico ao do arguido cuja condenação é definitiva. Não obstante, tendo em consideração os interesses em causa em matéria contra-ordenacional, nomeadamente o facto de se verificar, neste domínio, uma *diferente ressonância ética das infracções* e se reconhecer, conseqüentemente, uma *margem alargada de conformação legislativa*, o Tribunal questiona se as normas do RSSE em análise serão um *meio excessivo* para atingir os *fins* relacionados com o cumprimento das sanções e a dissuasão do recurso aos tribunais com intuito dilatatório. Por outras palavras, questiona-se o **princípio da proibição do excesso**, insito no artigo 18.º, n.º 2 da CRP. O TC baliza a análise ao princípio da proibição do excesso, no sentido de verificar se as normas do RSSE prosseguem finalidades legítimas, não constitucionalmente proscrias, através de meios restritivos, que implicam a ablação de direitos ou interesses fundamentais. No caso *sub judice*, a análise comportava a questão de se saber se a finalidade do artigo 46.º, n.ºs 4 e 5 do RSSE (que, como já se viu, implica a necessidade de conferir maior eficácia aos poderes sancionatórios, de modo a conferir maior protecção aos valores e bens tutelados, minimizando os recursos judiciais infundados que buscam, dilatoriamente, protelar no tempo a aplicação da sanção contra-ordenacional) comportava um meio lesivo do direito à presunção da inocência. Para tal – e tendo em conta o princípio constitucional em análise –, atendeu-se à *idoneidade, exigibilidade* e anda à *proporcionalidade*.

Começando pelo subprincípio da *idoneidade* (nas palavras do TC, “*o meio restritivo escolhido pelo legislador não pode ser inadequado ou inepto para atingir a finalidade a que se destina; caso contrário, admitir-se-ia um sacrifício desnecessário de valor constitucional*”), o TC conclui que é *pacífica* na jurisprudência constitucional portuguesa que o meio (ou seja, o efeito devolutivo do recurso, como regra) é idóneo para atingir a finalidade em causa (a que se aludiu *supra* e que pretende, também, com impedir a utilização do recurso como meio dilatatório pelo visado).

Adiante, analisa-se o subprincípio da *exigibilidade* (nas palavras do TC, “*o meio admitido não pode ser mais restritivo do que o indispensável para atingir a finalidade a que se destina; caso contrário admitir-se-ia um sacrifício*

---

18 Nas palavras do TC, “*o arguido deve ser presumido inocente – o que significa, desde logo, que não deverá sofrer qualquer sanção punitiva –, até que se verifiquem uma de duas condições: a consolidação da condenação administrativa pelo facto de a sua não impugnação dentro do prazo previsto na lei ou a confirmação da condenação administrativa no âmbito de um recurso judicial interposto pelo arguido*”.

desnecessário *de valor constitucional*”). O TC recorda a decisão emanada no Acórdão n.º 675/2016, onde o mesmo Tribunal concluía pela violação deste subprincípio, argumentando que a *reformatio in pejus* podia evitar o recurso desnecessário. A este propósito, na análise efectuada no Acórdão em análise, o TC refere que a *reformatio in pejus* não pode ser considerada como uma medida *alternativa* para evitar o recurso ao Tribunal, desde logo porque tal medida já se encontra instituída, mas antes como medida *cumulativa*. Ademais, essa mesma medida não responde à segunda finalidade identificada pelo Tribunal para as normas do RSSE que tem que ver com o facto de o efeito devolutivo servir também de *garantia* para o cumprimento da sanção.

Debruçando-se sobre a decisão recorrida, emitida pelo TCRS, que havia considerado violado este subprincípio, argumentando que o legislador poderia ter imposto o recurso a medidas de garantia patrimonial que limitassem o receio de não pagamento, o TC refere que tal argumentação esquece o outro objectivo do legislador, que pretende evitar o recurso por efeito meramente dilatatório. Ademais, o mesmo Tribunal lembra que um desiderato fundamental da medida em causa prende-se com a “*regulação sistémica dos incentivos de agentes económicos que operam em mercados cujo bom funcionamento é do mais intenso interesse público, não apenas no âmbito nacional, mas no da União Europeia*” e tem como inspiração o regime previsto no artigo 278.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, para os recursos interpostos para o Tribunal de Justiça da União Europeia, incluindo aqueles que resultem de decisões sancionatórias aplicadas pela Comissão Europeia.

Por estes motivos, entende o Tribunal que não se encontra violado o subprincípio da *exigibilidade*.

Por último, o Tribunal refere-se ao *princípio da proporcionalidade* (nas palavras do TC, “*determina que os fins alcançados pela medida devem, tudo visto e ponderado, justificar o emprego do meio restritivo; o contrário seria admitir soluções legislativas que importem um sacrifício líquido de valor constitucional*”). No entendimento do TC, também não se verifica uma violação do subprincípio em causa, fundamentalmente por cinco motivos.

Em primeiro lugar, porque o *princípio da presunção da inocência* em matéria contra-ordenacional tem um *peso axiológico diferente* do que lhe é atribuído em matéria criminal, atendendo, designadamente, ao alcance ablativo das sanções em causa e à diferente ressonância social das infracções.

Em segundo lugar, porque os visados são pessoas colectivas que actuam no âmbito de mercados regulados, inseridos num âmbito relevante da actividade económica.

Em terceiro lugar, porque a entidade que emana a decisão contra-ordenacional é *independente* (ao nível orgânico e funcional), o que significa que é elevada a probabilidade de tal decisão vir a ser secundada por um órgão jurisdicional.

Em quarto lugar, porque a regra do n.º 4 do artigo 46.º do RSSE é mitigada pela excepção prevista no n.º 5, segundo a qual, em caso de prejuízo considerável e caso o visado se ofereça para prestar caução substitutiva, o efeito do recurso será suspensivo. Tal é justamente considerado pelo TC como a “*válvula de escape*” do sistema.

Por último, a caução pode ser prestada “*no montante e pela forma que o Tribunal entender adequados*”, tendo em consideração as particularidades do caso.

Por estes motivos, o TC decidiu não julgar inconstitucionais as normas constantes do artigo 46.º, n.os 4 e 5 do RSSE.

### 3.2. Declarações de voto

Este acórdão emitido pelo TC foi alvo da discordância de cinco juízes Conselheiros, valorando de modo distinto os princípios jurídicos enunciados pelo Tribunal na sua decisão.

Inicialmente, argumenta-se que existe um “*automatismo incompatível com (...) os princípios constitucionais, pois o teor literal da lei indica o julgador que não lhe é deixada uma margem de manobra que permita a dispensa da prestação de caução ou proceda a uma graduação do seu montante de acordo com as circunstâncias do caso concreto*”, o que faria supor que a norma em apreciação constitucional deveria ser interpretada e aplicada de modo estanque, sem uma margem de livre apreciação pelo julgador.

Também se argumenta, que a violação do **princípio da presunção da inocência** não deve ser admitida, por não passar no teste da proporcionalidade, uma vez que existem formas menos onerosas de garantir a suficiência patrimonial do cumprimento da sanção *a final* por parte do visado, como seja o recurso à caução económica, prevista no artigo 227.º do Código de Processo Penal (aplicável *ex vi* artigo 32.º RGCO). Ao mesmo tempo, considera-se que tal objectivo (a garantia da suficiência económica para cumprimento da sanção) não tem o mesmo peso axiológico do princípio da presunção da inocência, pelo que o fim a alcançar pela medida restritiva não seria *tão importante*, nem a restrição seria *tão leve*, tanto mais que podem estar em causa coimas com aplicação de um *valor económico elevadíssimo*.

Ainda a este propósito também se argumenta que o interesse público na regulação dos mercados energéticos não deve permitir-se ceder ao princípio

da presunção da inocência, devendo, pelo contrário, admitir-se que o mesmo princípio deve ser *reforçado*, na medida em que a *maior dignidade dos valores* (onde se incluem *mais drásticas respostas sancionatórias*) deve conferir um *reforço das garantias processuais*.

Ainda a propósito da compressão deste princípio, refere-se que o meio para evitar o recurso enquanto expediente dilatatório não é *idóneo*, uma vez que o visado que tenha apenas intuito dilatatório, interporá recurso, com vista à obtenção da prescrição.

Em relação ao **princípio da tutela jurisdicional efectiva**, começa por se argumentar acerca do momento dos efeitos processuais das normas em causa, referindo que o acórdão impõe “*um ónus equivalente ao pagamento da coima para evitar o cumprimento imediato da sanção proposta pela autoridade administrativa, mesmo nos casos em que esse cumprimento cause prejuízo considerável ao sancionado e sempre antes de a adequação da sanção ser confirmada por um decisor neutral (o juiz)*”. Já antes se dissera que “*Tal significa que nunca lhe [ao visado] será possível aceder ao tribunal, contestando a coima ou o seu valor, sem antes pagar essa mesma coima (ou garantir o seu valor), independentemente do seu montante*”, concluindo-se de seguida que “*Nesta interpretação, é evidente que a norma introduz um constrangimento material ao direito de acesso a uma via jurisdicional efetiva contra uma decisão administrativa sancionatória*”.

Acrescenta-se ainda que a tutela jurisdicional efectiva não se preocupa apenas com o acesso aos tribunais, mas também possibilita que o arguido veja reapreciados os fundamentos da decisão impugnada e evite os seus efeitos.

Também se acrescenta que a “*distinção entre restrição direta e restrição oblíqua e distinção entre ónus de acesso à justiça e ónus de suspensão da execução são artificiais e meramente retóricos*”, uma vez que o efeito prático de tais restrições comportam uma dificuldade no acesso à justiça.

Por último, sugere-se “*em coerência com o entendimento afirmado no acórdão, uma vez que o juízo de não inconstitucionalidade proferido se fundou numa determinada interpretação da norma, e que só através dela se mostra possível salvaguardar a sua conformidade constitucional, o Tribunal deveria ter recorrido ao disposto no artigo 80.º, n.º 3, da LTC, levando à decisão a referida interpretação*”.

### 3.3. Análise do acórdão e dos votos vencidos

Exposta que está a decisão e os principais argumentos que a sustentam e que a contestam, será altura para procurarmos fazer um ponto de ordem, atendendo, designadamente à diferente natureza axiológica do direito das contra-ordenações.

Esta questão tem particular relevância atendendo nomeadamente ao n.º 1 do artigo 41.º do RGCO que refere expressamente que “*Sempre que o contrário não resulte deste diploma, são aplicáveis, **devidamente adaptados**, os preceitos reguladores do processo criminal*” (nosso destaque)<sup>19</sup>. Reveste-se, neste contexto, de fulcral importância saber, para cada caso, se deve existir uma mobilização das normas de carácter penal em sede contra-ordenacional e, em qualquer caso, se as normas mobilizadas (independentemente de serem normas mobilizadas por via remissiva, por exemplo expressa, como a prevista no artigo 41.º do RGCO, ou, no que aqui nos ocupa, mobilizadas no contexto de integração sistemática do ordenamento jurídico como um todo coerente, onde ganham, naturalmente, destaque as normas de carácter constitucional) devem obedecer a critérios interpretativos específicos (diferentes portanto, daqueles que comumente norteiam o direito penal). Este problema levar-nos-á a analisar integradamente os argumentos aduzidos pelo Acórdão n.º 123/2018 e, bem assim, as críticas que sobre o mesmo foram vertidas em sede de votos vencidos.

Em primeiro lugar, argumentou-se com o automatismo da norma que seria incomportável com a margem de livre apreciação do julgador. Leiamos, novamente, a norma, de modo a podermos retirar as melhores ilações acerca deste argumento. O n.º 5 do artigo 46.º do RSSE refere que “*No caso de decisões que apliquem coimas, o visado pelo processo 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*” (nossos destaques).

Entendemos que a redacção da norma poderia ser mais clara, no entanto, a objecção plasmada não merece acolhimento. Com efeito, a margem de livre apreciação do julgador não fica posta em causa, por dois motivos fundamentais. Em primeiro lugar, porque, no momento inicial, caberá ao julgador, recebido o *requerimento* (que poderá incluir a própria peça processual de impugnação da coima aplicada pela Entidade Reguladora), decidir se atende ao pedido de efeito suspensivo solicitado pelo visado. *Gramaticalmente*, não existem dúvidas que o Tribunal decidirá também *pelo prazo* em que tal caução

19 O RSSE prevê (nos artigos 4.º, 27.º e, em relação às impugnações judiciais, no artigo 45.º) que subsidiariamente se aplica o RGCO. Por sua vez, este diploma aponta, na citada norma, para a aplicação subsidiária do regime penal. Chamamos à colação este artigo, porque a diferente natureza axiológica do direito das contra-ordenações a que nos referimos no início deste estudo não permite uma aplicação cega das normas que foram axiologicamente pensadas para o direito penal.

deverá ser prestada, o que permite concluir de imediato que, em termos processuais, solicita-se, com a impugnação, o efeito suspensivo e o juiz decide e, caso entenda ser de fixar esse efeito (atendendo, naturalmente ao *prejuízo considerável* que o efeito devolutivo teria na esfera jurídica do visado), fixa um prazo para a respectiva prestação. Não será, pois, possível que o Tribunal *ignore* o efeito da impugnação judicial ou que, fixando o efeito suspensivo, não fixe um prazo ou não cuide de verificar se a caução foi efectivamente prestada (caso não tenha sido, fica naturalmente prejudicado o pedido de efeito de suspensivo).

Ainda a este propósito, argumenta-se que “*não lhe é [ao julgador] deixada margem de manobra que permita a dispensa da prestação da caução ou proceda a uma graduação do seu montante de acordo com as circunstâncias do caso concreto*”.

O acórdão ora em análise esforçou-se por identificar os motivos que levaram o legislador a plasmar a norma do artigo 46.º do RSSE, definindo a regra do efeito devolutivo, a qual deveria ser interpretada atendendo à *válvula de escape* do sistema que permite consagrar o efeito suspensivo da impugnação mediante requerimento do visado que prove *prejuízo considerável* e se ofereça a prestar caução em substituição: por um lado pretende evitar o acesso à impugnação judicial como via *dilatória* para impedir a execução da decisão administrativa e, por outro lado, permite que se constitua uma garantia para o caso de a decisão da impugnação vir a ser desfavorável ao particular que a impugnou, além de ter interesse para a regulação dos mercados energéticos. Como se sabe, o legislador teve a preocupação de garantir o necessário equilíbrio num regime exigente, daí que tenha criado a *válvula de escape* do sistema (prova do *prejuízo considerável* no efeito devolutivo, pelo particular e prestação de caução). Ora, caso o juiz pretendesse atribuir efeito suspensivo sem que o particular oferecesse caução, sucumbiria o propósito legislativo de constituição de uma garantia patrimonial para o caso de impugnante vir a ser condenado. Por esse motivo, entende-se que a margem de livre apreciação que o julgador efectivamente não tem nesta sede (não fixar qualquer montante para prestação da caução substitutiva) foi *querida* pelo legislador e não fere a CRP. Com efeito, ofenderia o princípio da separação dos poderes o julgador que, *contra legem*, decidisse pela não prestação de caução e atribuísse efeito suspensivo à impugnação. Questão diversa é a de saber se o valor da caução deve corresponder ao valor da sanção decida pela autoridade administrativa ou se, pelo contrário, o Tribunal pode fixar um valor diferente (designadamente, menor). Sabemos que o elemento gramatical não aponta num sentido negativo (“*se ofereça para prestar caução*”), uma vez que não cuida do

montante. No entanto, o elemento teleológico, isto é, a *ponderação dos diversos interesses que a norma regula*<sup>20</sup>, pode apontar para uma resposta afirmativa à questão. Com efeito, o julgador atribui um efeito suspensivo à impugnação, se entender que, no caso concreto, há um *prejuízo considerável*. Pela ponderação de interesses que o julgador deverá atender nesta secção da norma, o mesmo deverá avaliar (e procurar promover) a garantia patrimonial a prestar (permitindo ver satisfeito o interesse da Administração) e o interesse do particular na impugnação. O que significa que o Tribunal pode entender que o valor a caucionar pelo particular poderá ser diferente daquele que constitui a coima por que o mesmo fora condenado e, bem assim, determinar também o modo da sua prestação: garantia bancária, hipoteca, transferência bancária, ou outra. Interpretando a norma desta forma, entende-se que não se verifica um estrangulamento do julgador que, conformando o caso, poderá mobilizar a norma consoante os interesses existentes e prevaletentes ao caso (sem que o atendimento de um implique a restrição completa do outro).

Em segundo lugar, argumentou-se no sentido de que a decisão do Tribunal Constitucional era violadora do princípio da presunção da inocência. Neste contexto, os diferentes votos vencidos focaram sobretudo quatro aspectos que justificariam que, em homenagem à presunção da inocência, a decisão do Tribunal Constitucional deveria ter sido a da inconstitucionalidade.

Argumentou-se, assim, que o peso axiológico do princípio da presunção da inocência era diferente (superior) ao da garantia do cumprimento da sanção, pelo que, estando em causa valores com pesos distintos, não deveria o Tribunal fazer submetê-los ao teste da proporcionalidade. De todo o modo, promovendo-se o teste da proporcionalidade, não deveria o Tribunal considerar que a norma passava pelo mesmo, na medida em que a restrição imposta ao princípio da presunção da inocência era gravosa e, tanto mais prejudicial, quanto o valor económico das sanções em causa.

Entendemos que este primeiro argumento seria válido se tratássemos de matéria criminal ao invés de matéria contra-ordenacional. A questão aqui pode residir em interpretar a passagem do n.º 1 do artigo 41.º do RGCO na parte em que manda aplicar subsidiariamente ao processo contra-ordenacional os preceitos reguladores do processo criminal “*devidamente adaptados*”<sup>21</sup> (e, em todo o caso, na interpretação dos preceitos constitucionais aplicáveis, ainda que eventualmente não de forma directa). Como bem refere Leones

---

20 Cf. Machado, 2010: 183.

21 No caso, esta norma teria aplicação *ex vi* artigos 4.º e 45.º do RSSE.

Dantas, a aplicação “*não é, contudo, directa, devendo passar sempre que necessário por um processo de adaptação aos princípios e às soluções processuais próprias do Direito das Contra-Ordenações, de forma a salvaguardar a harmonia do processo e a afastar as disjunções que podem afectar a aplicação do direito*”<sup>22</sup>. De facto, só através da adaptação é possível salvaguardar a autonomia própria do direito das contra-ordenações<sup>23</sup>. De outra forma, teríamos um direito que materialmente se aproximaria ou, até, se identificaria apenas com o direito penal.

Vejamos, então como nos devemos situar perante o assunto.

A CRP estabelece no seu artigo 32.º as *garantias do processo criminal*. No seu n.º 2 se refere claramente que, em sede criminal, “*Todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa*”. O mesmo artigo refere no seu n.º 10 que “*Nos processos de contra-ordenação, bem como em quaisquer processos sancionatórios, são assegurados ao arguido os direitos de audiência e defesa*”<sup>24</sup>. Gomes Canotilho e Vital Moreira esclarecem que o preceito em causa foi introduzido por via da revisão constitucional de 1989, referindo que já antes esta solução era defendida pela doutrina e que responde aos desígnios do Estado de Direito Democrático<sup>25</sup>. Não obstante, Leones Dantas esclarece o contexto em que tal revisão constitucional ocorreu<sup>26</sup>, lembrando que o preceito em causa (o n.º 10 do artigo 32.º da CRP) teve origem numa proposta de aditamento à CRP, consagrando um artigo 32.º-A, com a epígrafe de “*Garantias dos processos sancionatórios*”. No corpo da norma proposta podia ler-se “*Nos processos disciplinares e, em geral, nos processos sancionatórios são asseguradas ao arguido as garantias do processo criminal, designadamente a presunção*

22 Cf. Dantas, 2010: 295. Chamada de atenção no mesmo sentido, embora relacionada com os recursos jurisdicionais no RGCO, é feita também em Dantas, 2017: 181 ss.

23 Frederico Costa Pinto esclarece, num artigo de 2002 intitulado “A figura do assistente e o processo de contra-ordenação”, o modo como se deve atentar na remissão do artigo 41.º do RGCO nos seguintes termos: “*Este regime exige, portanto, uma actividade interpretativa do aplicador do Direito, basicamente centrada em dois momentos: em primeiro lugar, o aplicador do Direito terá de determinar se é necessário e amissível para regular uma certa questão de Direito de Mera Ordenação Social recorrer aos preceitos do Direito Processual Penal; em segundo lugar, se a resposta a esta questão for positiva quanto às duas exigências (necessidade e admissibilidade), terá de ser realizada uma segunda operação hermenêutica que consiste em determinar se as normas do Direito Processual Penal se aplicam literalmente ou se têm de ser ‘devidamente adaptadas’ à estrutura, funcionamento, valores e fins do processo de contra-ordenações. Na primeira operação decide-se sobre a possibilidade de aplicar o direito subsidiário, enquanto na segunda se decide sobre o conteúdo do direito subsidiário aplicável.*” *apud*, Pinto, 2013: 81.

24 Para maiores esclarecimentos sobre este número, cf. Dantas, 2010: 293 ss. e ainda Pinto, 2013: 61 ss.

25 Cf. Canotilho & Moreira, 2014: 526.

26 Seguimos Dantas, 2010: 318-320.

*de inocência e os direitos de audiência, de defesa e de produção de prova*". Naturalmente, a questão tinha que ver com *quais* as garantias dos processos criminais que seriam compatíveis com o processo sancionatório. Citando o presidente da Comissão, a propósito dos trabalhos relacionados com a eventual introdução esta norma no texto fundamental, "*Já vejo dificuldades em transpor, para o processo de mera ordenação social, todas as normas do processo penal, porque isso era inutilizar o processo de mera ordenação social. Foi justamente uma razão de simplicidade e celeridade que deu origem ao processo de mera ordenação*"<sup>27</sup>.

Aqui chegados, concluímos, desde já, que a aplicação dos princípios e dos preceitos de direito penal não é automática ao processo de contra-ordenação. Não obstante, ainda não concluímos se o princípio da presunção da inocência (literalmente excluído do n.º 10 do artigo 32.º da CRP) estará ou não incluído nas garantias criminais a serem *transpostas* para o direito contra-ordenacional e, em caso afirmativo, o conteúdo que deve orientar a nossa interpretação.

Em relação à primeira questão, Paulo Pinto de Albuquerque dá resposta afirmativa. No seu comentário ao artigo 41.º do RGCO refere que "*Há alguns princípios comuns a todos os processos sancionatórios*" (destaque no original), logo integrando a presunção da inocência nesse cardápio<sup>28</sup>. Densificando o princípio esclarece, ainda na mesma anotação, que "*O princípio da presunção da inocência dispõe que o arguido se presume inocente até ao carácter definitivo da decisão administrativa ou o trânsito em julgado da sentença condenatória*". Exemplifica ainda este princípio e a sua compressão "*a propósito da presunção de dolo resultante da violação de um auto de advertência*", referindo que "[e] sta 'presunção' pode ser ilidida e não obsta a que a investigação conclua pela mera negligência"<sup>29</sup>.

Do que se expôs resulta, em primeiro lugar, que em sede contra-ordenacional, não obstante não estar literalmente prescrito o direito à presunção da inocência no n.º 10 do artigo 32.º da CRP, o mesmo deve ser entendido como fazendo parte do elenco de direitos a assegurar aos arguidos neste tipo de processos.

27 *Diário da Assembleia da República*, 2.ª Série – Número 71-RC, de 2 de Fevereiro de 1989, p. 2152, *apud* Dantas, 2010: 320.

28 Cf. Albuquerque, 2011(a): 138-139.

29 Cf. Albuquerque, 2011(a): 149.

Resulta também, em segundo lugar, que a interpretação deste princípio não deve ser feita nos mesmos moldes que se faria em sede criminal<sup>30</sup>. Sendo o tipo de processo diferente, a análise ao caso importará para a necessária *ponderação* de interesses em causa. É neste contexto que o Tribunal Constitucional se debruça sobre a conformidade constitucional da “*solução legal* [que] *permite que o arguido apenas provisoriamente condenado seja sujeito a tratamento idêntico ao do arguido cuja condenação é definitiva*”<sup>31</sup>. Nesse contexto, dizemos, com o TC, que a primeira parte do preceito não viverá sem a segunda, isto é, a regra do efeito devolutivo da impugnação judicial tem de ser *sistematicamente* interpretada com a excepção que o mesmo convoca (a existência de prejuízo considerável a e prestação de caução em substituição). Neste ponto, discordamos da argumentação vertida em sede de voto vencido, nos termos da qual o princípio da presunção da inocência não deveria ser sujeito ao teste da proporcionalidade, pelo facto de os interesses prosseguidos pela norma (regulação dos mercados energéticos, garantia do cumprimento da sanção e dissuadir a impugnação judicial com efeitos dilatatórios) se situarem num plano diferente do valor a proteger pela garantia de processo criminal. Pensamos é que o ponto reside no facto de não estar em causa um processo criminal e de as garantias deverem ser interpretadas de uma forma menos rígida. Com efeito, não estão em causa *penas* (e, inclusivamente, penas privativas da liberdade) e também não nos encontramos perante violações de direitos fundamentais de pessoas singulares e, por outro lado, ao nível da regulação económica quer-se garantir a verdadeira efectividade, em tempo útil, das decisões da autoridade administrativa. Esta tensão, que não se nega, encontra o compromisso necessário na *válvula de escape* do sistema. Por esse motivo, entende-se que impedir sem mais ao legislador a possibilidade de *em qualquer circunstância* possibilitar ao aplicador do direito a atribuição de efeito devolutivo a uma decisão contra-ordenacional, será vedar-lhe o acesso a ferreamentas essenciais que lhe permitem exercer as suas competências. Além

---

30 O Tribunal Constitucional no Acórdão n.º 376/2016 refere claramente: “*Finalmente, admitindo-se que o princípio da presunção de inocência não é uma conquista privativa do processo criminal, devendo estruturar todos os processos que possam culminar com a aplicação de sanções disciplinares ou contraordenacionais, com implicações diretas ao nível do ónus da prova e do princípio in dubio pro reo, não se afigura que ele possa valer para as decisões administrativas de aplicação de coimas com o mesmo sentido e alcance com que vale, por força do n.º 2 do artigo 32.º da Constituição, para as sentenças judiciais de condenação proferidas em processo criminal*” (nosso destaque) – disponível *online* em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20160376.html> [última consulta: 01.08.2020].

31 Note-se que a passagem da norma do artigo 46.º do RSSE que aqui está em causa tem que ver com a regra do efeito da impugnação judicial ser devolutivo.

disso, também será fácil de imaginar que, fosse outra a solução, e o recurso às impugnações judiciais com efeitos dilatórios por parte dos visados seria mais premente<sup>32</sup>.

Por outro lado, entendemos que pode existir um erro lógico interpretativo na aceção que defende que o princípio da presunção da inocência nestes casos deve ser reforçado, porque existem mais drásticas respostas sancionatórias. O *reforço*, isto é, a aplicação mais estrita do princípio da presunção da inocência, não se faz consoante existam respostas sancionatórias mais ou menos gravosas do que as criminais, mas antes consoante o tipo de processo de que estejamos a cuidar. A este propósito, relembramos que, por natureza e por definição, as respostas criminais são sempre mais gravosas que as sancionatórias. Além disso, e caso olhemos numa óptica puramente *contabilística* para o valor da transferência monetária a efectuar na sequência de uma *multa* e na sequência de uma *coima*, deveremos ter em atenção que a segunda, ao contrário da primeira, toma em consideração, designadamente, o *benefício* patrimonial e não patrimonial do agente e procura neutralizá-lo e, ademais, na consideração do valor, atende à situação económica do visado, sendo a coima aplicada consoante o seu volume de negócios (para o caso do sector energético, prevista no artigo 32.º do RSSE). Ponderadas estas questões, perde relevância o que, numa primeira análise, poderiam parecer *drásticas respostas sancionatórias*.

Analisemos, agora, a possibilidade avançada no voto vencido de fazer aplicar o regime da caução económica, previsto no artigo 227.º do Código de Processo Penal. De acordo com o regime em causa, a caução visa, no processo penal assegurar um dos seguintes fins: “*pagamento da pena pecuniária, das custas de processo ou de qualquer outra dívida para com o Estado, relacionada com o crime; ou o pagamento da indemnização ou de certas obrigações civis derivadas do crime*”<sup>33</sup>. O modo de prestação é o admitido “*pelo artigo 206.º [depósito, penhor, hipoteca, fiança bancária ou fiança], não se encontrando o juiz vinculado à modalidade peticionada*”<sup>34</sup>. Entendemos que o regime que existe e a finalidade que procura cumprir assume particularidades em relação ao da caução económica. Num certo sentido, poder-se-ia dizer que *também* o recurso

---

32 Nesta sede, a mesma declaração de voto aponta no sentido de não ser por esta via que se impede o intuito dilatório do recurso. Entendemos, como o Tribunal Constitucional no seu acórdão, que não será simplesmente através do efeito devolutivo que se impedirá o recurso a impugnações dilatórias, mas *em conjunto* com a *reformatio in pejus*.

33 Cf. Albuquerque, 2011(b): 648.

34 Cf. Albuquerque, 2011(b): 649.

à caução económica poderia vir a conseguir atingir a finalidade de garantia do cumprimento da sanção. Note-se, todavia, que o artigo 46.º do RSSE não apresenta *apenas* a finalidade de garantir o cumprimento da sanção, mas está relacionada igualmente com a necessária regulação de mercados técnicos como sejam os energéticos e apresenta como preocupação evitar a utilização da impugnação como expediente dilatatório. De todo o modo, também nos parece que o regime, como se encontra consagrado, torna-se mais simples e continua a garantir os direitos do visado: o visado pode solicitar a prestação de caução, caso tenha *prejuízo sério* e o juiz pode determinar o montante, o modo e o prazo de prestação dessa mesma caução.

Em suma, também neste âmbito, pelos interesses existentes (que não se esgotam na garantia do cumprimento da sanção) e pelo facto de se entender que o regime garante os direitos do visado, entende-se que é razoável a existência de um regime próprio diferente do estabelecido para a caução económica.

O terceiro grupo de argumentos invocados prende-se com o princípio da tutela jurisdicional efectiva. De acordo com a argumentação vertida nalguns votos vencidos, não será possível ao particular impugnar “*sem antes pagar essa mesma coima (ou garantir o seu valor), independentemente do seu montante*”. A conclusão apresenta-se de seguida: “*Nesta interpretação, é evidente que a norma introduz um constrangimento material ao direito de acesso a uma via jurisdicional efectiva contra uma decisão administrativa sancionatória*”. Pensamos que a questão como foi redigida leva à necessária conclusão que se estabeleceu. Por outras palavras, se antes de impugnar a decisão, o particular se visse na contingência de *obrigatoriamente* pagar a coima ou garantir o seu valor (independentemente do seu montante), então, poderíamos afirmar com uma segurança acrescida que estaríamos perante uma violação do princípio da tutela jurisdicional efectiva. Acontece que o enunciado do problema não se encontra com o detalhe que a situação, do nosso ponto de vista, exige. Efectivamente, *em regra*, como se contextualizou *supra*, as impugnações apresentam um efeito devolutivo, o que de facto leva à conclusão que o particular, querendo impugnar, há-de, em primeiro lugar, proceder ao pagamento da coima<sup>35</sup>. Simplesmente, não se pode ignorar a *válvula de escape* do sistema.

35 Em rigor, poder-se-ia inclusivamente discutir se o particular que não invoca o efeito suspensivo deveria proceder ao pagamento da coima para poder impugnar, isto é, se o pagamento é condição de admissibilidade de recurso, ou se o particular pode promover a impugnação judicial, sem requerer o efeito suspensivo e sem ter efectuado o pagamento da coima. Neste segundo caso, na pendência da decisão, o Ministério Público deveria promover a execução da decisão que se encontra em (re)análise. Pensamos que possa ser

Ou seja, nas situações em que o particular tenha *prejuízo considerável* e se ofereça para prestar caução substitutiva (que, como se disse *supra*, não tem de ser pelo montante da coima aplicada pela autoridade administrativa e pode ser através de qualquer meio considerado idóneo pelo juiz), o particular não se vê na contingência de *obrigatoriamente* pagar a coima ou garantir o seu valor. Ademais, o n.º 5 do artigo 46.º do RSSE refere que a prestação da caução se fará “*no prazo fixado pelo tribunal*”, o que permite, desde logo, que o particular que impugne, requeira ao juiz o efeito suspensivo e espere pela decisão quanto a esse pedido e ao montante, modo e prazo de a prestar. Ora, com base neste enquadramento, também não será de concluir que o particular que queira impugnar tenha sempre um ónus correspondente ao pagamento da coima ainda que tenha prejuízo considerável e antes de o juiz confirmar a adequação da sanção. Nestes termos, entendemos que não se pode argumentar no sentido da violação da tutela jurisdicional efectiva.

Por fim, um último grupo de argumentos aduzidos refere que a distinção que é feita no Acórdão n.º 123/2016 entre *restrição directa* e *restrição oblíqua é artificial e meramente retórica*, porquanto implica uma dificuldade no acesso à justiça. Em relação a este ponto, reitera-se o que se disse acerca do necessário teste da proporcionalidade. Entende-se que a *restrição* que existirá no acesso apenas terá que ver com a necessária invocação e prova do *prejuízo considerável* e com o oferecimento de caução substitutiva cujo montante, modo e prazo de prestação serão definidos pelo Tribunal. Entende-se, pois, estarem devidamente salvaguardados os direitos do visado através da criação desta *válvula de escape*, pelo que se considera que a restrição não é artificial, nem meramente retórica, porquanto apresenta um efeito útil inegável: o de o visado não proceder ao pagamento imediato da coima, nem, mediante decisão judicial nesse sentido, à prestação de garantia em idêntico montante e, ainda assim, poder impugnar a decisão da entidade reguladora. Diga-se, a este propósito, que se entende, na observância do princípio da proporcionalidade, que designadamente o aumento dos prazos de prescrição ou a eventual majoração de taxas de justiça calculadas a final, por utilização de expedientes dilatatórios, não dissuadiriam o recurso a tais expedientes. Além disso, poderiam ter pouco efeito

---

condição de admissibilidade de recurso o pagamento da coima, no caso de o particular não requerer o efeito suspensivo. De outra forma, violar-se-ia o escopo da norma (que pretende, designadamente, evitar as impugnações com intuítos meramente dilatatórios e, ao mesmo tempo, garantir o cumprimento da sanção) e ocupar-se-ia o Ministério Público de promover execuções e de, posteriormente, as poder reverter. Além disso, seria sempre de questionar o motivo pelo qual o particular não teria feito uso da *válvula de escape* do sistema, solicitando o efeito suspensivo, quando teria todo o interesse em fazê-lo.

prático e seriam mais lesivas do interesse dos particulares. Por esses motivos, cremos que a solução legal, além de não ferir a CRP é também a que melhor concilia os interesses em causa.

Acrescenta-se apenas que a sugestão em voto vencido quanto à possível referência ao n.º 3 do artigo 80.º da Lei do Tribunal Constitucional, no sentido de o Tribunal clarificar que o seu juízo se *fundava numa determinada interpretação* e que tal interpretação *deve ser aplicada com tal interpretação ao processo em causa* não oferece objecções.

#### 4. CONCLUSÕES

Aqui chegados, cumpre, a breve trecho, ordenar sistematicamente as principais conclusões que a chegámos:

- 1.<sup>a</sup> O direito das contra-ordenações é uma área específica, tendencialmente caracterizada por ser eticamente neutra e desenvolvida num contexto de crescente *descriminalização*, e que, por esses motivos, apresenta especificidades face ao direito criminal.
- 2.<sup>a</sup> Não obstante, existem normas de direito criminal e de direito processual criminal que são aplicáveis aos processos sancionatórios (seja por remissão directa dos regimes de contra-ordenação especiais, seja por força das remissões expressas nos artigos 32.º e 41.º do RGCO).
- 3.<sup>a</sup> Tais normas, caso se entenda pela sua mobilização, deverão ser atentamente interpretadas, atendendo, designadamente, à especificidade que o direito das contra-ordenações apresenta face ao direito criminal.
- 4.<sup>a</sup> Assim, num caso como o que se analisou (o do Acórdão n.º 123/2018 do Tribunal Constitucional), entende-se que não ofende o princípio da tutela jurisdicional efectiva, nem o princípio da presunção da inocência, interpretados em conjunto com o princípio da proporcionalidade, a norma do artigo 46.º do RSSE que atribui efeito devolutivo às impugnações de decisões de contra-ordenações tomadas por autoridades administrativas, a menos que o visado prove *prejuízo sério* e se ofereça para prestar caução substitutiva, caso em que o efeito será suspensivo.
- 5.<sup>a</sup> Entende-se que o princípio da tutela jurisdicional efectiva não é violado, mas restringido, impondo-se ao particular um ónus de provar o seu *prejuízo sério* no cumprimento imediato e de prestar caução substitutiva, que poderá ser no montante, modo e prazo que o Tribunal decida fixar, assim se garantindo que o particular tem acesso à justiça

(de modo que não seja oneroso, nem imponha condições que, designadamente a sua situação económica, o seu volume de negócios – artigo 32.º do RSSE – não acomodem) e que os interesses públicos da regulação do sector energético, da garantia do cumprimento da sanção e da inibição de utilização de expedientes dilatórios não são coarctados.

- 6.<sup>a</sup> Entende-se que o princípio da presunção da inocência passa no teste da proporcionalidade, porque não tem o mesmo peso axiológico que teria se tratássemos de matérias criminais (não valendo o argumento que atende *contabilmente* ao montante que o visado teria de transferir, porque tal montante, ainda que possa ser objectivamente elevado, atende ao benefício económico auferido pelo visado com a sua conduta e tem em conta o volume de negócios do visado, bem como a sua situação económica – artigo 32.º do RSSE); merece restrição para garantir os interesses públicos da regulação do sector energético, da garantia do cumprimento da sanção e da inibição de utilização de expedientes dilatórios; e, dada a *válvula de escape* do sistema, permite que seja requerido o efeito suspensivo, alegando-se *prejuízo sério* e decidindo o juiz pelo montante, modo e prazo da prestação de caução substitutiva.
- 7.<sup>a</sup> Crê-se que esta é uma boa solução para a ponderação dos interesses em causa e que outras possíveis soluções (designadamente o aumento dos prazos de prescrição ou a eventual majoração de taxas de justiça calculadas a final, por utilização de expedientes dilatórios) não dissuadiriam, poderiam ter pouco efeito prático e seriam mais lesivas do interesse dos particulares.

## BIBLIOGRAFIA

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de

2011(a) *Comentário do Regime Geral das Contra-Ordenações à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*: Universidade Católica Editora.

2011(b) *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4.<sup>a</sup> edição: Universidade Católica Editora.

ANDRADE, MANUEL DA COSTA

1998 “Contributo para o conceito de contra-ordenação (A experiência alemã)”, in *Direito Penal Económico e Europeu*, Vol. I, Coimbra Editora, pp. 75-107.

CANOTILHO, J. J. GOMES & MOREIRA, VITAL

2014 *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4.ª Edição, Vol. I: Coimbra Editora.

CORREIA, EDUARDO,

1998 “Direito Penal e Direito de Mera Ordenação Social”, in *Direito Penal Económico e Europeu*, Vol. I, Coimbra Editora, pp 3-18.

COSTA, JOSÉ DE FARIA

1998 “A importância da recorrência no pensamento jurídico. Um exemplo: a distinção entre o ilícito penal e o ilícito de mera ordenação social”, in *Direito Penal Económico e Europeu*, Vol. I, Coimbra Editora, pp. 109-143.

DANTAS, LEONES

2017 “Recursos jurisdicionais no processo das contraordenações”, in *Scientia Iuridica*, Tomo LXVI, N.º 344, pp. 181 e ss.

2010 “Os direitos de audição e defesa no processo das contra-ordenações”, in *Revista do CEJ*, N.º 14, pp. 295 e ss.

DIAS, JORGE FIGUEIREDO

1998 “O movimento da descriminalização e o ilícito de mera ordenação social”, in *Direito Penal Económico e Europeu*, Vol. I, Coimbra Editora, pp. 19-33.

MACHADO, JOÃO BAPTISTA

2010 *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, 18.ª Reimpressão: Almedina.

MONTEIRO, FERNANDO CONDE

2017 “Breves reflexões epistemológicas sobre a delimitação entre o ilícito contraordenacional e o ilícito jurídico-penal em face da ordem jurídica portuguesa”, in *Scientia Iuridica*, Tomo LXVI, N.º 344, pp. 344 e ss.

MOUTINHO, JOSÉ LOBO

2008 *Direito das Contra-Ordenações – Ensinar e Investigar*: Universidade Católica Editora.

PINTO, FREDERICO DE LACERDA DA COSTA

2013 “Direito de audição e direito de defesa em processo de contraordenação: conteúdo, alcance e conformidade constitucional”, in *RPCC*, 23, pp. 63-121.

2015 “A proibição de reformatio in pejus e o processo de contraordenação” in *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários*, Vol. II, N.º 51, pp. 137-157.

2017 “Garantias e evolução do direito de mera ordenação social”, in *Scientia Iuridica*, Tomo LXVI, N.º 344, pp. 249 e ss.