

Revista Portuguesa de
CIENCIA CRIMINAL

Diretor: Jorge de Figueiredo Dias | Ano 32 N.º 2 | Quadrimestral | maio - agosto 2022

SEPARATA


idpee
INSTITUTO DE DIREITO PENAL
ECONÓMICO E EUROPEU

GESTLEGAL

O direito das contraordenações enquanto “terra de ninguém”

O efeito do recurso judicial das decisões das autoridades administrativas: um olhar sobre a jurisprudência do Tribunal Constitucional

Joana Reis Barata

*Assistente Convidada da Faculdade de
Direito da Universidade de Lisboa*

Advogada

Introdução

As autoridades administrativas independentes assumem nos dias de hoje um papel fundamental no direito contraordenacional. Estas autoridades têm uma posição hegemónica que lhes permite *investigar, acusar, julgar e condenar* os visados, num processo totalmente alheio ao poder jurisdicional. Estes últimos, caso queiram questionar a bondade da decisão final proferida por estas entidades, poderão ver-se confrontados com uma barreira relevante: *o efeito meramente devolutivo do seu recurso*.

O Direito Contraordenacional, esse *irmão não querido* do Direito Penal e do Direito Administrativo — simultaneamente acolhido e rejeitado por ambos —, tem-se defrontado com inúmeros desafios propiciados pela sua qualidade não concretamente definida que se situa num meio termo entre essas duas realidades. É essa qualidade híbrida que leva a que inúmeras questões se coloquem. Em particular, essa sua identidade ambígua gera dificuldades na concatenação dos direitos, liberdades e garantias dos visados com os intentos persecutórios previstos na lei.

A *insustentável leveza* com que é tratado o Direito Contraordenacional, alicerçada na sua qualidade mitigada, suscita ao aplicador do Direito inúmeras dúvidas sobre a conformidade constitucional de diversas opções legislativas que são adotadas por imperativos de celeridade

e eficácia processual, mas que contendem de forma grave com os direitos daqueles que são os destinatários das sanções aplicadas. Nessa medida, acreditamos que não podemos abrir portas a um *ensaio sobre a cegueira*, e permitir que sejam postos em causa os direitos dos visados sob o pretexto de que o Direito Contraordenacional é um ramo menos garantístico do que o Direito Penal. Pelo contrário, temos de descer à materialidade das normas, seja na vertente dos comportamentos incriminados, seja na vertente das sanções aplicadas e verificar se existem razões materiais — e não puramente formais — que possam depor no sentido de ser necessária uma proteção mais veemente dos direitos dos particulares visados por sanções administrativas.

É com esse foco que o presente trabalho se debruçará, num momento inicial, sobre as diferenças e similitudes entre o Direito Penal e o Direito Contraordenacional, para que uma conclusão quanto à verdadeira natureza deste último seja alcançada. Tudo isto para que sejam coligidas as ferramentas necessárias para analisar com propriedade os acórdãos do Tribunal Constitucional (“TC”) que se pronunciaram sobre a temática que é o objeto principal do nosso estudo — o efeito do recurso judicial das decisões proferidas por autoridades administrativas independentes.

I. A linha diferenciadora entre Direito Penal e Direito Contraordenacional

Antes que arrisquemos a pronunciar-nos concretamente acerca da questão que nos propusemos a estudar, é essencial que sejam feitas algumas considerações relativamente à relação entre o Direito Penal e o Direito Contraordenacional, enquanto ramos de direito substantivo, para que posteriormente possam ser retiradas conclusões acerca do seu regime em sede adjetiva. É fulcral compreender a relação mais ou menos próxima entre estes dois ramos — com o grau de detalhe que este estudo permite — para que seja possível aferir qual o tratamento processual que deverá ser verificado.

Importa começar por salientar que a doutrina tem discutido qual o posicionamento do Direito Contraordenacional relativamente ao Direito Penal e ao Direito Administrativo. Nas palavras de GOLDSCHMIDT, o Direito Contraordenacional será uma espécie de *filho bastardo* concebido

entre o direito e a administração ¹. Porém, a verdade é que a doutrina maioritária tem vindo a entender que o Direito das Contraordenações apresenta uma maior convergência material com o Direito Penal do que propriamente com o Direito Administrativo ². Em qualquer caso, parece-nos que o enquadramento jurídico que deverá ser dado ao Direito Contraordenacional pode ser flutuante, consoante a matéria em causa, justificando-se a aproximação a um ou a outro ramo atendendo aos bens jurídicos tutelados pela norma em questão ³.

¹ Cf. GOLDSCHMIDT, “Begriff und Aufgabe eines Verwaltungsstrafrechts”, *DJZ*, p. 213, *apud* NUNO BRANDÃO, *Crimes e Contra-Ordenações: Da Cisão à Convergência Material*, Coimbra: Coimbra Editora, 2016, p. 23.

² Cf. MARTA BORGES CAMPOS, “Os poderes de cognição e decisão do tribunal na fase de impugnação judicial do processo de contraordenação”, in *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*, Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias e Paulo de Sousa Mendes (coord.), 2.^a ed., Coimbra: Almedina, 2018, p. 338; Referindo que a ligação entre o Direito Penal e o Direito Contraordenacional é um “casamento de conveniência”, cf. ANTÓNIO DUARTE DE ALMEIDA, “O Ilícito de Mera Ordenação Social na Confluência de Jurisdições: Tolerável ou Desejável?”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, N.º 71, set./out. (2008), p. 15; Também PEDRO PAULINO, “O Direito das Contra-Ordenações e a Actividade Sancionatória das Autoridades Reguladoras Independente”, *Revista de Direito Administrativo*, N.º 3, set./dez. (2018), p. 92, define coloquialmente o Direito de Mera Ordenação Social, como “o resultado de um casamento de conveniência entre o Direito Penal e o Direito Administrativo”, concluindo, a final, que será de “assumir a matriz penal que esteve na sua génese”; Salientando a vertente sancionatória do Direito Contraordenacional e aproximando-o ao Direito Penal, cf. MANUEL DA COSTA ANDRADE, “Contributo para o conceito de contra-ordenação (a experiência alemã)”, in *Direito Penal económico e europeu: textos doutrinários*, vol. I — Problemas Gerais, Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 104; Por sua vez, ALEXANDRA VILELA, *O Direito de Mera Ordenação Social: Entre a Ideia de “Recorrência” e a de “Erosão” do Direito Penal Clássico*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, pp. 157 e ss. considera que o Direito Contraordenacional pertence ao “Direito Penal em sentido amplo”.

³ Queremos com isto significar que, como veremos adiante, certas matérias, apresentam uma maior proximidade com o Direito Administrativo (como sejam as pequenas contraordenações) e outras com o Direito Penal (como sejam as grandes contraordenações) e não, como propõe MIGUEL PRATA ROQUE, “O direito sancionatório público enquanto bissetriz (imperfeita) entre Direito Penal e Direito Administrativo — a pretexto de alguma jurisprudência constitucional”, *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano 4, N.º 14/15 (2013), pp. 114 e ss. que, tendencialmente, se deverão aplicar normas administrativas à fase administrativa e normas penais à fase judicial.

Rejeitando também esta possibilidade de flutuação, cf. AUGUSTO SILVA DIAS, *Direito das Contra-Ordenações*, Coimbra: Almedina, 2018, pp. 43-44.

A sua inegável natureza sancionatória reclama, porém, que sejam tomadas as devidas cautelas quando analisado o modo e a intensidade com que os direitos dos visados poderão ser afetados.

1. Critérios qualitativos e quantitativos de diferenciação entre Direito Penal e Direito Contraordenacional

A fronteira entre o Direito Penal e o Direito Contraordenacional tem sido escrutinada pela doutrina, todavia a verdade é que a proximidade entre estes ramos do direito é inegável ⁴ e, por vezes, a opção por criminalizar uma conduta ou tipificá-la como um ilícito de mera ordenação social fica na discricionariedade — não arbitrariedade ⁵ — do legislador, visto que, nesta sede, o “*conceito material de crime*” se defronta com várias contundências ⁶.

Presentemente, com a crescente criminalidade económica, o Direito Penal sentiu necessidade de se tornar eminentemente expansivo, passando a criminalizar-se comportamentos com o intuito de impedir que estes se verifiquem no futuro, numa ótica de prevenção sobreposta à retribuição ⁷. Todavia, a verdade é que, neste momento, a descriminalização tem

⁴ Falando especificamente da “*administrativização do direito penal*”, cf. JESÚS MARÍA SILVA SANCHEZ, *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal em las sociedades posindustriales*, 2.ª ed., Madrid: Ed. Civitas, 2001, pp. 121 e ss.; Referindo claramente que “[...] muito embora se trate de direito autónomo face ao direito penal, o direito de mera ordenação social *partilha com aquele um lastro comum enquanto direito sancionatório*” (itálico nosso), cf. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, FLÁVIA LOUREIRO, in: AA.VV. *Lei da Concorrência Anotada — Comentário Conimbricense*, Manuel Lopes Porto et al. (coord.), 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2017, p. 682.

⁵ Sob pena de inconstitucionalidade, cf. JOACHIM BOHNERT, *Ordnungswidrigkeitenrecht*, 2.ª ed., Berlim, De Gruyter, 2004, *apud*, JOSÉ LOBO MOUTINHO, *Direito das Contra-Ordenações — Ensinar e Investigar*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2008, p. 32.

⁶ Sobre esta questão, analisando a criminalização e despenalização de certos comportamentos nos últimos anos, cf. MARIA FERNANDA PALMA, “Conceito material de crime, direitos fundamentais e reforma penal”, *Anatomia do Crime*, N.º 0, jul./dez. (2014), *passim*.

⁷ Com mais detalhe, e abordando a problemática em torno desta questão, cf. BERNARDO FEIJOO SÁNCHEZ, “Sobre a “administrativização do Direito Penal na “Sociedade do Risco”. Notas sobre a Política Criminal no Início do Século XXI”, in: *Direito Penal*

sido uma via também adotada pelo legislador, não para deixar de censurar a conduta em causa, mas para passar a fazê-lo no âmbito contraordenacional⁸. Assim, a censurabilidade permanece, cumprindo às autoridades administrativas independentes assumir o papel de sancionador, visto que esse poder foi para si transferido⁹.

Na verdade, o Direito Penal moderno debate-se hoje essencialmente com a necessidade de adaptação dos conceitos de Direito Penal tradicional à realidade do Direito Penal Económico, sendo certo que, nesta senda, os critérios delimitadores para definir as condutas que devem ser criminalizadas e aquelas que devem tão só ser punidas pelo direito sancionatório administrativo acabam por ser (muito) influenciados por razões de política legislativa¹⁰.

A doutrina tem escrutinado com bastante exatidão os critérios diferenciadores do Direito Penal e do Direito Contraordenacional, sugerindo critérios qualitativos, quantitativos e qualitativo-quantitativos para a sua distinção.

Sem que nos possamos deter com uma explicação exauriente, já que esta sede não nos permite fazê-lo, não podemos deixar de abordar perfunctoriamente esta temática que rios de tinta tem feito correr entre a doutrina portuguesa e estrangeira.

Económico e Financeiro: conferências do Curso Pós-Graduado de Aperfeiçoamento, Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias, Paulo de Sousa Mendes (coord.), Coimbra: Coimbra Editora, 2012, pp. 40 e ss.

⁸ Cf. FLÁVIA NOVERSA LOUREIRO, “Os poderes de investigação nas contraordenações concorrenciais — ou a criminalização do direito administrativo sancionatório”, *Scientia Iuridica*, Tomo LXVI, N.º 344, mai./ago. (2017), pp. 228-229.

O movimento descriminalizador já é, porém, há muito sentido, seja por via da despenalização da conduta, ou da atenuação da sua despenalização. Quanto aos fundamentos para tal, cf. JORGE FIGUEIREDO DIAS, “Lei criminal e controlo da criminalidade”, *ROA*, Ano 36, 1976, pp. 78 e ss.

⁹ Cf. PHILIPPE BONFILS, “Les frontières du droit pénal des affaires”, *RPDP*, 2 avril-juin (2011), pp. 325-330.

¹⁰ Considerando que a decisão de criminalizar, ou não, uma conduta está sujeita apenas aos critérios do legislador por não haver matérias reservadas a uma tutela jurídico-penal, cf. JUAN FRANCISCO MESTRE DELGADO, “La configuración constitucional de la potestad sancionadora de la Administración Pública”, in: *Estudios sobre la Constitución española: homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Sebastián Martín-Retortillo Baquer (coord.), Tomo III, Madrid: Ed. Civitas, 1991, p. 2498.

Em primeiro lugar, cumpre assinalar que o legislador parece ter-se demitido de encontrar um critério material que distinguisse o crime da contraordenação, tendo optado por diferenciá-los apenas quanto à sanção aplicada ¹¹. Essa circunstância não impediu, porém, que a doutrina escrutinasse como deveriam estes dois tipos de ilícito ser distinguidos.

Na doutrina tradicional portuguesa, temos como partidários das teses qualitativas, com assinaláveis variações entre elas, EDUARDO CORREIA ¹², FIGUEIREDO DIAS ¹³, COSTA PINTO ¹⁴, FARIA COSTA ¹⁵, ALEXANDRA VILELA ¹⁶ e MARIA FERNANDA PALMA ¹⁷.

¹¹ Se analisarmos o art. 1.º do Regime Geral das Contraordenações (“RGCO”), verificamos que o mesmo dispõe que “*constitui contra-ordenação todo o facto ilícito e censurável que preencha um tipo legal no qual se comine uma coima*”. Comparando esta definição com a definição de crime, prevista nos arts. 1.º, alínea *a*), do Código de Processo Penal (“CPP”) e 1.º do Código Penal (“CP”), rapidamente compreendemos que, aparentemente, a diferenciação de ambos reside ao nível da sanção aplicada — enquanto ao crime corresponde uma pena, à contraordenação corresponde uma coima —, sem que seja estabelecida uma diferenciação qualitativa entre ambos. Esta solução será, na ótica de FIGUEIREDO DIAS de aplaudir, já que a diferenciação de ambos os ilícitos tem sido bastante controversa na doutrina, pelo que não cumpriria ao legislador estabelecer um critério material, ainda que tal não signifique, na sua ótica, que não existem razões de ordem substancial a respeitar, cf. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal Português — Parte Geral*, Tomo I, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 161.

¹² Cf. EDUARDO CORREIA, “Direito penal e direito de mera ordenação social”, *BFDUC*, vol. XLIX, Coimbra, 1973, p. 264, que defende que as contraordenações representam um *aliud* em relação aos crimes. Defende o autor que o respetivo ilícito e as reações que lhe cabem não são diretamente fundamentáveis num plano ético-jurídico, *Ibidem*, p. 268.

¹³ Ao invés de apelidar a sua distinção de “qualitativa”, o autor refere que o que está em causa é uma distinção *material*, e não *meramente formal*, entre crimes e contraordenações, o que não impede que sejam utilizados critérios adicionais de distinção dos ilícitos, cf. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal Português...*, cit., p. 163. O autor entende que os crimes e contraordenações são materialmente diferentes, não pela indiferença ética se centrar ao nível do *ilícito*, como defendia EDUARDO CORREIA, mas sim pela *conduta* em causa ser “axiologicamente neutra”, cf. JORGE FIGUEIREDO DIAS, “O movimento da descriminalização e o ilícito de mera ordenação social”, in: *Direito Penal económico e europeu: textos doutrinários*, vol. I — Problemas Gerais, Coimbra: Coimbra Editora, 1998, pp. 26-28.

¹⁴ Cf. FREDERICO DA COSTA PINTO, “As garantias do Estado de Direito e a evolução do direito de mera ordenação social”, *Scientia Iuridica*, Tomo LXVI, N.º 344, mai./ago. (2017), p. 250.

¹⁵ O autor entende que o Direito Penal tem como fundamento a “*relação onto-anropológica de cuidado-de-perigo*”, sendo que o cuidado-de-perigo constitui o critério de diferenciação qualitativo entre o ilícito penal e o ilícito contraordenacional, cf. JOSÉ DE

Contrariamente à doutrina que pugna por um critério de diferenciação material entre crimes e contraordenações, outros autores vieram defender que a distinção entre ambos apenas se situará ao nível da *gravidade* das condutas que será avaliada pelo legislador, optando, pois, por um critério *quantitativo*, de entre os quais se destacam CAVALEIRO DE FERREIRA¹⁸ e JOSÉ LOBO MOUTINHO¹⁹.

Outros trabalhos surgiram que concluíram que a diferenciação a teses exclusivamente qualitativas ou quantitativas seriam insuficientes, adotando uma tese mista, como foi o caso de COSTA ANDRADE²⁰, TAIPA DE CARVALHO²¹, NUNO BRANDÃO²² e INÊS FERREIRA LEITE²³.

FARIA COSTA, *O Perigo em Direito Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 1992, pp. 361 e ss. Nesta linha, o direito penal ocupar-se-ia do *mínimo ético*, ao passo que o direito das contraordenações se ocuparia de ilícitos sem dignidade penal, *Ibidem*, p. 316.

¹⁶ Também partidária desta tese, a autora acaba por conceder que o Direito das Contraordenações se integra no Direito Penal em sentido amplo e que não há uma diferença de natureza nas sanções penais e contraordenacionais, cf. ALEXANDRA VILELA, *O Direito de Mera Ordenação Social...*, cit., pp. 227 e ss.

¹⁷ A autora entende que não podemos renunciar à procura de um critério qualitativo de diferenciação entre ambos os ramos do Direito sob pena de inconstitucionalidade, cf. MARIA FERNANDA PALMA, *Direito Penal — Conceito material de crime, princípios e fundamentos; Teoria da lei penal: interpretação, aplicação no tempo, no espaço e quanto às pessoas*, 4.^a ed., Reimpressão Atualizada, Lisboa: AAFDL Editora, 2020, p. 119. Porém, não deixa de assinalar as dificuldades que existem na procura desse critério, optando por estabelecer um critério “*tendencialmente qualitativo*”, assente em vários vetores, *Ibidem*, p. 122.

¹⁸ Cf. CAVALEIRO DE FERREIRA, *Lições de Direito Penal. Parte Geral, I: A Lei Penal e a Teoria do Crime no Código Penal de 1982*, Lisboa: Verbo, 1992, pp. 112 e ss.

¹⁹ Cf. JOSÉ LOBO MOUTINHO, *Direito das Contra-Ordenações...*, cit., pp. 47 e ss.

²⁰ Cf. MANUEL DA COSTA ANDRADE, “Contributo para o conceito de contra-ordenação...”, cit., pp. 104-107. O autor apontou desde logo uma diferenciação entre crimes e contraordenações ao nível da sanção aplicada, reconhecendo ainda que o legislador tem um papel fundamental na escolha do tipo de ilícito, tratando-se de uma decisão “*política e pragmática*”, *Ibidem*.

²¹ O autor assenta primeiro a distinção entre os ilícitos numa lógica de *fundamentalidade e essencialidade* dos bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal por contraposição ao Direito de Mera Ordenação Social, acabando, contudo, por conceder que o legislador possa entender sujeitar à inclusão no direito de mera ordenação social a proteção de bem jurídicos fundamentais, cf. AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, *Direito Penal — Parte Geral: Questões fundamentais*, 3.^a ed., Porto: Publicações Universidade Católica, 2016, Pontos § 235 e § 222.

²² Depois de um estudo exauriente, o autor conclui que “o *único deles que pode conduzir a um plano de diferenciação material é o da dignidade penal, permitindo*

Quanto a nós, muito embora entendamos que esta não é a sede própria para procedermos à análise crítica detalhada e minuciosa que esta complexa questão exige, cremos ser importante adiantar algumas conclusões.

Por muito que acreditemos que não nos podemos demitir de procurar um critério material de distinção, a verdade é que, especialmente no seio das grandes contraordenações, a opção por criminalizar uma conduta ou puni-la no âmbito do direito contraordenacional fica na margem de discricionariedade do legislador²⁴ e será, na maioria das vezes, motivada por fatores extrínsecos ao próprio dogma penal²⁵. Na realidade, a opção pela tipificação de uma conduta como ilícito contraordenacional será em

*fundar uma contraposição com o seguinte conteúdo: factos desprovidos de dignidade penal podem deter estatuto contraordenacional, mas não penal; e factos portadores de dignidade penal podem assumir relevância penal ou, em alternativa, contraordenacional. Ali a distinção é de natureza material ou qualitativa; e aqui não é, deixando antes perceber uma relação de convergência material. Uma conceção, pois, a nossa que, por facilidade de expressão, poderemos designar como modelo misto qualitativo-quantitativo limitado, cf. NUNO BRANDÃO, *Crimes e Contra-Ordenações...*, cit., p. 631. O autor distancia-se ainda das conceções mistas ditas “tradicionais”, referindo que o modelo misto que adotou será limitado, uma vez que “no amplo domínio dos factos dignos de pena não há lugar à segregação de uma pequena ilha correspondente a condutas que, pela sua natureza, se possam conceber como substancialmente distintas de todas as outras que ostentam dignidade penal e, ainda assim, são suscetíveis de ingressar no direito contraordenacional”, mais reconhecendo que, nessa zona cinzenta, os critérios de distinção serão tendencialmente quantitativos, *Ibidem*, p. 639.*

²³ A autora considera que “a pedra de toque da distinção deverá residir, então, na proximidade de afetação dos bens jurídicos tutelados e na imediatividade da perigosidade ou potencial lesividade do comportamento ilícito, tal como abstratamente descrito pelo legislador”, cf. INÊS FERREIRA LEITE, “A autonomização do direito sancionatório administrativo, em especial, o direito contraordenacional”, in: *Regime Geral das Contraordenações e as Contraordenações Administrativas e Fiscais — CEJ*, e-book setembro (2015), p. 36.

²⁴ Neste sentido, cf. MIGUEL PEDROSA MACHADO, “Elementos para o estudo da legislação portuguesa sobre contra-ordenações”, *Scientia Iuridica*, Tomo XXXV, (1986), p. 104.

²⁵ Veja-se, por exemplo, a alteração que ocorreu quanto ao caso da violação de direitos de nome e da insígnia, bem como da violação do exclusivo do logótipo que, na versão do anterior do Código da Propriedade Industrial figuravam como ilícitos contraordenacionais, sendo que, com a revisão de 2018, passaram a constituir ilícitos penais, o que demonstra a volatilidade que existe na tipificação de ilícitos penais ou contraordenacionais.

grande parte motivada pela entidade que terá os melhores meios e mecanismos para proceder à investigação do ilícito cometido ²⁶.

Se consideramos que seria possível estabelecer um critério material de distinção entre o ilícito penal e contraordenacional quando estamos diante de pequenas contraordenações, a verdade é que a dificuldade em estabelecer o mesmo critério distintivo se adensa mormente nas grandes contraordenações e no campo das infrações económicas e financeiras ^{27 28}. De facto, não pode ser obliterada a diferença inerente a estas duas *categorias* contraordenações. O desvalor da ação no campo contraordenacional é, como se viu, diminuído (e não inexistente) face ao ilícito penal, e tanto mais o será no caso das pequenas contraordenações. Contudo, se nas grandes contraordenações o desvalor da ação é substancialmente maior do que nas pequenas contraordenações, deparamo-nos com um outro problema — que começa desde logo no próprio Direito Penal — e que reside no facto de a censurabilidade inerente aos crimes económicos ser também ela menos veemente ²⁹. Assim, a segregação entre a *grande contraordenação* e

²⁶ Neste sentido e com maior detalhe, cf. NUNO BRANDÃO, *Crimes e Contra-Ordenações...*, cit., pp. 368 e ss.

²⁷ Aproximamo-nos, por isso, da tese defendida por NUNO BRANDÃO, precisamente por entendermos que, se para determinadas contraordenações e crimes é possível identificar um claro critério material de distinção, para outras condutas — aquelas que são, em grande medida, reconduzidas às grandes contraordenações — tal opção já será norteada por critérios quantitativos, cf. NUNO BRANDÃO, *Crimes e Contra-Ordenações...*, cit., pp. 631 e ss.

²⁸ Interessante a este respeito é também a opinião de AUGUSTO SILVA DIAS, *Direito das Contra-Ordenações*, cit., pp. 48 e ss. É entendimento do autor que a resposta quanto ao critério de diferenciação de crimes e contraordenações não pode ser uma, mas sim por referência a 3 planos: (i) o plano da reforma do Direito Penal, (ii) o plano da definição dos regimes jurídicos e (iii) o plano da análise da matéria punível ou das infrações singulares. Se quanto aos dois primeiros planos o autor considera que estamos perante *critérios qualitativos* de distinção, no último plano entende não pode ser dada uma resposta unívoca, e que se casos haverá em que a opção por criminalizar ou remeter para o campo das contraordenações é óbvia (caso do crime de ofensa corporal *versus* contraordenação de estacionamento proibido), noutras será mais difícil a escolha (caso do crime de manipulação de mercado *versus* contraordenação de intermediação financeira excessiva), *Ibidem*, p. 53.

²⁹ Daí que seja mencionada, nomeadamente, a necessidade de proteção de *bens jurídicos coletivos*, que justificam que certas condutas sejam criminalizadas, ainda

o *crime económico* será ainda mais difícil, o que justifica que seja neste âmbito que se verificam as maiores flutuações de opções legislativas ³⁰.

A tipificação de uma conduta como um ilícito penal ou contraordenacional nos casos em que a censurabilidade ética não está presente de forma tão veemente, situar-se-á num verdadeiro *limbo*, em que a opção por um ou por outro caminho poderá oscilar facilmente para qualquer uma das opções ³¹.

Nessa medida, somos obrigados a reconhecer que se casos há em que a diferenciação entre crimes e contraordenações poderá ser feita com recurso a critérios materiais, outros casos haverá em que estes critérios se mostrarão insuficientes para distinguir as condutas que são puníveis num ou noutro campo e que mais não nos resta senão conceder que o critério de distinção será, como sustentou NUNO BRANDÃO, “*tendencialmente quantitativo*” ³².

que não pareçam eticamente tão reprováveis, cf. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal Português...*, cit., pp. 148 e ss.

³⁰ Questionando a própria autonomia do Direito Penal Secundário, cf. MARIA FERNANDA PALMA, “Direito Penal Especial — o Vértice do Sistema Penal”, *BFDUC, Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge Figueiredo Dias*, vol. III, 2010, *passim* e, de forma mais resumida, MARIA FERNANDA PALMA, *Direito Penal — Conceito material de crime...*, cit., pp. 114 e ss., em especial, pp. 123-124.

³¹ Neste mesmo sentido, realçando a inevitabilidade da confusão entre o ilícito penal e o ilícito contraordenacional *vide* FERNANDO CONDE MONTEIRO, “Breves Reflexões epistemológicas sobre a delimitação entre o ilícito contraordenacional e o ilícito jurídico-penal em face da ordem jurídica portuguesa”, *Scientia Iuridica*, Tomo LXVI, N.º 344, mai./ago., (2017), p. 221: “*Existiram e sempre existirão zonas francas de intercessão entre estas duas realidades, a confusão é assim inevitável (proposição indecidível)*”.

³² Reconhecendo esta aproximação material, sobretudo quando estamos perante o direito regulatório no qual existem as “grandes contraordenações”, cf. Voto de Vencido da Cons. Maria Clara Sottomayor, no Ac. do TC n.º 728/2017 (Cons. Maria Clara Sottomayor) “[é] precisamente no direito regulatório que nos confrontamos com as chamadas «grandes contraordenações», num contexto em que o direito contraordenacional constitui o direito sancionatório de referência dos mais importantes sectores da sociedade e em que os comportamentos sancionados, no plano substancial, constituem um crime económico, *assumindo a diferença entre direito de mera ordenação social e direito penal uma natureza meramente formal*” (itálico nosso).

2. As grandes e as pequenas contraordenações: uma realidade inegável no século XXI

Deixámos já iniciada a existência de duas categorias de contraordenações, pelo que, chegados a este ponto, cumpre dedicar algum espaço à evidente diferença existente entre as pequenas contraordenações, para as quais o RGCO foi inicialmente pensado ³³, e as grandes contraordenações, que estão hoje nos holofotes e para as quais proliferam regimes específicos ³⁴.

Se atentarmos na doutrina clássica que protagonizou as primeiras dissertações acerca da natureza do ilícito contraordenacional, verificamos que se moveu num quadro mental que em nada se assemelha àquele que presentemente existe ³⁵. Sobretudo a partir do século XXI, com a massificação da economia, emergiu a necessidade de proteção de novos bens jurídicos, desconhecidos (ou desconsiderados) até então ³⁶, o que levou o Direito de Mera Ordenação Social a adquirir uma importância cada vez maior e a prever sanções cada

³³ Sobre o contexto em que surgiu o RGCO e quais os seus propósitos, e ainda sobre o facto de, nos dias de hoje, se verificar um panorama totalmente diferente, cf. ALEXANDRA VILELA, “O direito contra-ordenacional: um direito com futuro?”, cit., *passim*, em especial pp. 152-153 e pp. 157-159.

³⁴ Assumindo esta distinção, cf. NUNO BRANDÃO, “Por um sistema contra-ordenacional a duas velocidades”, *Scientia Iuridica*, Tomo LXVI, N.º 344, mai./ago. (2017), pp. 277 e ss.; “O Direito contra-ordenacional económico na era da regulação”, in: AA.VV., *A proteção dos direitos humanos face à criminalidade económica globalizada: atas da Conferência Internacional*, Flávia Loureiro (coord.), Braga: Centro de Investigação Interdisciplinar em Direitos Humanos, 2017, p. 100 e *Crimes e Contra-Ordenações...*, cit., pp. 380-381; JORGE DE FIGUEIREDO DIAS e FLÁVIA LOUREIRO, in: AA.VV. *Lei da Concorrência Anotada — Comentário Conimbricense*, cit., 2017, pp. 816-817; AUGUSTO SILVA DIAS, *Direito das Contra-Ordenações*, cit., pp. 34-35 e 38.

³⁵ Já em 1995, reconhecendo que os quadros mentais inicialmente estabelecidos se mostram cada vez mais desatualizados em função da evolução do Direito Contraordenacional, cf. FREDERICO DA COSTA PINTO, “O Ilícito de Mera Ordenação Social e a Erosão do Princípio da Subsidiariedade da Intervenção Penal”, in: *Direito penal económico e europeu: textos doutrinários*, vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 1998, pp. 255-256.

³⁶ Como refere VITAL MOREIRA, *Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*, Coimbra: Almedina, 1997, p. 23, o Estado, para além de ativo na vida

vez mais graves ³⁷. Foi precisamente por esta razão que surgiram as autoridades administrativas independentes, detentoras de poderes sancionatórios altamente relevantes ³⁸, nomeadamente os poderes que tipicamente pertencem ao Estado — normativo, executivo e judicial (ou parajudicial) ³⁹. Assim, atenta a preocupação na regulação de setores chave que constituem os alicerces do sistema económico atual, surgiram as comumente apeladas “grandes contraordenações” ⁴⁰, as quais tutelam tanto interesses de mera ordenação social, como se ocupam também da proteção de bens jurídico-económicos fundamentais ⁴¹.

A verdade é que, independentemente da adoção de um critério quantitativo ou qualitativo de distinção entre os ilícitos penais e contraordenacionais, existem contraordenações que são tão (ou mais) gravosas para o visado quanto um crime. Esta circunstância *“levou já alguns autores a propor uma diferenciação de regimes jurídicos entre estas contra-ordenações «modernas» e as contra-ordenações «clássicas», valendo para as primeiras um regime mais rigoroso e garantista que compense de alguma forma a severidade*

económica e social, também se preocupa com a própria regulação da atividade económica.

³⁷ No mesmo sentido, cf. ALEXANDRA VILELA, “O direito contra-ordenacional: um direito com futuro?”, cit., p. 153.

³⁸ Razão pela qual alguma doutrina vê nestas entidades uma espécie de “*quarto poder público*”. Neste sentido, cf. MICHELE PASSARO, *La Amministrazioni Indipendenti*, Torino: G. Giappichelli Ed., 1996, pp. 63 e ss.

³⁹ Cf. EDUARDO PAZ FERREIRA, LUÍS SILVA MORAIS, “A regulação sectorial da economia. Introdução e perspetiva geral”, in: *Regulação em Portugal: Novos Tempos, Novo Modelo?*, Coimbra: Almedina, 2009, p. 31.

⁴⁰ Como refere NUNO BRANDÃO, *Crimes e Contra-Ordenações...*, cit., p. 413, “*Tratando-se embora de uma formulação desprovida de valor normativo, tem ela feito o seu curso em virtude de uma impressividade decorrente do seu contraste com a ideia generalizada de que o direito das contraordenações é um domínio de bagatelas*”.

⁴¹ *Ibidem*, p. 416. Nesta linha, o autor conclui dizendo que é evidente uma “*convergência material*” entre o ilícito contraordenacional e penal. Em sentido semelhante, referindo que o Direito das Contraordenações passou a “*integrar ilícitos ético-socialmente relevantes*”, designadamente ao nível das áreas do ambiente, do medicamento e dos setores regulados, cf. ALEXANDRA VILELA, “O direito contra-ordenacional: um direito com futuro?”, cit., p. 153.

punitiva que evidenciam”⁴², espelhando, no fundo, a já anunciada similitude existente entre as grandes contraordenações e os crimes antieconómicos⁴³.

À luz do exposto, é nosso entendimento que não podemos tratar de forma idêntica situações que são materialmente diversas. Convocando um exemplo ilustrativo do que aqui queremos significar: as contraordenações estradais (pequenas contraordenações) em nada se assemelham às contraordenações concorrenciais ou energéticas que assumem o merecido título de “grandes contraordenações”.

Nessa medida, consideramos que é justificável que, na apreciação da questão que nos propusemos a escrutinar, seja tido em consideração que as grandes e as pequenas contraordenações são orientadas por vetores distintos e que encerram em si mesmas um grau diverso de gravidade, pelo que a apreciação das garantias processuais dos respetivos arguidos tem de ser feita em conformidade⁴⁴.

Diríamos até que existem três realidades que têm de ser necessariamente consideradas e, mais importante, tratadas autonomamente entre si: as pequenas contraordenações, as grandes contraordenações e os crimes⁴⁵.

Nas primeiras, a censurabilidade da conduta está menos presente e as garantias de defesa poderão estar mais mitigadas, uma vez que, de

⁴² Cf. AUGUSTO SILVA DIAS, “O Direito à não auto-inculpação no âmbito das contra-ordenações do Código dos Valores Mobiliários”, *in: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, vol. IV, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 15.

⁴³ Cf. AUGUSTO SILVA DIAS, *Direito das Contra-Ordenações*, cit., pp. 54-55. Em sentido análogo, NUNO BRANDÃO, *Crimes e Contra-Ordenações...*, cit., p. 472.

⁴⁴ *Ibidem*, pp. 417 e ss.

⁴⁵ Em sentido análogo, cf. JORGE FIGUEIREDO DIAS, “Sobre as “grandes contraordenações””, *in: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade*, José de Faria Costa *et al.* (org.), vol. I, Coimbra: BFDUC, 2017, *passim*, em especial, p. 476. O autor acaba, contudo, por concluir que, no quadro jurídico português, não se afigura necessária a criação de um regime específico para a categoria das grandes contraordenações, *Ibidem*, p. 487; Afiorando também a questão, cf. ALEXANDRA VILELA, “O direito contra-ordenacional: um direito com futuro?”, cit., p. 153 que refere que “[c]ontinuamos, assim, a defender a autonomia do ilícito do direito de mera ordenação social, embora pensemos ser pertinente proceder a uma bipartição das contraordenações, consoante elas possuam (ou não) ressonância ética, sem esquecer, outrossim, a sua díspar gravidade.”.

facto, a gravidade das sanções não reclama uma exaustão de meios de defesa; nas segundas, a conduta já terá uma carga axiológica mais densa e a sua distinção face aos crimes, nomeadamente relativamente ao Direito Penal Secundário, será quase residual e de difícil concretização, pelo que, entre estas duas realidades, o legislador disporá de uma margem de discricionariedade quase ilimitada, atendendo às próprias finalidades que pretende prosseguir. E, se estas duas últimas realidades são — coloquialmente falando — *siamesas*, então as garantias processuais de ambas também deverão ser tendencialmente análogos ⁴⁶.

a. O regime processual penal e o regime processual contraordenacional — dois mundos distantes

Verificada a similitude material entre alguns dos ilícitos penais e contraordenacionais — designadamente quando estão em causa ilícitos económico-financeiros que são punidos através do Direito Penal ou Contraordenacional consoante é entendimento do legislador —, seria expectável que o regime processual de ambos fosse também ele idêntico. Contudo, a verdade é que as diferenças são indisputáveis.

Logo à partida, existe, na primeira fase do processo (a fase administrativa) uma clivagem entre ambos no que concerne à entidade que investiga, acusa e aplica as sanções correspondentes a cada um dos ilícitos: num caso temos uma autoridade judiciária e noutra uma autoridade administrativa, sendo que essa mesma clivagem ecoa ao longo de todo o processo, uma vez que, no Direito Contraordenacional, não foi previsto um modelo predominantemente acusatório, como é aquele que subjaz ao processo penal, mas sim um modelo inquisitório ⁴⁷. O processo contraordenacional tem, pois, características de um

⁴⁶ Em sentido semelhante, cf. INÊS FERREIRA LEITE, “A autonomização do direito sancionatório...”, cit., p. 55 que refere que “*mesmo pensando na fase administrativa, porque se trata de uma sanção punitiva, existem certas garantias fundamentais que vão para lá das garantias do administrado. Porque se trata de sanções punitivas que podem alcançar uma gravidade considerável [...] as garantias do processo contraordenacional (na fase administrativa e no tribunal) não podem ser muito distantes das previstas para o processo penal.*”

⁴⁷ Para desenvolvimentos sobre a fase administrativa, cf. AUGUSTO SILVA DIAS, *Direito das Contra-Ordenações*, cit., pp. 215 e ss.

verdadeiro processo penal, sendo também marcado por traços que o distanciam do mesmo ⁴⁸.

Neste sentido, já foi chamado à atenção na doutrina espanhola de que existe “*peligro de abusos en el campo sancionador y singularmente en las sanciones que pueden imponerse en el ámbito de las relaciones de supremacía general*” ⁴⁹, razão pela qual o TC espanhol já entendeu que o princípio da presunção de inocência e da garantia do contraditório se têm de aplicar ao processo contraordenacional ⁵⁰.

De facto, o “perigo de abusos” por parte das autoridades administrativas impõe que seja garantido ao arguido em processo contraordenacional direitos análogos àqueles que lhe são conferidos em processo penal, pelo menos nos casos em que as coimas aplicadas são de tal modo graves que, admitir o contrário, seria deixar o arguido à mercê do poder administrativo, coartado na sua defesa.

Esta preocupação levou o legislador constitucional português a consagrar no art. 32.º, n.º 10, da Constituição da República Portuguesa (“CRP”) que teria de ser necessariamente assegurado ao arguido o direito de audiência e defesa, no processo contraordenacional.

Naturalmente, nem todas as exigências incontornáveis que são verificadas no processo penal podem ser verificadas em processo contraordenacional. Desde logo, o que o legislador pretendeu com a consagração constitucional da referida provisão foi garantir que não poderia ser aplicada uma contraordenação de qualquer cariz sem que o arguido tenha o direito de se pronunciar e de se defender face às acusações que lhe são dirigidas ⁵¹. Não obstante, tem sido entendido pela jurisprudência

⁴⁸ O que leva autores a referirem-se a este processo como tendo natureza “híbrida”, cf. CAVALEIRO FERREIRA, *Curso de Processo Penal*, vol. II, Lisboa: Editora Danúbio, 1986, p. 64.

⁴⁹ Cf. FUERTES SUÁREZ, *apud* GONZALO QUINTERO OLIVARES, “La Autotutela, los Límites al Poder Sancionador de la Administración Pública y los Principios Inspiradores del Derecho Penal”, *Revista de Administración Pública*, N.º 126, Sep./Dic. (1991), p. 258

⁵⁰ Cf. GONZALO QUINTERO OLIVARES, “La Autotutela...”, *cit.*, p. 258.

⁵¹ Cf. JORGE MIRANDA, RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 363.

constitucional que as garantias dos arguidos em sede de processo contraordenacional não se limitam aos dois assinalados direitos ⁵².

Alguns princípios que atinem ao direito penal acabam por se esbater no domínio contraordenacional, todavia as garantias processuais que devem ser verificadas também em processo contraordenacional resultarão de um “juízo estruturalmente analógico, que terá de ser levado a cabo mediante o confronto da razão de ser da garantia constitucional do processo penal com a estrutura do processo de contraordenações ou disciplinar” ⁵³. cremos, pois, que a transposição dos princípios que foram inicialmente preconizados para o processo penal poderá ocorrer em processo contraordenacional se se verificar uma identidade de razão ⁵⁴.

A este respeito, a jurisprudência constitucional tem sido bastante cautelosa e — diríamos até — relutante na aplicação de princípios inerentes ao direito processual penal ao direito contraordenacional ⁵⁵, concedendo, todavia, que a aproximação material de ambos propicia a possibilidade de aplicação de alguns destes princípios.

Conforme já anunciámos, consideramos que os direitos que assistem aos arguidos em processo penal terão de ser tendencialmente

⁵² Entre outros, cf. Acs. do TC n.ºs 86/2008 (Cons. Presidente) e 45/2008 (Cons. Mário Torres).

⁵³ Cf. JOSÉ LOBO MOUTINHO, *Direito das Contra-Ordenações...*, cit., p. 42.

⁵⁴ Certos princípios veem, *ab initio*, a possibilidade da sua aplicação afastada pela própria natureza das coisas. Veja-se, por exemplo, o já referido princípio do *acusatório* que impõe que a entidade que acusa seja diversa da entidade que julga — há uma impossibilidade apriorística na transposição deste princípio para o processo contraordenacional já que as próprias atribuições das autoridades administrativas inviabilizam qualquer tentativa de segregação de funções. Neste sentido e mais detalhadamente, cf. TIAGO LOPES DE AZEVEDO, *Da Subsidiariedade no direito das contra-ordenações: problemas, críticas e sugestões práticas*, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, pp. 118-123.

⁵⁵ A título de exemplo, cf. Ac. do TC n.º 161/2004 (Cons. Mário Torres) “(...) o n.º 10 do artigo 32.º da CRP, incidindo sobre o direito adjetivo, se limita a assegurar no processo contraordenacional os direitos de audiência e defesa, e que a eventual extensão ao regime das contraordenações de aspetos substantivos do regime dos crimes não pode esquecer a diferença dos princípios jurídico-constitucionais que regem esses dois géneros de ilícito”; Ac. do TC n.º 487/2009 (Cons. João Cura Mariano) “Esta variação do grau de vinculação aos princípios do direito criminal, e a autonomia do tipo de sanção previsto para as contraordenações, repercute-se a nível adjetivo, não se justificando que sejam aplicáveis ao processo contraordenacional duma forma global e cega todos os princípios que orientam o direito processual penal”.

análogos em processo contraordenacional quando a materialidade das situações assim o exigir, o que acontecerá, segundo cremos, quando estamos perante grandes contraordenações. Caso contrário, o Direito Contraordenacional poderá ser totalmente subvertido, passando a favorecer a *fuga* da tutela penal para o Direito Contraordenacional, no qual, sob o *véu* da sua natureza híbrida, se aplicarão coimas mais graves do que qualquer pena — sobretudo quando se trata de pessoas coletivas, em relação às quais, como referimos, as penas principais sempre seriam de índole pecuniária, quer a conduta fosse punida através do Direito Penal quer através do Direito Contraordenacional — com o concomitante sacrífico transversal de inúmeros direitos e garantias que seriam reconhecidos sem escolhos em sede penal.

Sendo certo que o legislador pode decidir em diversos *casos de fronteira* punir determinadas condutas através do Direito Contraordenacional por razões de eficiência ⁵⁶, também o é que as garantias conferidas ao visado num processo sancionatório, em especial as suas garantias de defesa, não deverão definir-se estritamente em função da cominação da infração com uma multa ou uma coima, numa lógica de “*tudo ou quase-nada*”.

Conjugando tudo o que vai dito, é nosso entendimento que a proximidade substantiva entre grandes contraordenações e crimes deve — e tem — de ser acompanhada por uma proximidade adjetiva ⁵⁷, sob pena de serem coartados direitos, liberdades e garantias aos visados de forma completamente injustificada.

II. A jurisprudência do Tribunal Constitucional

Não obstante o regime processual penal prever, como regra, o efeito suspensivo do recurso, a verdade é que, se atentarmos no efeito do recurso das decisões das autoridades administrativas que foi positivado nos variados regimes presentemente vigentes, verificamos que o mesmo

⁵⁶ Em qualquer caso, a verdade é que autores já se pronunciaram no sentido da inconstitucionalidade desta *degradação* do Direito Penal, cf. JOSÉ LOBO MOUTINHO, *Direito das Contra-Ordenações...*, cit., pp. 32-33.

⁵⁷ Cf. NUNO LUMBRALES, *Sobre o Conceito Material de Contra-Ordenação*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2006, pp. 221-222.

é manifestamente dissemelhante, sem que exista uma razão aparente ⁵⁸. Não deixa de ser curioso que para os casos em que seria tendencialmente mais necessário assegurar todas as garantias de defesa dos arguidos — porque estão em causa “grandes contraordenações” — são tipicamente aqueles em que o efeito do recurso é meramente devolutivo, sendo a lógica de proteção totalmente subvertida.

Foi neste contexto que o TC foi obrigado a pronunciar-se sobre o efeito meramente devolutivo do recurso de algumas normas, em concreto sobre aquelas que constam do Regime Jurídico da Concorrência (“RJC”) (Ac. n.º 376/2016 ⁵⁹, Ac. n.º 674/2016 ⁶⁰, Ac. n.º 445/2018 ⁶¹ e Ac. n.º 776/2019 ⁶²), do Regime Sancionatório do Setor Energético (“RSSE”) (Ac. n.º 675/2016 ⁶³, Ac. n.º 397/2017 ⁶⁴ e Ac. n.º 123/2018 ⁶⁵) e do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras (“RGICSF”) (Ac. n.º 470/2018) ⁶⁶. Apesar de já terem sido proferidos dois acórdãos pelo Plenário do TC nos quais se decidiu pela *não inconstitucionalidade* de algumas destas normas, a questão continua a causar inquietude na doutrina e na jurisprudência.

1. Súmula dos fundamentos do Tribunal Constitucional — o antagonismo das decisões da 1.ª e da 3.ª secção e o sentido de voto do Plenário

O acórdão pioneiro a respeito desta matéria — o Ac. n.º 376/2016 — pronunciou-se pela não inconstitucionalidade das normas constantes do art. 84.º, n.os 4 e 5, do RJC.

⁵⁸ Prevendo o efeito suspensivo do recurso, surgem o RGCO, a Lei-Quadro das Contraordenações Ambientais, o Código dos Valores Mobiliários (“CdVM”) e o Regime Quadro das Contraordenações do Sector das Comunicações.

Prevendo o efeito meramente devolutivo, surgem o RGICSF, o RJC, o RSSE e os Estatutos da Entidade Reguladora da Saúde.

⁵⁹ Ac. do TC n.º 376/2016 (Cons. Carlos Fernandes Cadilha).

⁶⁰ Ac. do TC n.º 674/2016 (Cons. Maria de Fátima Mata-Mouros).

⁶¹ Ac. do TC n.º 445/2018 (Cons. Cláudio Monteiro).

⁶² Ac. do TC n.º 776/2019 (Cons. Lino Rodrigues Ribeiro).

⁶³ Ac. do TC n.º 675/2016, cit.

⁶⁴ Ac. do TC n.º 397/2017 (Cons. Gonçalo Almeida Ribeiro).

⁶⁵ Ac. do TC n.º 123/2018 (Cons. Gonçalo Almeida Ribeiro).

⁶⁶ Ac. do TC n.º 470/2018 (Cons. Lino Rodrigues Ribeiro).

Em primeiro lugar, este acórdão alheou-se da questão de saber se “*as normas sindicadas violam os parâmetros constitucionais invocados por não acautelarem a situação de um interessado que não disponha de meios económicos para prestar a caução que aí é imposta*”.

Desconsiderando a questão referida *supra*, o TC foi desbravando as razões pelas quais o legislador teria decidido consagrar o efeito meramente devolutivo do recurso interposto das decisões da Autoridade da Concorrência (“AdC”), começando por referir que esta solução seria (i) “*inspirada no regime previsto no art. 278.º do TFUE, para os recursos interpostos no TJUE, incluindo os recursos para a impugnação das decisões sancionatórias da Comissão Europeia*”, mais adicionando razões de (ii) eficácia dos respetivos poderes sancionatórios e ainda (iii) desincentivar os recursos judiciais infundados cujo objetivo é apenas protelar no tempo o pagamento da coima em causa, sendo que tal desígnio é ainda adensado pelo afastamento da proibição da *reformatio in pejus*.

Depois de identificadas as motivações para a consagração desta opção legislativa, avançou o TC para o seu juízo de não inconstitucionalidade alicerçado em vários vetores.

Primeiramente, considerou que as normas dos arts. 20.º, n.º 1 e 268.º, n.º 4, da CRP que preveem o direito de impugnar judicialmente a decisão proferida não estariam a ser violadas, constituindo a opção do legislador um mero “*obstáculo ao efetivo exercício desse direito*”.

Para corroborar o seu entendimento, o TC referiu ainda que a Administração Pública, na sua atuação, estava sujeita aos princípios da legalidade, proporcionalidade, justiça e imparcialidade na aplicação das referidas coimas. Adicionou também que o facto de o arguido poder prestar caução quando a execução da decisão lhe cause prejuízo considerável para garantir o efeito suspensivo do recurso funcionava como uma “*válvula de escape*” na medida em que esta possibilidade permite “*o balanceamento, que se crê razoável e proporcionado, entre a proteção da esfera individual do arguido e a realização do interesse público*”.

No que concerne à alegada violação do art. 32.º, n.º 10, da CRP, o Tribunal entendeu que esta norma apenas poderia ser convocada para a apreciação da constitucionalidade de soluções que se aplicam à fase judicial do processo contraordenacional e não à fase administrativa do mesmo. Por fim, terminando a sua apreciação, considerou

que, no que concerne à presunção de inocência, esta também não estava posta em causa porquanto não tinha “*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*”. Tendo em vista a diferenciação entre os dois ilícitos, considerou que a impossibilidade de executar uma pena antes do trânsito em julgado da decisão se justificava pela “*intensidade e expressividade com que interferem na esfera pessoal do arguido*”, as quais não estão patentes na coima.

O entendimento vertido nesta decisão foi precursor das decisões que lhe sucederam no sentido da não inconstitucionalidade das normas que preveem o efeito meramente devolutivo do recurso interposto de uma decisão proferida por uma autoridade administrativa independente ⁶⁷, sem que os argumentos variassem em grande medida, ainda que nos acórdãos subsequentes as questões controversas tenham merecido maior desenvolvimento ⁶⁸.

⁶⁷ Desde logo porque foi considerado pelo TC que a AdC, a ERSE e o BdP tinham idêntica natureza e competências análogas.

⁶⁸ Podem verificar-se, portanto, algumas oscilações no argumentário utilizado. No Ac. n.º 397/2017, cit. escrutinou-se com maior acutilância a questão da restrição ao direito de acesso à justiça, considerando que o que verdadeiramente foi consagrado foi um ónus de acesso à justiça que não implica qualquer restrição do direito a uma tutela jurisdicional efetiva. O mesmo acórdão debruçou-se também com maior detalhe sobre o princípio da presunção de inocência, o qual foi apenas tangencialmente abordado no Ac. n.º 376/2016, cit. Neste sentido, concluiu o TC que, de facto, a opção do legislador *beliscava* este princípio, no entanto acabou por considerar que não havia violação da proporcionalidade *stricto sensu*, aceitando que esta é uma restrição razoável àquele direito, em virtude da ponderação dos interesses em causa.

Já no Ac. n.º 123/2018, cit., do Plenário, também se foi mais longe do que o primeiro acórdão proferido acerca desta matéria, indo ao encontro, nas questões essenciais, do entendimento vertido no Ac. 397/2017, cit. Em particular, quanto ao *princípio da tutela jurisdicional efetiva*, concluiu que não estaríamos perante uma restrição *direta*, mas sim *obliqua* que seria admissível porque (i) essas situações se confinavam aos casos em que a sanção é uma coima (portanto de natureza pecuniária), (ii) é atendida a situação económica do visado na sua aplicação e ainda (iii) por existir uma válvula de escape caso a aplicação imediata cause prejuízo considerável. Já quanto ao princípio da presunção de inocência, considerou-se que estávamos perante uma restrição admissível porquanto a mesma seria idónea, necessária e proporcional, sobretudo porque o princípio da presunção de inocência tem, no Direito Contraordenacional, um

Após o primeiro acórdão do TC a respeito desta matéria ter considerado não inconstitucional a consagração do efeito meramente devolutivo do recurso interposto de decisão proferida pela AdC, no mesmo dia 13 de dezembro de 2016, foram proferidos dois Acórdãos em sentido diametralmente oposto àquele — os Acs. n.ºs 674/2016 e 675/2016 — o primeiro também em relação ao RJC e o segundo relativamente ao RSSE, sendo que o Ac. n.º 675/2016 se limitou a remeter para o entendimento vertido no Ac. n.º 674/2016.

Contrariamente ao que foi entendido pelo Ac. n.º 376/2016, no Ac. n.º 674/2016, o TC iniciou a sua análise com a afirmação de que deveria ser também tomada em consideração a situação económica do visado e que essa circunstância deveria ser ponderada no contexto do respetivo juízo de constitucionalidade, tema que retomaria mais à frente, na sua fundamentação.

De entre as variantes que deviam ser apreciadas, o TC escrutinou (i) a violação do princípio da presunção de inocência; (ii) a violação do direito de acesso aos tribunais e à tutela jurisdicional efetiva; e (iii) a violação do princípio da proporcionalidade.

Relativamente à presunção de inocência, entendeu o TC que a sua aplicação em sede de processo contraordenacional não seria necessariamente análoga àquela que é feita em processo penal, já que “*é menor o peso do regime garantístico*” nesta sede. Todavia, apesar de admitir a possibilidade de aplicação deste princípio também em sede de processo contraordenacional, considerou que não estava em causa a violação da presunção de inocência, já que “*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*”. Assim, considerou o TC que a tónica de constitucionalidade deveria versar sobre a direito de acesso aos tribunais e à tutela jurisdicional efetiva e não sobre a presunção de inocência.

peso axiológico diferente, considerando que os visados são pessoas coletivas e ainda porque a entidade que emana a decisão é uma autoridade independente, o significa que, com elevada probabilidade, a sua decisão será confirmada pelo Tribunal.

Por fim, o Ac. n.º 470/2018, cit. aderiu, praticamente na totalidade, ao entendimento resultante do Ac. n.º 123/2018, cit., o mesmo sucedendo com o mais recente Ac. n.º 776/2019, cit.

Recaindo a análise de constitucionalidade sobre os apontados direitos do arguido, o TC entendeu, em suma, que o princípio da tutela jurisdicional efetiva não impõe, à partida, que esteja previsto o efeito suspensivo do recurso, já que esta questão está na margem de discricionariedade do legislador, o que não significa que a possibilidade de executar imediatamente uma decisão não constitua um ónus significativo para o arguido. Assim, ter-se-ia de verificar se o obstáculo colocado pelo legislador à possibilidade de recurso era, ou não, um obstáculo constitucionalmente justificado.

Com efeito, o TC apreciou, numa ótica de proporcionalidade, se esta seria uma restrição justificada a um direito fundamental, tendo em conta os bens que se visavam acautelar com a restrição — a diminuição de recursos judiciais infundados e consequente promoção da efetividade e a celeridade do processo — avaliando, por essa via, os três subprincípios da proporcionalidade, a saber, a adequação, a necessidade e a proporcionalidade *stricto sensu*. Quanto ao requisito da adequação, o TC entendeu que o mesmo estava verificado. Já quanto ao subprincípio da necessidade, entendeu o TC que, estando prevista a possibilidade da *reformatio in pejus*, os arguidos estariam suficientemente dissuadidos de interpor recursos infundados das decisões das autoridades administrativas independentes. Pareceu, assim, concluir o TC que a proibição da *reformatio in pejus* seria uma alternativa menos gravosa para o desígnio do legislador. A este respeito, o TC entendeu ainda que, ainda que se entendesse que estaria verificado o requisito da necessidade, nunca estaria preenchido o requisito da proporcionalidade em sentido estrito, visto que este configura um ónus excessivo face aos valores que se pretendem acautelar.

Por fim, o TC apontou que a norma em causa não acautelava a possibilidade de insuficiência económica do visado, até para efeitos de prestar a caução exigida. Ainda a este respeito, é de salientar que este acórdão, à semelhança do que aconteceu no Ac. n.º 376/2016, também abordou a questão de este regime pretender assemelhar-se àquele que vigora na União Europeia, tendo, contudo, concluído que o mesmo chega a ser mais gravoso do que aquele, uma vez que que, mesmo no regime unionista, o Tribunal de Justiça da União Europeia poderá fixar o efeito suspensivo do recurso caso considere

que as circunstâncias o exigem (arts. 278.º do Tratado de Funcionamento da União Europeia, arts. 160.º e ss. do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça e arts. 156.º e ss. do Regulamento de Processo do Tribunal Geral), permitindo-se a dispensa de prestação de caução nos casos em que a parte não a possa economicamente prestar.

O Ac. n.º 445/2018, que também decidiu no sentido da inconstitucionalidade da norma em causa, referente ao RJC, adotou, essencialmente, a fundamentação vertida no Ac. n.º 674/2016 ⁶⁹.

Urge, assim, apreciar criticamente as apontadas decisões, perscrutando os principais argumentos abordados.

2. Análise crítica das decisões do TC

Antes de avançarmos na aferição e ponderação dos interesses jurídicos em causa é necessário delimitá-los concretamente. Podemos, assim, identificar, do lado do arguido, o *direito de acesso à justiça* e a uma *tutela jurisdicional efetiva*, por um lado, e o respeito pelo *princípio da presunção de inocência*, por outro. Por sua vez, do lado das autoridades administrativas independentes, podemos abstratamente considerar que estas medidas têm em vista a promoção da celeridade na aplicação das decisões das referidas entidades ⁷⁰, promovendo a sua eficácia e evitando que sejam interpostos recursos com propósitos meramente dilatórios.

Centraremos, pois, a nossa análise no direito de acesso à justiça e a uma tutela jurisdicional efetiva e, bem assim, no princípio da presunção de inocência, contrapondo-os com os assinalados interesses das autoridades administrativas independentes, por forma a verificar a admissibilidade das restrições a que os primeiros foram sujeitos através da consagração do efeito meramente devolutivo do recurso, suportando-nos na análise crítica dos argumentos avançados pelo TC.

⁶⁹ Neste Acórdão apenas foi clarificado que, no seu entender, o Ac. n.º 123/2018, cit. proferido pelo Plenário atendeu a especificidades inerentes ao setor energético e às funções exercidas pela ERSE que não seriam transponíveis para o regime da AdC, o que justificaria que não fosse seguido o entendimento ali vertido.

⁷⁰ Neste sentido, a propósito do RJC, cf. Proposta de Lei 45/XII.

a. Do direito de acesso à justiça e a uma tutela jurisdicional efetiva

Sendo uma evidência que o direito de acesso à justiça e a uma tutela jurisdicional efetiva não foram inelutavelmente suprimidos, facilmente reconhecemos que os mesmos foram restringidos, uma vez que o acesso aos tribunais foi dificultado a partir do momento em que o arguido, mesmo que interponha recurso, poderá ver a decisão de condenação imediatamente executada. Cumpre, assim, aferir se esta restrição ⁷¹ é constitucionalmente admissível, servindo-nos em parte do argumentário expendido no Palácio de Ratton.

O Ac. n.º 674/2016 visitou os vários subprincípios do princípio da proporcionalidade, aferindo se está preenchida a *adequação*, a *necessidade* e a *proporcionalidade em sentido estrito*. Neste aresto acabou por se concluir que a violação era evidente já que a medida era excessiva face aos fins prosseguidos. Socorrendo-se da questão da insuficiência económica do arguido, considerou o Tribunal que, sendo desconsiderada a sua posição económica, o mesmo estaria desproporcionalmente onerado com o “*sacrifício infligido no direito fundamental de acesso à justiça individual para atingir o benefício de interesse público prosseguido*”.

A mesma metodologia não foi, contudo, adotada nas restantes decisões, que apenas concluíram que o direito em causa não era afetado, sendo que o que poderia estar em causa era antes uma questão de *efetividade* da tutela jurisdicional ⁷², tendo, todavia, sido considerado que também esta não tinha sido restringida ⁷³. Em concreto, no Ac. n.º entendeu-se que esta restrição era admissível uma vez que (i) estão em causa sanções exclusivamente pecuniárias, sendo possível a reconstituição da situação existente; (ii) na aplicação da coima, a situação económica do visado é

⁷¹ Apelidada pelo TC, conforme referido, por *restrição oblíqua*, e não *direta*.

⁷² A este respeito, cf. JOSÉ LOBO MOUTINHO, “O «efeito meramente devolutivo» da impugnação da decisão condenatória”, in: *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Germano Marques da Silva*, José Lobo Moutinho, Henrique Salinas, Elsa Vaz de Sequeira, Pedro Garcia Marques (coord.), vol. 2, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2020, pp. 1449 e ss.

⁷³ Vide Acs. n.ºs 397/2017, cit. e 123/2018, cit. Já no Ac. n.º 376/2016, cit., entendeu-se que a medida não era desproporcionada na medida em que acautelava a maior eficácia das decisões sancionatórias.

tida em conta; e (iii) é possível que não haja a execução imediata da sanção sempre que esta cause prejuízo considerável ao executado.

Quanto a nós, julgamos, desde logo, não ser correto partir da premissa segundo a qual o recurso serve primacialmente propósitos dilatórios. O recurso visa, antes de mais, um aperfeiçoamento da decisão que foi inicialmente proferida, a qual pode, efetivamente, ser imperfeita. Por essa razão, a fixação do efeito suspensivo apenas tem o intuito de garantir que não são executadas decisões que poderão não ser mantidas na ordem jurídica, com prejuízo para o visado ⁷⁴.

Em qualquer caso, numa vertente de adequação, cremos que se o objetivo da fixação do efeito meramente devolutivo era o de promover a eficácia das decisões das autoridades administrativas, afastando os casos de recursos infundados, a medida poderá ser considerada adequada para o desígnio a ser alcançado, já que o arguido que deseja unicamente retardar a produção de efeitos da decisão, ficará inibido de interpor um recurso com esse propósito. É, contudo, de atentar que a mesma adequação já não está patente, por exemplo, se o arguido assentar os seus propósitos dilatórios tendo em vista unicamente a prescrição. Nessa circunstância, o efeito do recurso será inócuo e a fixação de efeito meramente devolutivo não o dissuadirá de recorrer da decisão ⁷⁵.

Já na vertente da necessidade, é pressuposto que a medida adotada não possa ser substituída por outra menos lesiva, mas igualmente eficaz ⁷⁶. A este propósito, entendeu o TC no Ac. n.º 674/2016

⁷⁴ A este respeito, cf. ALBERTO DOS REIS, *Código de Processo Civil Anotado*, vol. V, 3.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 339: “[é] prudente, aconselhável, consentir que se inicie uma execução sobre a base duma sentença instável? Serve os interesses da justiça a execução fundada num título precário, suscetível de ser inutilizado por decisão do tribunal de apelação? A resposta negativa impõe-se.”

⁷⁵ Considerando que esta é uma medida inidónea tendo em conta o objetivo a ser alcançado, cf. MANUEL DA COSTA ANDRADE, Voto de Vencido — Ac. n.º 123/2018, cit.

⁷⁶ Relativamente a esta questão e explicitando como deverá ser encarado este sub-princípio, nomeadamente esclarecendo que para uma medida não ser considerada necessária é preciso que seja proposta uma outra medida evidentemente menos lesiva e, pelo menos, igualmente eficaz, cf. JORGE REIS NOVAIS, *Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra: Coimbra Editora, 2014, pp. 171-177, em especial, p. 175.

que a medida adotada pelo legislador é desnecessária na medida em que existe uma outra medida mais eficaz para o desígnio que pretende ser alcançado, dando como exemplo a consagração da *reformatio in pejus*.

Não estamos certos de que a possibilidade de *reformatio in pejus* seja, em abstrato, uma medida menos gravosa do que a fixação de efeito meramente devolutivo do recurso, para efeitos de aferição da verificação do requisito da necessidade da medida em causa ⁷⁷. O que pugnamos, sim, é que a *combinação* de ambos os mecanismos restringe injustificadamente o direito de acesso à justiça e a uma tutela jurisdicional efetiva por parte do arguido.

Sem prejuízo do que foi dito, existem outros meios menos gravosos se o desígnio do recorrente for tão só adiar que a sanção seja aplicada, como medidas de garantia patrimonial similares às previstas nos arts. 227.º e ss. do CPP, taxas sancionatórias especiais para impugnações infundadas, entre outros. Cremos, por isso, que o efeito meramente devolutivo do recurso e, no limite, a combinação do efeito meramente devolutivo do recurso com a *reformatio in pejus* é uma medida manifestamente *desnecessária*.

Não obstante, e ainda que assim não se entendesse, o princípio da proporcionalidade *stricto sensu* estaria certamente violado, atendendo a que para evitar que fossem interpostos certos recursos infundados, se pune quem quer fundamentadamente recorrer da decisão ⁷⁸. É, pois, nosso entendimento que os benefícios obtidos pela execução imediata da sanção não suplantam os prejuízos que dela decorrem, antes ficam bastante aquém daqueles. Em particular, a maior celeridade que é alcançada não compensa a grave

⁷⁷ Também no Ac. n.º 123/2018, cit. esta questão foi abordada (e secundada no Ac. n.º 776/2019, cit.), tendo sido entendido que (i) a *reformatio in pejus* não é uma medida alternativa, mas cumulativa para dissuadir a impugnação judicial; (ii) a *reformatio in pejus* não permite assegurar o cumprimento da sanção; (iii) não é evidente que a *reformatio in pejus* seja uma medida menos lesiva.

⁷⁸ Assim também JOSÉ LOBO MOUTINHO, “O «efeito meramente devolutivo»...”, cit., pp. 1455-1456 que considera que “[o] efeito meramente devolutivo, atingindo, na sua cegueira, todas as impugnações (infundadas e meramente dilatórias ou não), é uma violação da proibição de excesso e, com ela, do princípio da proporcionalidade.”

restrição do direito de acesso aos Tribunais e a uma tutela jurisdicional *efetiva* dos visados.

Para além da ponderação que, a nosso ver, não foi devidamente concretizada, os *argumentos de natureza prática e dogmática* que foram avançados pelo TC — em particular, a natureza exclusivamente patrimonial da sanção, a tomada em conta da situação económica do visado e a não execução imediata da sanção quando haja prejuízo considerável —, ainda numa ótica ponderativa dos interesses em confronto, não nos parecem colher.

Quanto ao primeiro ponto, sendo certo que estamos a falar de sanções pecuniárias, a privação do montante pago aquando da execução da decisão poderá causar constrangimentos graves ao visado, sobretudo se tivermos em consideração que, a final, esse montante não seria devido. Na verdade, os Tribunais têm revertido quase sempre as decisões condenatórias das autoridades administrativas, diminuindo drasticamente o valor das coimas inicialmente aplicadas, o que significa que o arguido será forçado a pagar, imediatamente, um determinado montante que, a final, pode ser expressivamente inferior, configurando, pois, essa privação de capital uma medida injustificada e desrazoável⁷⁹. Também a respeito da devolução do montante em causa — que o TC aborda como um *mal menor* — cumpre atentar que poderão suscitar-se questões atinentes aos juros indemnizatórios que serão devidos, uma vez que em caso de reversão da decisão haverá uma privação injustificada de capital durante o período de tempo que intermedeia a execução da decisão da autoridade administrativa e a

⁷⁹ A título exemplificativo, atente-se na página oficial da AdC (consultada em 05.04.2021) onde é possível verificar a diminuição ou absolvição de inúmeras coimas aplicadas. Note-se que as reduções são bastante significativas (na ordem dos milhões de euros), como aconteceu no processo n.º 349/11.7TYLSB, em que a coima foi reduzida de € 1.971.397,17 para € 969.000; no processo n.º 38/13.8YUSTR, em que a coima foi reduzida de € 1.150.364 para um total de € 455.000; no processo n.º 204/13.6YUSTR, em que a coima foi reduzida de € 3.700.000 para € 2.700.000; no processo n.º 102/15.9YUSTR, em que a coima foi reduzida de € 9.290.000 para € 4.090.000; no processo n.º 276/15.9YUSTR, em que tinha sido aplicada em coima no valor de € 100.000, tendo a visada sido absolvida; no processo n.º 88/12.1YUSTR. L1, em que tinha sido aplicada em coima no valor de € 14.740.283, tendo a visada sido absolvida por se ter considerado o procedimento prescrito por inércia da AdC.

decisão final proferida pelo Tribunal de eventual redução do valor da coima inicialmente aplicada ⁸⁰.

Por outro lado, no que concerne à tomada em consideração da situação económica do visado aquando da aplicação da coima, cremos que este pode ser um argumento enganador. Se é verdade que a tomada em conta do património da pessoa coletiva em causa poderia ser um fator que corroborasse a maior possibilidade de esta prou-ver ao pagamento sem que a sua sustentabilidade ficasse comprometida, a realidade demonstra o contrário. Não pode ser descurado que apesar de, em diversos casos, o valor da coima não poder exceder 10% do volume de negócios realizado no exercício imediatamente anterior à decisão final condenatória ⁸¹, a mesma pode, ainda assim, ser verdadeiramente perniciosa para o infrator ⁸², havendo inclusivamente fortes argumentos no sentido da sua inconstitucionalidade ⁸³. É que, é tido em consideração o volume de negócios realizado no exercício imediatamente anterior à decisão condenatória, o que significa que não é tida em conta a situação *atual e corrente* do visado, o que pode seriamente colocar em causa a própria subsistência da entidade punida ⁸⁴. Nessa medida, a situação económica tida por

⁸⁰ Cf. JOSÉ LUÍS DA CRUZ VILAÇA, MARIA JOÃO MELÍCIAS, *in*: AA.VV. *Lei da Concorrência Anotada — Comentário Conimbricense*, cit., p. 958.

⁸¹ Esta disposição está presente em vários regimes, entre os quais no RGICSF (art. 211.º, n.º 2), no CdVM [art. 338.º, n.º 2, alínea b)], no RSSE (art. 32.º, n.º 2) e no RJC (art. 69.º, n.º 2).

⁸² Podendo atingir valores superiores à pena de multa abstratamente aplicável a pessoas coletivas, no caso de cometimento de ilícito penal, tal como resulta da conjugação dos arts. 77.º, n.º 2 e 90.º-B do CP, cf. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, NUNO BRANDÃO, “Práticas restritivas da concorrência pelo objeto: consumação e prescrição — Anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 29 de Janeiro de 2014”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 24, N.º 3 (2014), pp. 452-453.

⁸³ De entre os quais, a violação do princípio da legalidade e da proporcionalidade, na vertente da indeterminabilidade da sanção; a violação do princípio da legalidade na vertente da indeterminabilidade do período temporal de referência; e a violação do princípio da proporcionalidade, atendendo à natureza de *foros confiscatórios* que estas coimas poderão assumir.

⁸⁴ Em sentido diverso, cf. JOSÉ LUÍS DA CRUZ VILAÇA, MARIA JOÃO MELÍCIAS, *in*: AA.VV. *Lei da Concorrência Anotada — Comentário Conimbricense*, cit., p. 960 que defendem que o facto de se tomar em conta o volume de negócios tem “*em vista acomodar-se à capacidade de pagamento das visadas*”.

referência para o cálculo da sanção pode ser completamente diferente daquela que é vivenciada pelo (alegado) infrator aquando da efetiva aplicação, o que comunga a ideia de que a decisão não deverá ser imediatamente executada.

Por fim, no que diz respeito à possibilidade de não proceder imediatamente à execução da sanção sempre que esta cause prejuízo considerável ao executado, cumpre referir que, sendo este um conceito indeterminado, e por isso a ser densificado pelos Tribunais ⁸⁵, não haverá grande previsibilidade do que será aceite para a jurisprudência como *suficientemente prejudicial*. O requisito da existência de “prejuízo considerável” poderá, assim, ser interpretado de diversas formas, desde um risco sério e efetivo de falência até uma situação de maior dificuldade de operacionalizar a vida quotidiana da sociedade, causando constrangimentos (relevantes) nas obrigações que o ente teria de cumprir. Estamos, portanto, perante uma (apenas aparente) válvula de escape cuja falta de densificação legal e jurisprudencial deixam o visado numa grande margem de incerteza.

Ainda a este respeito, a lei também não é clara sobre o que poderá efetivamente servir como caução, levando-nos a questionar qual a margem de discricionariedade do julgador para definir o seu montante e o seu modo de prestação ⁸⁶. Em particular, a lei não esclarece se a caução poderá assumir um valor manifestamente inferior e, bem assim, se poderia tomar a forma, por exemplo, de garantia bancária, o que, novamente, coloca o visado numa situação de incerteza quanto às condições em que poderá obter a suspensão da execução da sanção mediante a prestação de caução.

Cumpre apenas acrescentar a respeito deste primeiro princípio sob escrutínio, como elemento adicional, que não poderá ser desconsiderado que a fase administrativa do processo contraordenacional tem

⁸⁵ Neste sentido, cf. Ac. do TRE, de 09.02.2017, processo n.º 154/14.9T8CTX-A. E1 (Tomé de Carvalho).

⁸⁶ Cf. JOSÉ LUÍS DA CRUZ VILAÇA, MARIA JOÃO MELÍCIAS, *in*: AA.VV. *Lei da Concorrência Anotada — Comentário Conimbricense*, cit., p. 961. Os autores consideram que o Tribunal gozará de ampla margem de discricionariedade para o efeito quanto às diferentes modalidades e montantes e admitem que poderá ser prestado como caução um valor simbólico.

natureza inquisitória, competindo à mesma entidade investigar e julgar, o que representa um claro desvio à matriz acusatória que norteia o Direito Processual Penal. Esse afastamento apenas é corrigido na fase judicial, durante a qual é permitida a impugnação das decisões proferidas pela entidade inquisidora⁸⁷. Nessa medida, a possibilidade de interposição de recurso pelo visado contra a decisão proferida pela autoridade administrativa consubstancia um verdadeiro *contrapeso* em face da atribuição de poderes sancionatórios à Administração⁸⁸. Por essa razão, é importante garantir que o visado tem todas as condições para poder impugnar uma decisão que foi proferida com os referidos contornos sem constrangimentos.

À luz do exposto, entendemos que a previsão do efeito meramente devolutivo do recurso representa uma restrição desproporcionada e inadmissível ao direito de acesso à justiça e a uma tutela jurisdicional efetiva e que os argumentos de ordem prática que poderiam, em tese, ser aduzidos, não atenuam — e, bem ponderados, antes adensam — a anunciada inconstitucionalidade.

b. Da presunção de inocência

A aplicação do princípio da presunção de inocência do arguido em processo contraordenacional terá necessariamente de ser ponderada

⁸⁷ Na realidade, a estrutura inquisitória do processo é apenas constitucionalmente legítima precisamente por força da possibilidade da sua sindicância judicial antes da produção dos seus efeitos lesivos. Como afirmou já o TC, no seu Ac. n.º 595/2012 (Cons. Vítor Gomes), “[n]ão se ignora que, em alguns regimes especiais, sem subtrair o processamento e decisão primária à esfera da Administração, se estabelece diferenciação de funções ou competências no seio do processo de contraordenação, que pode ir ao ponto de a entidade administrativa competente para a decisão não integrar a autoridade administrativa competente para investigação [...]. É solução que cabe na discricionariedade legislativa, mas que não decorre das garantias constitucionais relativas ao processo de contraordenação, *garantida que está a possibilidade de o arguido ser ouvido e se defender antes da decisão administrativa sancionatória e a impugnação desta em todos os seus aspetos lesivos, perante um tribunal independente e imparcial e com plena jurisdição, mediante um processo contraditório*” (itálico nosso).

⁸⁸ Cf. JOSÉ LOBO MOUTINHO, PEDRO GARCIA MARQUES, *in*: AA.VV. *Lei da Concorrência Anotada — Comentário Conimbricense*, cit., p. 990.

para a questão que ora se discute ⁸⁹. A transposição deste princípio para o Direito Contraordenacional, bem como as suas repercussões, extensão e alcance, foi um tema escrutinado pelos referidos acórdãos do TC que se pronunciaram acerca da questão que ora se discute. Assim, cumpre esclarecer qual a relevância deste princípio em sede contraordenacional, e se o mesmo terá aplicação neste âmbito, não obstante ter sido preconizado para o processo penal.

Como é consabido, este princípio tem várias dimensões, sendo sobretudo associado a questões relacionadas com matéria de prova, todavia importa-nos, nesta sede, atender às suas demais manifestações. Cremos que a presunção de inocência deve verificar-se na forma como o arguido é tratado ao longo de todo o processo ⁹⁰. De facto, este princípio impõe que “o arguido seja titular de um estatuto e receba um tratamento e uma consideração próprios de alguém considerado inocente” ⁹¹. Neste sentido, este princípio visa assegurar que o arguido é tratado como se fosse realmente inocente ⁹², ainda que, a final, se prove que não o é. A manutenção da condição de um sujeito inocente deve, pois, verificar-se desde o início do processo até à prolação da

⁸⁹ Aceitando a sua aplicação ao processo contraordenacional, enquanto pertencente ao conjunto de direitos ínsitos no direito de defesa do arguido previsto no art. 32.º, n.º 10, da CRP, cf. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário...*, cit., p. 139.

⁹⁰ Fazendo uma distinção entre o momento de aplicação do princípio da presunção de inocência e do *in dubio pro reo*, considerando que o primeiro se verifica ao longo de todo o processo ao passo que o segundo se manifesta apenas no momento da decisão, cf. ALEXANDRA VILELA, *Considerações acerca da presunção de inocência em direito processual penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 78; também entendendo que o princípio *in dubio pro reo* e o princípio da presunção de inocência têm aplicabilidade em situações diversas, operando a presunção de inocência num plano objetivo, enquanto o princípio *in dubio pro reo* recai exclusivamente sobre o julgador, cf. MANUEL JAÉN VALLEJO, *La Presunción de inocencia en la jurisprudencia constitucional*, Madrid: Akal, 1987, p. 21.

⁹¹ Cf. RUI PATRÍCIO, “O Direito Fundamental à Presunção de Inocência (Revisitado — A Propósito do Novo Código de Processo Penal de Cabo Verde)”, *Separata Direito e Cidadania*, Ano VII, N.º 22, 2005, p. 17.

⁹² Na doutrina, vários autores chegam a referir-se à presunção de inocência como um “direito subjetivo”, cf. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual...*, cit., p. 122; o mesmo é reconhecido na jurisprudência, como já aconteceu com o Supremo Tribunal Espanhol, cf. MANUEL JAÉN VALLEJO, *La Presunción...*, p. 19.

decisão final ⁹³, transitada em julgado ⁹⁴, sendo que a regra deverá ser a da conservação dos seus direitos e não a restrição dos mesmos, a qual apenas deverá ocorrer quando for imprescindível ⁹⁵.

Este imperativo constitucional resulta claramente do art. 32.º, n.º 2, da CRP, cuja aplicação é inequívoca ao processo penal, não havendo, todavia, norma análoga relativamente a outro ramo do direito sancionatório público.

Não obstante, tem sido entendido que a identidade de situações justifica a aplicação deste mesmo princípio quando está em causa um ilícito contraordenacional ⁹⁶, sendo que a jurisprudência constitucional tem pugnado neste sentido ⁹⁷.

O que importa compreender para efeitos do nosso estudo será a extensão deste princípio no processo contraordenacional. A este respeito, o TC começou por afastar (ou por minorizar) a afetação deste princípio na questão que ora se discute, centrando a sua análise essencialmente no direito de acesso aos tribunais e a uma tutela jurisdicional efetiva. Todavia, a verdade é que, em várias passagens, o possível comprometimento da presunção de inocência foi equacionado.

No que respeita ao Ac. n.º 123/2018 do Plenário — que acompanhou o entendimento vertido no Ac. n.º 397/2017 —, foi entendido que a restrição a este direito era moderada ou ligeira já que (i) as garantias para o processo criminal não têm de ser análogas àquelas que estão previstas em processo contraordenacional, nomeadamente no que diz respeito à presunção de inocência, já que o peso axiológico deste último ramo é diferente; (ii) tal peso é ainda mais

⁹³ Cf. ALEJANDRO NIETO GARCÍA, ALEJANDRO NIETO GARCÍA, *Derecho Administrativo Sancionador*, 3.ª ed., Madrid: Tecnos, 2002, pp. 414-418.

⁹⁴ Cf. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 518.

⁹⁵ Como acontece, por exemplo, com a aplicação de medidas de coação. A este respeito, cf. ALEXANDRA VILELA, *Considerações acerca...*, cit., pp. 95-116.

⁹⁶ Mais latamente, relativamente ao “direito sancionatório público”, cf. LUCÍA ALARCÓN SOTOMAYOR, *El Procedimiento Administrativo Sancionador y los Derechos Fundamentales*, Madrid: Ed. Civitas, 2007, p. 346.

⁹⁷ Cf. Ac. do TC n.º 269/2003 (Cons. Benjamim Rodrigues); Ac. do TC n.º 103/87 (Cons. Cardoso da Costa); Ac. do TC n.º 301/97 (Cons. Alves Correia).

diminuído já que os visados não são pessoas singulares, mas pessoas coletivas; (iii) a entidade administrativa que condena e sanciona o arguido é uma autoridade independente; (iv) a restrição do direito à presunção de inocência é mitigada pela exceção prevista para os casos em que a execução causa prejuízo considerável ao visado, funcionando este mecanismo como uma “válvula de escape”; e (v) nada obsta a que a prestação da caução seja feita no montante e pela forma que o Tribunal julgar adequados. Parece-nos que estas pretensas *atenuantes* ao constrangimento do princípio da presunção de inocência avançadas pelo TC são, salvo o devido respeito, destituídas de fundamento.

Em primeiro lugar, no que se refere às garantias que devem ser observadas em processo penal e contraordenacional (nomeadamente considerando que estas poderão ser diminuídas em sede de processo contraordenacional, atento o facto de este não ter o mesmo peso axiológico) não pugnamos, como referido, orientações que, estribando-se na mera inserção dos ilícitos num ou noutro ramo do Direito, extrapolam, sem atender à materialidade das situações em causa, quais as garantias processuais que se deverão ter por verificadas.

Assim, colhendo os frutos da análise efetuada *supra*, no caso das “grandes contraordenações”, a necessidade de garantir que o arguido conserva os seus direitos de defesa adensa-se, uma vez que a sanção que lhe será aplicada será tão ou mais gravosa do que aquela que poderia ser aplicada em sede penal, atendendo aos valores exorbitantes em que os visados são condenados. Não pode, pois, ser desconsiderado que o legislador, quando elaborou o RGCO, estava claramente a pensar em *bagatelas*, em pequenos ilícitos desprovidos de relevância, pelo que seria natural e aceitável que as normas previstas para o processo contraordenacional fossem menos garantísticas do que aquelas que estão positivadas para o processo penal. O que acontece é que os novos regimes que, como referimos, preveem a regulação do processo contraordenacional das chamadas “grandes contraordenações”, são ainda *menos garantísticos* do que o regime pioneiro! Este manifesto contrasenso acaba por se justificar por outros imperativos, como a eficácia e a celeridade, contudo a verdade é que não podemos escudar-nos na ideia de que estão em causa “meras contraordenações”

e que por isso se pode aceitar, sem mais, que as garantias dos sujeitos sejam diminuídas ⁹⁸.

Como temos vindo a reiterar ao longo deste estudo, a mera afirmação de que o Direito Contraordenacional confere menos garantias aos visados do que o Direito Penal, sem que existam argumentos materiais que lhe sirvam de base, deve ser terminantemente rejeitada. Não é por estar em causa um *irmão bastardo* que este tem necessária e irremediavelmente de ser *maltratado*.

No que respeita ao facto de os visados serem pessoas coletivas e não pessoas singulares, o que corroboraria a ideia de que o peso axiológico é, de facto, ainda menor, não podemos deixar de referir que esta premissa deve ser rejeitada, sob pena de entrarmos numa quebra sistemática do próprio ordenamento. Atente-se que, quando foi positivado pelo legislador que as pessoas coletivas teriam personalidade jurídica, foi necessário adaptar certos conceitos que seriam tipicamente reconduzíveis às pessoas singulares. Mais à frente, quando se entendeu que estas seriam suscetíveis, em nome próprio, de responsabilidade criminal, tiveram de ser alterados os paradigmas gerais relativamente à conceção de culpa ⁹⁹. Todavia, esta opção foi motivada por razões de ordem pragmática, que não nos cumpre nesta sede dissecar, não podendo ser agora aduzido o argumento de que é *menos importante* respeitar os direitos destes sujeitos processuais, do que seria se estivesse em causa uma pessoa singular. Assim, se a pessoa coletiva pode responder contraordenacional e criminalmente, têm de lhe subjazer garantias idênticas àquelas que são oferecidas às pessoas singulares, não se devendo assumir de forma apriorística que a presunção de inocência em relação a si tem menor peso.

⁹⁸ Neste sentido, cf. JOSÉ LOBO MOUTINHO, “O «efeito meramente devolutivo»...”, cit., p. 1462, ao referir que “a não inclusão de certo sector do Direito sancionatório Público no Direito e no Processo Penal e a sua qualificação como um diferente ramo do Direito (de *contraordenações*) não quer dizer que passamos a estar em terra de ninguém, em espaço juridicamente vazio, no qual magicamente, tudo é lícito” (itálico nosso).

⁹⁹ Cf. JORGE DOS REIS BRAVO, *Direito Penal de Entes Colectivos — Ensaio Sobre a Punibilidade de Pessoas Colectivas e Entidades Equiparadas*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 78 e ss.

Aceitar o contrário será subverter o sistema: aceita-se a mudança dos cânones tradicionais para poder punir pessoas coletivas em nome próprio, uma vez que a punição dos agentes em nome individual não se revela adequada; mas coarta-se concomitantemente os seus direitos e garantias processuais porque não sendo pessoas singulares, não requerem o mesmo grau de defesa. Não o podemos aceitar.

Quanto à natureza das entidades administrativas em causa, que consubstanciaria um argumento corroborativo no sentido de que as suas decisões serão justas e secundadas pelo órgão jurisdicional, é necessário ter também alguma cautela. Como vimos, existe no processo contraordenacional uma preterição evidente do princípio do acusatório em prol do inquisitório que se justifica pela própria estrutura organizativa das autoridades administrativas, o que significa que aquele que investiga, instrui, decide e sanciona é um só ¹⁰⁰. A inexistência de segregação de funções entre a entidade que investiga e que julga no âmbito do processo contraordenacional — e que se verifica no processo penal ¹⁰¹ — só poderá ser, parece-nos, mais um argumento a favor da proficuidade da sindicância da decisão da autoridade administrativa por um órgão jurisdicional, conforme já sustentámos ¹⁰². Por outro lado, ainda a este respeito, não pode ser descuidado que a própria entidade que aplica a coima acarretará uma

¹⁰⁰ A este respeito, cf. ALEXANDRA VILELA, “A fase jurisdicional do processo contraordenacional”, *Anatomia do Crime*, N.º 5, Almedina, jan./jun. (2017), p. 130, que sustenta que “é necessário pugnar-se no sentido de que o órgão da entidade reguladora que fiscaliza e que levanta o auto de infração não deva ser aquele que aprecia e que a julga”.

¹⁰¹ Ainda que possamos dizer que o processo penal goza de um processo “misto”, a verdade é que é predominantemente acusatório, uma vez que apesar de se verificar um modelo inquisitório na fase preliminar, o julgador é necessariamente diferente do acusador, cf. MANUEL GUEDES VALENTE, *Processo Penal*, Tomo I, Coimbra: Almedina, 2010, pp. 75 e ss.

¹⁰² Por referência ao Direito da Concorrência, e considerando que o processo contraordenacional deveria, nesta sede, ter estrutura acusatória, cf. PAULO DE SOUSA MENDES, “O procedimento sancionatório especial por infrações às regras de concorrência”, in: *Direito Sancionatório das Autoridades Reguladoras*, Maria Fernanda Palma *et al.* (coord.), Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 223.

parte do valor da mesma ¹⁰³, o que, abstratamente, poderá colocar em causa a desejável imparcialidade do julgador.

Por fim, a circunstância de o lesado poder prestar caução — que levou o TC no seu Ac. n.º 397/2017 a considerar que estávamos perante uma “válvula de escape” ¹⁰⁴ —, poderá não mitigar verdadeiramente a violação do princípio da presunção de inocência.

Recorde-se que esta mesma vicissitude já tinha sido utilizada pelo TC para efeitos de entender que o princípio da tutela jurisdicional efetiva não seria violado, vindo, uma vez mais, a suscitá-la a propósito da presunção de inocência, reiterando que o Tribunal terá liberdade para estabelecer o montante e a forma da caução. Cumpre referir que, mesmo que o valor da caução possa ser inferior ao valor da coima aplicada, continuaria a presunção de inocência a ser comprometida, pelo menos por duas ordens de razão. À *uma*, porque o princípio constitucional em causa é insuscetível de transação à luz do *quantum* do ónus de antecipação da sanção; à *outra*, porque a caução, mesmo quantificada em montante inferior à coima aplicada, continuaria a ter por objetivo garantir o pagamento da mesma por parte de um arguido que se presume inocente ¹⁰⁵.

Concluimos dizendo que os argumentos aduzidos pelo TC a respeito da não violação do princípio da presunção da inocência, para além de serem refutáveis, como se acabou de ver, esquecem ainda uma premissa básica, mas muito acertada no presente caso — *aos inocentes não se aplicam sanções*. A execução de uma decisão condenatória que não tenha transitado em julgado colide frontalmente com o princípio da presunção de inocência, considerando que esta deve operar como um

¹⁰³ Veja-se, por exemplo, o art. 73.º, n.º 1, da Lei-Quadro das Contra-Ordenações Ambientais e o art. 35.º, n.º 7, alínea *b*), dos Estatutos da AdC (Decreto-Lei n.º 125/2014, de 18 de agosto).

¹⁰⁴ Entendimento que foi rejeitado pelo Acórdão n.º 674/2016, que considerou que a norma era “rígida” e “automática”.

¹⁰⁵ Pronunciando-se também pela violação do princípio da presunção de inocência, sobretudo por entender que o que está a ser impugnado junto dos Tribunais não configura uma decisão, mas antes uma acusação, “[o] *que representa uma obliteração do princípio da presunção de inocência, porque afeta o núcleo absolutamente essencial do princípio, seja qual for a espécie de processo sancionatório*”, cf. JOSÉ LOBO MOUTINHO, “O «efeito meramente devolutivo»...”, cit., p. 1470.

estatuto próprio do arguido e, como refere ALEXANDRA VILELA, possui “*uma profunda ligação com a liberdade individual do arguido, o que se começa a revelar desde o momento em que se inicia o processo até ao momento em que é proferida decisão final irrecorrível*”¹⁰⁶.

Creemos, pois, que permitir que uma decisão seja executada quando ainda não existe um juízo final e imutável relativamente à atuação do arguido esvazia inelutavelmente este princípio, sobretudo se tivermos em conta que, por um lado, em todo este processo se dispensa a intervenção de um órgão jurisdicional e, por outro, em casos como aqueles que aqui discutimos apenas não estamos diante de um crime — mas sim de uma contraordenação —, por razões de ordem prática e pragmática que em nada se relacionam com critérios materiais de distinção.

3. A resposta que o ordenamento jurídico merece — propostas de abordagem

Creemos ter deixado claro que é nosso entendimento que a solução adotada pelo legislador português, ao prever o efeito meramente devolutivo do recurso interposto da decisão proferida por uma autoridade administrativa, por referência aos regimes atrás assinalados, padece de inconstitucionalidade material por violação tanto do direito de acesso à justiça e a uma tutela jurisdicional efetiva quanto por violação do princípio da presunção de inocência.

Assim é porque estamos perante “grandes contraordenações” que originam sanções indisputavelmente gravosas — eventualmente mais lesivas para o visado do que certas sanções penais — cuja impugnação está sujeita a ónus desrazoáveis.

A incursão que fizemos nos capítulos precedentes teve precisamente o propósito de, aqui chegados, percebermos o quão nociva é a opção do legislador ao decidir fixar o efeito meramente devolutivo do recurso interposto das decisões de autoridades administrativas. Ainda que não se tratasse de uma medida ostensivamente inconstitucional¹⁰⁷

¹⁰⁶ Cf. ALEXANDRA VILELA, *Considerações acerca...*, cit., p. 87.

¹⁰⁷ Considerando que a Constituição reconhece uma larga margem de discricionariedade aos legislador, em concretização do princípio democrático, e que existe sempre um receio de que “o Estado parlamentar da lei *se transforme em Estado*

— que, no nosso entender, se trata — é certamente, segundo cremos, uma opção desrazoável do ponto de vista infraconstitucional.

Quando estamos diante de infrações de cariz económico-financeiro, em que os comportamentos incriminados têm, necessariamente, uma carga ética menor e a escolha por criminalizar uma conduta ou por puni-la no âmbito contraordenacional é, muitas das vezes, tomada por razões de política legislativa, não podemos permitir que dessa opção resulte um prejuízo para os direitos de defesa dos visados.

É, pois, necessário que exista uma consciencialização de que o está verdadeiramente em causa no moderno Direito das Contraordenações — onde se encontram as “grandes contraordenações” — vai muito para além dos ilícitos *bagatelares* para os quais este ramo foi inicialmente preconizado.

Nessa medida, pese embora não exista um *terceiro regime* pensado especificamente para as “grandes contraordenações” que esteja a meio caminho entre as pequenas contraordenações e os crimes, incumbe também ao legislador criar as condições necessárias para que os direitos dos visados, em especial o seu direito de defesa, seja respeitado, permitindo-lhe gozar, nessa vertente, de garantias análogas àquelas que estão previstas para o processo penal.

Por essa razão, é nosso firme entendimento que a melhor opção, de *iure condendo*, seria a de alterar o efeito meramente devolutivo para o efeito suspensivo do recurso das referidas decisões — ou, claro, a declaração, com força obrigatória geral, da inconstitucionalidade das normas que preveem aquele regime. Só assim o visado teria a oportunidade de submeter à apreciação de um órgão jurisdicional a sanção que lhe foi aplicada e questionar a bondade da decisão do órgão que lha aplicou. Sem essa possibilidade, não podemos deixar de reconhecer que a estas autoridades administrativas é concedido um poder hegemónico que lhes permite aplicar e executar sanções extraordinariamente gravosas sem qualquer escrutínio judicial, ainda que o visado o deseje.

Lamentavelmente, a lei vigente continua a prever em sentido contrário e os acórdãos proferidos pelo TC que se pronunciaram pela

jurisdicional do Tribunal Constitucional”, cf. MARIA JOÃO ANTUNES, *Constituição, Lei Penal e Controlo de Constitucionalidade*, Coimbra: Almedina, 2019, p. 82.

inconstitucionalidade de algumas das normas que preveem o efeito meramente devolutivo não têm força obrigatória geral.

Nessa medida, cremos ser também importante — e essencial — abordar a questão numa perspectiva diversa, designadamente procurando uma interpretação das referidas normas que permita assegurar da melhor forma os direitos, liberdades e garantias dos visados, ou que, pelo menos, possibilite mitigar a sua constrição.

O mesmo é dizer que, não estando previsto o efeito suspensivo do recurso para diversas situações, o acionamento do mecanismo da suspensão da execução da decisão mediante a prestação de uma caução terá obrigatoriamente de ser encarado com maior plasticidade, por forma a acautelar a posição do arguido.

Sendo certo que a regra vigente é a do efeito meramente devolutivo e que, para que seja previsto o efeito suspensivo, é necessário demonstrar a existência de prejuízo considerável na execução imediata da decisão e, bem assim, a respetiva prestação de caução, cremos que a densificação destes conceitos e a aplicação desta “*válvula de escape*” tem de ser levada a cabo com flexibilidade.

Recorde-se inclusivamente que um dos pontos de divergência que se verificava no seio da 1.^a e da 3.^a secção do TC residia precisamente no modo como era encarado o funcionamento da referenciada “*válvula de escape*” que possibilitava a fixação do efeito suspensivo.

Cremos, pois, que o caminho a percorrer neste momento será o de operacionalizar o mecanismo previsto na lei com a devida maleabilidade, para que os direitos dos visados possam ainda ser minimamente acautelados à luz da lei vigente.

Esse é, aliás, o entendimento ínsito nas palavras do TC, quando entendeu que a suportabilidade constitucional da solução vigente se estribava no facto de o referido mecanismo ser necessariamente plástico, “*acautela[ndo] os ponderados riscos de lesão efetiva do direito, em caso de procedência do recurso, sem comprometer a efetividade da sanção, no caso da sua improcedência [...] permitindo o balanceamento, que se crê razoável e proporcionado, entre a proteção da esfera individual do arguido e a realização do interesse público*”¹⁰⁸.

¹⁰⁸ Cf. Ac. do TC n.º 376/2016, cit.

Nessa conformidade, entendemos que, logo a montante, o juízo da existência do alegado prejuízo considerável deverá ser dotado de plasticidade e adaptado às circunstâncias do caso. Conforme referiu o TC, o limite para a fixação do efeito suspensivo será “a criação de dificuldades excessivas e materialmente injustificadas no direito de acesso aos tribunais e, por conseguinte, no acesso ao direito”¹⁰⁹.

Por “*dificuldades excessivas e materialmente injustificadas*” não se deverá entender a existência de uma situação de falência (ou próxima dela) do visado. Pelo contrário, cremos que deverá ser aceite como prejuízo considerável a provocação de *constrangimentos relevantes* no normal desenvolvimento da sua atividade. Por sua vez, a concretização desses constrangimentos deverá ser feita caso a caso, podendo incluir, designadamente a insustentável dificuldade em fazer face às obrigações previamente assumidas, um completo desvio à orçamentação para o ano em causa, a existência de obrigações regulatórias que não existiam no ano utilizado por referência para a aferição dos lucros para efeitos de fixação da coima, entre outros.

Em suma, o julgador deverá estar munido de toda a informação que possa concorrer para a conclusão sobre a existência de prejuízo considerável e encarar a existência desse prejuízo com a elasticidade que o próprio sistema jurídico impõe.

De outro passo, também a forma como a caução poderá ser prestada e, bem assim, o seu montante, devem ser encarados de forma flexível e atendendo ao que melhor se adequa ao visado.

Em particular, o Tribunal deverá ser recetivo a que o montante possa ser substancialmente inferior à sanção aplicada — precisamente em virtude das razões acima apontadas, como é a circunstância de, regra geral, a coima (eventualmente) aplicada a final ser substancialmente inferior à coima inicial —, devendo ainda ser dada a possibilidade de a caução poder ser prestada através de várias formas de depósito de dinheiro, como sejam títulos de crédito, garantias bancárias ou garantias reais ou mesmo outras formas que sejam

¹⁰⁹ Cf. Ac. do TC n.º 445/2018, cit.

convenientes ao visado ¹¹⁰, não sendo de exigir a entrega do montante em causa.

Reiterando que a inconstitucionalidade das normas não é afastada com esta proposta de abordagem, estamos seguros de que a única interpretação constitucionalmente admissível será a de maior permissividade dos Tribunais ao analisar o requisito da existência de “*prejuízo considerável*” e de maior flexibilidade para a fixação de caução num montante consideravelmente inferior à coima aplicada pela autoridade administrativa. Afinal, foi esta maleabilidade que, em larga medida, fundou o juízo de conformidade constitucional efetuado pelo Plenário do Palácio de Ratton.

Conclusão

O nosso estudo partiu de uma tentativa de diferenciação — e sobretudo de aproximação — do Direito Contraordenacional e do Direito Penal, fazendo notar a evidente proximidade que existe entre ambos os ramos de Direito Sancionatório, principalmente quando estamos diante de “grandes contraordenações”.

Notámos também que, existindo uma indisputável proximidade material entre esses dois *meios-irmãos*, pelo menos quando estamos diante de “grandes contraordenações”, as garantias que são asseguradas aos visados no âmbito de um processo crime têm de ser necessariamente análogas àquelas que existem nos processos contraordenacionais.

Para o efeito, a consagração do efeito meramente devolutivo do recurso em variados regimes jurídicos no âmbito contraordenacional parece um contrassenso quando analisados os impactos verdadeiramente perniciosos que a aplicação imediata de uma sanção terá na esfera jurídica do visado, quando, em boa verdade, essa decisão está longe de ser definitiva e os dados empíricos demonstram que não raras as vezes os Tribunais revertem as decisões proferidas pelas autoridades administrativas independentes.

¹¹⁰ Assim também, cf. Ac. TRL, de 11.09.2019, processo n.º 127/19.5YUSTR-C. L1 (Nuno Coelho).

Nessa senda, não podemos deixar de discordar com o entendimento que tem vindo, nos últimos arestos proferidos, a tornar-se majoritário entre os Juízes Conselheiros do TC, ao tenderem para a não inconstitucionalidade das normas que preveem o efeito meramente devolutivo do recurso, por considerarem que não existe violação do direito de acesso à justiça e a uma tutela jurisdicional efetiva, nem tão-pouco da presunção de inocência.

É nosso firme entendimento que a fixação do efeito meramente devolutivo do recurso em processos contraordenacionais — pelo menos, e sobretudo, quando são relativos a “grandes contraordenações” — viola os dois assinalados direitos constitucionalmente consagrados. No que respeita ao direito de acesso à justiça e a uma tutela jurisdicional efetiva, apesar de este não ser totalmente suprimido, é inadmissivelmente constrangido, impendendo sobre o visado um ónus excessivo para conseguir impugnar uma decisão proferida por uma autoridade administrativa. Já no que concerne à presunção de inocência, cremos ser evidente que este princípio não é quantitativamente transigível — designadamente por poder ser prestada caução num valor inferior à coima aplicada para que a decisão não seja imediatamente executada —, parecendo-nos ainda que o visado não obtém o tratamento de uma pessoa presumida inocente quando vê os seus direitos gravemente afetados por uma decisão que poderá ainda ser alterada.

Por fim, e independentemente de ser nosso entendimento que as normas que preveem o efeito meramente devolutivo do recurso são inconstitucionais, cremos que as normas atualmente em vigor terão necessariamente de ser interpretadas de forma maleável e flexível por forma a mitigar a eventual lesão dos direitos dos visados. Em particular, a análise do requisito da existência de “prejuízo considerável” deverá ser feita no sentido de bastar a provocação de *constrangimentos relevantes* no normal desenvolvimento da atividade do visado, não devendo impor-se que este esteja próximo de uma situação insolvência. Por outro lado, no que respeita à prestação de caução, o Tribunal deverá mostrar-se favorável à aplicação de uma caução num valor manifestamente inferior à coima aplicada — sob pena de ser desvirtuada a famigerada “válvula de escape” que o legislador procurou estabelecer e na qual o TC se estribou para sustentar a conformidade

constitucional dos preceitos sindicados —, devendo ainda ser admitidas variadas formas de prestação de caução, como sejam garantias bancárias, títulos de crédito, garantias reais, entre outras.

No fundo, o regime atualmente em vigor deverá ser operacionalizado por forma a acautelar os direitos dos visados que são confrontados com ónus significativos para não verem uma decisão provisória (e mesmo tendencialmente temporária) imediatamente executada contra si.



GESTLEGAL

www.gestlegal.pt • editora@gestlegal.pt