

## ACÓRDÃO Nº 470/2018

Processo n.º 724/17

3.ª Secção

Relator: Conselheiro Lino Rodrigues Ribeiro

Acordam na 3.ª secção do Tribunal Constitucional

### I – Relatório

1. Nos presentes autos, vindos do 1.º Juízo do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, em que é recorrente o Ministério Público e recorrida a A., S.A., foi interposto recurso, ao abrigo do disposto na alínea a) do n.º 1 do artigo 70.º da Lei do Tribunal Constitucional (LTC), do despacho proferido por aquele Tribunal, em 20 de junho de 2017, que recusou aplicar, com fundamento na sua inconstitucionalidade material, a norma constante do artigo 228.º-A do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras (RGICSF), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de dezembro, segundo a qual, a impugnação de decisão proferida pelo Banco de Portugal em processos de contra-ordenação só tem efeito suspensivo se o impugnante prestar garantia no valor de metade da coima aplicada, salvo se demonstrar que não a pode prestar, no todo ou em parte, por insuficiência de meios, por violação do princípio da tutela jurisdicional efetiva consagrado no artigo 20.º da Constituição, em articulação com o princípio da proporcionalidade, consagrado no artigo 18.º, n.º 2 da Constituição, bem como do princípio da presunção de inocência em processo contraordenacional, constante do artigo 32.º, n.ºs 2 e 10 da mesma Lei Fundamental, tendo em consequência, determinado o prosseguimento dos autos sem a execução imediata da sanção ou prestação de garantia.

2. O requerimento de interposição do recuso tem o seguinte teor.

«No âmbito dos autos de Recurso de Impugnação Judicial n.º 20 1/17.2YUSTR, o TCRS proferiu despacho de admissão do mesmo, não fixou o seu efeito e convidou os sujeitos processuais a pronunciarem-se sobre a eventual inconstitucionalidade do artigo 228.º-A do RGISF.

Nessa sequência, por douto despacho de 20/6/2017, o TCRS atribuiu efeito suspensivo ao recurso de impugnação judicial, recusando a aplicação da norma constante do artigo 228.º-A do RGISF (DL n.º 157/2014 de 24 de outubro), invocando inconstitucionalidade material da mesma norma por violação do disposto nos artigos 20.º, 18.º/2, e, 32.º/2/10 da Constituição da República Portuguesa.

O MP teve conhecimento do referido douto despacho a 27/6/2017.

Assim sendo, ao abrigo das disposições conjugadas dos artigos 69.º, 70.º/1/a, 71.º, 72.º/3, 75.º e 75.º, todos da Lei n.º 28/82 de 15/11 (com última versão introduzida pela Lei n.º 11/2015 de 28/8), o MP vem interpor recurso, obrigatório, do douto despacho judicial de 20/6/2017, pelo qual o TCRS recusou a aplicação da norma do artigo 228.º-A do RGICSF por inconstitucionalidade material, para o Tribunal Constitucional, recurso, este, que deverá subir imediatamente, nos próprios autos e com efeito suspensivo».

2. Notificado para o efeito, o recorrente produziu alegações, transcrevendo as alegações apresentadas no processo n.º 136/17, no qual foi proferido o Acórdão n.º 397/2017, onde sustentou o seguinte:

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

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

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

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

5.ª - Do Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades de Política Económica, para que remetem os passos transcritos da Exposição de Motivos da Proposta de Lei 45/XII, constava, designadamente, do ponto 7.20: «Propor uma revisão da Lei da Concorrência, tornando-a o mais autónoma possível do Direito Administrativo e do Código do Processo Penal e mais harmonizada

com o enquadramento legal da concorrência da UE, em particular»; «Simplificar a lei, separando claramente as regras sobre a aplicação de procedimentos de concorrência das regras de procedimentos penais, no sentido de assegurar a aplicação efetiva da Lei da Concorrência» e «Avaliar o processo de recurso e ajustá-lo onde necessário para aumentar a equidade e a eficiência em termos das regras vigentes e da adequação dos procedimentos».

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

7.<sup>a</sup> - Assim, o art. 88.º, n.º 1 da Lei 19/2012, com similar redação à do art. 31.º do Regulamento do (CE) 1/2003 do Conselho, de 16 de Dezembro de 2002, elimina a proibição da *reformatio in pejus*. E a ausência de efeito suspensivo, agora constante do n.º 4 do art. 84.º da mesma lei, caracteriza o recurso das decisões da Comissão, incluídas as de aplicação de coimas, podendo todavia o Tribunal atribuí-lo, «se considerar que as circunstâncias o exigem», nos termos do art. 278.º do TFUE.

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

9.<sup>a</sup> - Tal juízo, acompanhando o Acórdão do STA, de 15 de Maio de 2013, Proc. 665/13, afasta como seu fundamento a violação do princípio da presunção de inocência (art. 32.º, n.º 2 da Constituição), invocada pela sociedade arguida.

10.<sup>a</sup> - O juízo de inconstitucionalidade é aferido, também através de remissão para o citado Acórdão do STA, com referência ao «acesso ao direito e tutela jurisdicional efetiva (conferir artigo 20.º, n.º 1 e artigo 268.º, n.º 4, ambos da Constituição da República Portuguesa), com óbvias repercussões — acrescentamos — nas garantias do processo contraordenacional (conferir artigo 32.º, n.º 10, da Constituição da República Portuguesa) e do Estado de direito democrático (artigo 2.º, da Constituição da República Portuguesa)».

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

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

13.<sup>a</sup> - Como se observa no citado Acórdão do STA, de 15 de Maio de 2013, no caso paralelo da norma contida no art. 84.º do RGIT – havendo, relativamente a esse, uma diferença de grau no que respeita à possibilidade da prestação de garantia para evitar a exectoriedade da decisão de

aplicação de coima pela Autoridade da Concorrência –, «a prestação de garantia emerge como um ónus para o recorrente que pretenda obter o efeito suspensivo do recurso, que leva a questão da eventual desconformidade do preceito a transferir-se para um juízo sobre a avaliação da adequação de tal ónus, à luz das exigências do princípio da proporcionalidade, tendo em conta o interesse público que presidiu à adopção de tal solução».

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

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

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

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

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

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

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

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

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

23.<sup>a</sup> - A observada conformação do regime da impugnação radica no propósito expresso de «aumentar a equidade, a celeridade e a eficiência dos procedimentos de recurso judicial de decisões

da Autoridade da Concorrência», com separação clara das regras processuais penais e «harmonizada com o enquadramento legal da concorrência da UE». (conclusão 6ª).

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

25.ª - À Autoridade de Concorrência, entidade administrativa independente (arts. 267º, nº 3 da Constituição e 1º, nº 1 dos Estatutos anexos ao DL 125/2014, de 18 de Agosto), cabe, precisamente, «assegurar a aplicação das regras de promoção e defesa da concorrência nos setores privado, público, cooperativo e social, no respeito pelo princípio da economia de mercado e de livre concorrência, tendo em vista o funcionamento eficiente dos mercados, a afetação ótima dos recursos e os interesses dos consumidores» (art. 1º, nº 3 dos Estatutos).

26.ª - Os poderes sancionatórios da Autoridade de Concorrência devem ser exercidos «sempre que as razões de interesse público na perseguição e punição de violações de normas de defesa da concorrência determinem a abertura de processo de contraordenação no caso concreto, tendo em conta, em particular, as prioridades da política de concorrência e os elementos de facto e de direito que lhe sejam apresentados, bem como a gravidade da eventual infração, a probabilidade de poder provar a sua existência e a extensão das diligências de investigação necessárias para desempenhar, nas melhores condições, a missão de vigilância do respeito pelos artigos 9.º, 11.º e 12.º da presente lei e pelos artigos 101.º e 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia» (art. 7º, nº 2 da Lei 19/2012, de 8 de Maio; cf., igualmente, art. 6º, nº 2 dos Estatutos).

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

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

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

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

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

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

33.<sup>a</sup> - As normas contidas nos n.ºs 4 e 5 do art. 84.º da Lei 19/2012, enquanto interpretadas e aplicadas ao presente processo, não sofrem, deste modo, de inconstitucionalidade, designadamente por violação dos artigos 20.º, n.º 1, 268.º, n.º 4, 32.º, n.º 10 e 2.º, todos da Constituição”.

Em face do exposto quanto à norma n.ºs 4 e 5 do artigo 84.º da Lei 19/2012, conclui que também “a norma do artigo 228.º-A, do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras (RGICSF), enquanto determina que o recurso de impugnação de decisões proferidas pelo Banco de Portugal em processo de contra-ordenação que apliquem coima só tem efeito suspensivo – tendo, pois, em regra, efeito devolutivo - se o recorrente prestar garantia, no prazo de 20 dias, no valor de metade da coima aplicada, salvo se demonstrar, em igual prazo, que não a pode prestar, no todo ou em parte, por insuficiência de meios, não viola o direito à tutela jurisdicional efetiva (artigo 20.º, n.º 1 e 5 da Constituição), nem o princípio da presunção de inocência (artigo 32.º, n.º 2, da Constituição), nem o princípio da proporcionalidade (artigo 18.º, n.º 2, da Constituição), não sendo, por isso, inconstitucional”.

4. A recorrida apresentou contra-alegações, nos seguintes termos:

1.º - As alegações apresentadas pelo Ministério Público circunscreveram-se à reprodução de um Acórdão do Tribunal Constitucional, no caso concreto, o Acórdão n.º 397/2017, que não declarou inconstitucional norma do Regime Sancionatório do Sector Energético, que versa, embora em moldes diversos, sobre matéria equivalente à do artigo 228º-A do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras (adiante RGICSF).

2.º - Por sua vez, o recurso obrigatório apresentado pelo Ministério Público, que deu origem aos presentes autos, decorre do facto de o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, ter decidido por despacho proferido declarar a inconstitucionalidade material do artigo 228º-A do RGICSF, por violação do princípio da tutela jurisdicional efetiva em articulação com os princípios da proporcionalidade e o princípio da presunção de inocência (artigos 20º, 18º, n.º 2 e 32º, nos 2 e 10 da Constituição da República Portuguesa adiante CRP).

3.º - O artigo 228º-A do RGICSF determina o seguinte:

“O recurso de impugnação de decisões proferidas pelo Banco de Portugal só tem efeito suspensivo se o recorrente prestar garantia, no prazo de 20 dias, no valor de metade da coima aplicada, salvo se demonstrar, em igual prazo, que a não pode prestar, no todo ou em parte, por insuficiência de meios.”

4.º - O recurso em causa é o primeiro recurso judicial em que o arguido em processo contraordenacional bancário tem a possibilidade de fazer sindicatizar por entidade de poder

independente, no caso o poder jurisdicional, uma decisão proferida por entidade administrativa, instrutora e decisora do próprio processo.

5.º - Analisando os diversos segmentos da norma do artigo 228.º-A do RGICSF verifica-se que a norma em causa introduz condições ao recurso judicial da decisão tomada pela entidade administrativa nos seguintes termos: condiciona o efeito do recurso, ou seja, a decisão proferida pela entidade administrativa é por via de regra de execução/ aplicação imediata; impõe para a não verificação da condição a prestação de garantia pelo Recorrente; exige que o interessado invoque factos (insuficiência de meios) para o não preenchimento da condição e impõe o ónus da prova desses factos ao interessado no afastamento da condição.

6.º - A (in)constitucionalidade da norma do artigo 228.º-A foi aferida pelo Ministério Público por comparação com normas de regimes contraordenacionais sectoriais que regulam, embora de modo diferente, matéria equivalente, como seja o regime contraordenacional da concorrência ou do setor energético.

7.º - Sendo que essa aferição parece esquecer que o regime regra dos recursos de decisões contraordenacionais, que resulta dos artigos 59.º e seguintes do Regime Geral das Contraordenações é o de atribuição de efeito suspensivo da decisão ao recurso judicial de decisões contraordenacionais condenatórias.

8.º - Regime regra que consagra e assume na sua plenitude os princípios constitucionais da tutela jurisdicional efetiva em articulação com os princípios da proporcionalidade e o princípio da presunção de inocência (artigos 20.º, 18.º, n.º 2 e 32.º, nos 2 e 10 da CRP).

9.º - A (in)constitucionalidade da norma do artigo 228.º-A do RGICSF deve, conseqüentemente, ser aferida por contraposição ao regime regra dos recursos em sede contraordenacional, relativamente ao qual constitui um desvio e uma exceção, exigindo do interprete constitucional a posição de dúvida sobre se as limitações/condições impostas no referido artigo 228.º-A do RGICSF são indispensáveis, por serem restritivas de direitos constitucionais, e são adequadas, no sentido de que outras soluções menos gravosas pudessem ser selecionadas pelo legislador ordinário em detrimento da solução adotada (proporcionalidade da restrição).

10.º - Ao invés do sustentado pelo Ministério Público nas suas alegações a posição que o intérprete deve assumir não é a de aferir a (in)constitucionalidade do artigo 228.º-A por comparação com normas inseridas noutros regimes contraordenacionais específicos, nomeadamente no da concorrência, pois as razões que presidiram à introdução da norma deste último regime foram razões determinadas por circunstâncias específicas de uma época que o Estado Português viveu e da necessidade conjuntural de normalizar e até acelerar a concorrência nos diversos setores de atividade económica.

11.º - Compreende-se que a restrição imposta aos efeitos dos recursos no regime da concorrência pudesse ter sido perspetivada à época em que foi introduzida como uma restrição de direitos constitucionais indispensável e logo constitucionalmente permitida, dado tratar-se, por um lado de um regime transversal aplicável a todos os setores de atividade e aplicável a uma realidade económica em constante mutação, em que as decisões dos reguladores só podem ser eficazes nos mercados se forem imediatamente aplicadas.

12.º - As decisões em matéria contraordenacional da concorrência são decisões que afetam não só as empresas afetadas pela decisão, mas também os demais operadores e concorrentes no mercado dessas mesmas empresas, pelo que a sua eficácia depende muitas vezes da sua aplicação imediata.

13.º - Como exemplo, pode referir-se que a aplicação imediata de uma decisão contraordenacional sancionatória a uma empresa que atue em abuso de posição dominante pode permitir uma alteração do mercado e a sobrevivência dos seus concorrentes, que provavelmente já não conseguiriam sobreviver caso a aplicação dessa sanção não fosse imediata e não motivasse consequentemente uma alteração de comportamento da empresa que atue em abuso.

14.º - A ratio que pode conduzir nalgumas decisões jurisdicionais a aceitar como admissível a restrição por via da lei ordinária ao regime dos recursos de decisões condenatórias contraordenacionais em matéria de concorrência por se considerar essa restrição indispensável à eficácia das decisões e à prevenção dos denominados recursos abusivos ou sem fundamento, não tem necessariamente aplicação noutros regimes contraordenacionais, em que a natureza das infrações e o seu sancionamento imediato não carece indispensavelmente para ser eficaz da sua aplicação imediata.

15.º - O caso dos autos de contraordenação que deram origem ao presente recurso, por exemplo e, em geral, as infrações contraordenacionais previstas no RGICSF são casos em que, pelo efeito específico e individual do efeito da sanção no infrator, o diferimento da aplicação da sanção em nada afeta a sua eficácia.

16.º - Neste enquadramento, as condições/restrições descritas no artigo 5º supra, impostas pelo artigo 228.º-A ao regime de recursos das contraordenações do RGICSF são restrições não indispensáveis e consequentemente inaceitáveis do ponto de vista da limitação dos direitos e princípios constitucionais já referidos.

17.º - O regime previsto no artigo 228.º-A do RGICSF para os efeitos dos recursos em matéria contraordenacional bancária encontra-se ao nível do regime previsto em matéria civil no artigo 733º do Código do Processo Civil para os efeitos dos embargos de executado, que também só produzem efeitos suspensivos da execução no caso do executado prestar caução.

18.º - Não fazendo qualquer diferença entre os dois regimes o facto de o artigo 228.º-A do RGICSF dispensar a garantia no caso de insuficiência de meios, dado que a previsão desta dispensa no caso do processo executivo seria irrelevante na medida em que o executado que não tivesse meios para prestar caução também não teria meios para pagar a dívida exequenda, pelo que a previsão dessa eventualidade de dispensa de prestação de caução no processo civil executivo seria como se costuma dizer uma soma de parcelas com produto zero.

19.º - Significa isto que o legislador ordinário colocou materialmente o regime dos recursos no processo contraordenacional do RGICSF no mesmo plano do regime civil da oposição à execução, o que constitui uma restrição inadmissível do ponto de vista do direito constitucional na sua vertente dos direitos e garantias enformadores do direito contraordenacional.

20.º - Se é certo que as contraordenações não têm juridicamente a dignidade das infrações penais, por serem delitos de natureza administrativa, não deixa de ser uma realidade inquestionável que a perceção pública e até a dimensão jurídica das contraordenações adquiriu nos tempos mais recentes uma dimensão reforçada, sobretudo pela dimensão das sanções aplicáveis, como sucede no caso do RGICSF, em muitos casos superiores às multas penais, o que levou até o legislador ordinário a reforçar em muitos regimes contraordenacionais sectoriais os direitos de defesa dos arguidos, quando comparados com o regime previsto no RGCO.

21.º - Este reforço da dimensão dos direitos de defesa dos arguidos nesses regimes contraordenacionais sectoriais resultou da necessidade de fazer respeitar os comandos

constitucionais em sede contraordenacional, nomeadamente o direito a uma defesa justa e equitativa com ampliação, por exemplo, da fase de instrução no processo administrativo de contraordenação, o que releva a dimensão que esses direitos devem assumir e se encontra em manifesta contradição e conflito com a restrição ao direito ao recurso que resulta das condições impostas pelo artigo 228.º-A do RGICSF.

22.º - A restrição imposta pelo artigo 228.º-A do RGICSF não é consequentemente admissível do ponto de vista dos princípios constitucionais, pois introduz restrições inaceitáveis do ponto de vista do direito a uma tutela jurisdicional efetiva, pois, desde logo, quem tenha de suportar custos de garantia para recorrer não exerce esse direito em plena liberdade.

23.º - Sendo que a possibilidade de dispensa da prestação de garantia por insuficiência de meios não constitui um mecanismo suficiente nem adequado para eliminar esta restrição à liberdade de exercício do direito de recurso, pois trata-se de uma solução legislativa meramente teórica e que encara a realidade económica de um ponto de vista estático e abstrato: a insuficiência de meios para prestar garantia pode não se verificar no momento dessa prestação, mas ser causadora no momento imediato de uma impossibilidade financeira de funcionamento de uma empresa ou de um particular sujeito à supervisão do Banco de Portugal.

24.º - Basta pensar que a obtenção de uma garantia bancária para garantir o pagamento de metade de uma coima de 5 milhões de euros (2,5 milhões de euros) pode bloquear no imediato ou no curto prazo o acesso a crédito bancário pela entidade requerente da garantia, não só pela responsabilidade bancária assumida, como pelo registo da mesma no seu balanço, situação que não se verificaria se a garantia não tivesse de ser prestada.

25.º - O que obviamente condicionará e muito a liberdade de exercício do direito de recurso e de acesso a uma tutela jurisdicional efetiva.

26.º - Podendo, por isso, dizer-se que só recorrerá nestas condições quem tenha a certeza ou quase a certeza de ter vencimento no recurso, pois, de outro modo, aos custos da sanção acrescerão os custos da garantia, que nunca recuperará, em qualquer caso, dado que o legislador não previu no RGICSF a indemnização ao recorrente dos custos da garantia no caso de vencimento deste, o que é manifestamente desproporcional na solução legislativa.

27.º - Neste sentido o Tribunal Constitucional decidiu recentemente no seu Acórdão n.º 280/2017, ser inconstitucional a norma que subordina a reclamação da conta de custas em processo civil ao depósito prévio do valor da nota.

28.º - A restrição imposta pelo artigo 228.º-A do RGICSF equivale também mais a uma posição de princípio sobre a correção da decisão administrativa, cuja execução imediata se torna a regra, com clara afetação do princípio da presunção de inocência do arguido e, menos, a uma solução legislativa indispensável à limitação dos recursos judiciais infundados,

29.º - Pois a limitação destes recursos pode ser alcançada com meio de outras soluções legislativas que não limitem o direito de recurso, mas sim penalizem efetivamente e só os infratores sem penalizar quem não é infrator, como, por exemplo, através da aplicação de taxas de justiça agravadas ou de multas a quem use de modo infundado o direito de recurso.

30.º - A solução legislativa adotada no artigo 228.º-A do RGICSF constitui, por isso, uma solução que restringe inaceitavelmente o princípio constitucional da proporcionalidade, nas suas vertentes

de igualdade e de equidade, ao tratar de igual modo quem recorre com fundamento, mas ainda assim decai e quem recorre sem qualquer fundamento, com intuítos meramente dilatórios.

31.º - É, conseqüentemente, uma solução legislativa inadmissível constitucionalmente por ser em si mesma restritiva, sem caráter indispensável e necessário, do princípio da tutela jurisdicional efetiva e ser uma solução não proporcional, nem adequada, em função dos objetivos que se propõe, existindo soluções legislativas alternativas não restritivas dos princípios da proporcionalidade e da presunção de inocência, previstos nos artigos 20.º, 18.º, n.º 2 e 32.º, nos 2 e 10 da CRP.

32.º - Pelo que o despacho proferido pelo Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, que declarou a inconstitucionalidade material do artigo 228.º-A do RGICSF, por violação do princípio da tutela jurisdicional efetiva em articulação com os princípios da proporcionalidade e o princípio da presunção de inocência (artigos 20.º, 18.º, n.º 2 e 32.º, nos 2 e 10 da CRP), decidiu corretamente, devendo ser confirmada por este Tribunal Constitucional essa declaração de inconstitucionalidade material.

Assim e em Conclusão:

A norma do artigo 228.º-A do RGICSF que determina que o recurso de impugnação de decisões proferidas pelo Banco de Portugal só tem efeito suspensivo se o recorrente prestar garantia, no prazo de 20 dias, no valor de metade da coima aplicada, salvo se demonstrar, em igual prazo, que a não pode prestar, no todo ou em parte, por insuficiência de meios viola o princípio da tutela jurisdicional efetiva em articulação com os princípios da proporcionalidade e o princípio da presunção de inocência (artigos 20.º, 18.º, n.º 2 e 32.º, nos 2 e 10 da CRP), sendo por isso inconstitucional, não devendo conseqüentemente ser dado provimento ao recurso.

Cumprе apreciar e decidir.

## II - Fundamentação

5. A Lei n.º 46/2014, de 28 de julho, concedeu autorização ao Governo para, no âmbito da transposição para a ordem jurídica interna da Diretiva n.º 2013/36/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho, relativa ao acesso à atividade das instituições de crédito e à supervisão prudencial das instituições de crédito e empresas de investimento, proceder à alteração do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras (RGICSF), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de dezembro, no que respeita, além do mais, «à adaptação do regime do ilícito de mera ordenação social do Regime Geral, incluindo as adaptações necessárias a assegurar a transposição da Diretiva n.º 2013/36/UE» (alínea g) do n.º 1 do artigo 1.º).

A autorização legislativa incluiu a possibilidade do Governo «prever que o recurso de impugnação de decisões proferidas pelo Banco de Portugal só tem efeito suspensivo se o recorrente prestar garantia, no prazo de 20 dias, no valor de metade da coima aplicada, salvo se demonstrar, em igual prazo, que não a pode prestar, no todo ou em parte, por insuficiência de meios (n.º 36 do artigo 9.º da Lei n.º 46/2014).

No uso dessa autorização legislativa, o Decreto-Lei n.º 157/2014, de 24 de outubro, aditou ao RGICSF – Secção IV (Recurso), do Capítulo II (Ilícito de mera ordenação social), do Título XI (Sanções) - um novo artigo, com a seguinte redação:

#### Artigo 228.º-A

##### Efeito do recurso

O recurso de impugnação de decisões proferidas pelo Banco de Portugal só tem efeito suspensivo se o recorrente prestar garantia, no prazo de 20 dias, no valor de metade da coima aplicada, salvo se demonstrar, em igual prazo, que não a pode prestar, no todo ou em parte, por insuficiência de meios.

6. A decisão recorrida recusou aplicar a norma extraída deste preceito, na interpretação a contrario que impõe o efeito devolutivo à impugnação judicial das decisões proferidas pelo Banco de Portugal em processo de contraordenação bancária, com fundamento na desconformidade com o (i) direito de acesso e tutela jurisdicional efetiva, consagrado no artigo 20.º da CRP, em conjugação com o princípio da proporcionalidade implicado no artigo 18.º, n.º 2 da CRP; e com o (ii) princípio da presunção de inocência em processo contraordenacional decorrente do artigo 32.º, n.ºs 2 e 10 da CRP.

Invocando a jurisprudência do Tribunal Constitucional vertida nos Acórdãos n.ºs 674/2016 e 675/2016, a decisão recorrida entende que, no domínio sancionatório, são de rejeitar os fundamentos tradicionalmente invocados para sustentar a executoriedade imediata dos atos administrativos da Administração Pública e que, em geral, suportam o efeito-regra meramente devolutivo que é atribuído à fiscalização jurisdicional que funciona como um controlo de mera juridicidade, porque há “um inevitável incremento do risco de erros e de decisões injustas”, associado à “inaplicabilidade ao direito das contraordenações do princípio da jurisdicionalidade enquanto reserva absoluta de jurisdição” e à “supressão e limitação dos princípios e garantias constitucionais previstas para o processo penal”. Ora, “existindo o referido incremento de risco, que demanda a necessidade de um meio impugnatório para um tribunal independente, com poderes de plena jurisdição e que salvaguarda o princípio da presunção de inocência, a garantia de uma tutela jurisdicional efetiva exige que esse mecanismo judicial permita ao arguido evitar os efeitos da decisão impugnada”.

Por outro lado, o facto do depósito de metade da coima ser classificado como prestação de garantia não afasta a violação do direito à tutela jurisdicional efetiva e do princípio da presunção de inocência, “pois, em substância, do que se trata é de suportar, durante a fase de impugnação judicial, os efeitos parciais da sanção aplicada”. Tal ónus revela-se desproporcional ao “desiderato cautelar” visado pela norma, que é o de diminuir o risco de recursos meramente dilatório, “pois o legislador poderia ter optado por medidas de natureza cautelar, cujo risco – tal como sucede na caução económica previsto no processo-crime – tivesse de ser demonstrado caso a caso” e não através de uma “presunção inilidível”. Não existe “nenhuma evidência empírica (antes pelo contrário) que sustente tal presunção inilidível (ou seja, aplicável a todo universo de recorrentes) ou que sustente a conclusão de que, no âmbito do ilícito de mera ordenação social, a adoção de medidas cautelares, cujo risco não se presume de forma inilidível, não seria eficaz”.

7. Em causa está uma questão de constitucionalidade incidente sobre um aspeto específico e parcelar, de natureza processual, do regime de impugnação judicial das decisões proferidas pelo Banco de Portugal, no exercício dos poderes sancionatórios que a lei lhe confere.

O objeto do recurso restringe-se à norma extraída do artigo 228.º-A do RGICSF, segundo a qual a impugnação interposta de decisões do Banco de Portugal que apliquem coima tem, em regra, efeito devolutivo, apenas lhe podendo ser atribuído efeito suspensivo quando o recorrente prestar garantia, no prazo de 20 dias, no valor de metade da coima aplicada, ou demonstrar, em igual prazo, que não a pode prestar, no todo ou em parte, por insuficiência de meios.

O Tribunal Constitucional, em apreciação de normas de semelhante sentido jurídico – artigo 84.º, n.ºs 4 e 5 do Regime Jurídico da Concorrência (Lei n.º 19/2012, de 8 de maio) e artigo 46.º, n.ºs 4 e 5 do Regime Sancionatório do Sector Energético (Lei n.º 9/2013, de 28 de janeiro – concluiu pela não inconstitucionalidade material da efeito devolutivo da impugnação judicial consagrado nessas normas como regime-regra.

No Acórdão n.º 123/2018, que julgou a oposição entre o Acórdão n.º 397/2017 e o Acórdão n.º 675/2016, sobre a constitucionalidade da solução consagrada nos n.ºs 4 e 5 do artigo 46.º do RSSE, o Tribunal não julgou inconstitucional a norma extraída desse artigo, a qual determina que a impugnação judicial das decisões finais condenatórias aplicativas de coima da Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos em processo de contraordenação tem, por regra, efeito meramente devolutivo, ficando a atribuição de efeito suspensivo condicionada à prestação de caução substitutiva e à verificação de um prejuízo considerável, para a impugnante, decorrente da execução da decisão.

O Tribunal confrontou essa norma com os mesmos parâmetros constitucionais que a decisão recorrida invoca para sustentar a inconstitucionalidade da norma contida no artigo 228.º-A do RGICSF: o direito à tutela jurisdicional efetiva e o princípio da presunção de inocência.

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

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

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

*«Embora esteja em causa questão de inconstitucionalidade incidente sobre um especto específico e parcelar, de natureza processual, do regime de impugnação judicial das decisões proferidas pela Autoridade da Concorrência, no exercício dos poderes sancionatórios que a lei lhe confere, a avaliação da constitucionalidade das normas do artigo 84.º, n.ºs 4 e 5, da Lei da Concorrência, não*

*pode deixar de considerar outros aspetos de regime que se prendem, quer com a configuração orgânico-funcional da Autoridade da Concorrência, quer com o sistema de controlo judicial a que está globalmente sujeita a sua atuação.*

*A lei define a Autoridade da Concorrência como uma «pessoa coletiva de direito público, com a natureza de entidade administrativa independente, dotada de autonomia administrativa e financeira, de autonomia de gestão, de independência orgânica, funcional e técnica, e de património próprio», que «tem por missão assegurar a aplicação das regras de promoção e defesa da concorrência nos setores privado, público, cooperativo e social, no respeito pelo princípio da economia de mercado e de livre concorrência, tendo em vista o funcionamento eficiente dos mercados, a afetação ótima dos recursos e os interesses dos consumidores, nos termos previstos na lei e nos [seus] estatutos» (artigo 1.º, n.ºs. 1 e 2, dos Estatutos da Autoridade da Concorrência, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 125/2014, de 18 de agosto).*

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

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

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

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

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

(...)

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

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

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

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

*Entre as suas extensas atribuições, fixadas no n.º 2 do artigo 3.º dos respetivos Estatutos, cabe destacar as seguintes: (i) proteger os direitos e os interesses dos consumidores, em particular dos clientes finais economicamente vulneráveis, em relação a preços, à forma e qualidade da prestação de serviços, promovendo a sua informação, esclarecimento e formação; (ii) zelar pelo cumprimento, por parte dos agentes do setor, das obrigações de serviço público e demais obrigações estabelecidas na lei e nos regulamentos aplicáveis aos setores regulados; (iii) zelar pelo cumprimento das medidas de salvaguarda em caso de crise energética, tal como definida no Decreto-Lei n.º 114/2001, de 7 de abril, alterado pelo Decreto-Lei n.º 224/2002, de 30 de outubro, e colaborar, no âmbito das suas atribuições, com as entidades competentes em caso de ameaça à segurança das pessoas, equipamentos ou instalações, ou à integridade da rede; (iv) garantir a conformidade dos contratos de fornecimento passível de interrupção e de contratos a longo prazo*

*com o direito e com as políticas da União Europeia, no respeito pela liberdade contratual dos intervenientes; (v) promover, enquanto entidade reguladora e nos termos previstos na legislação aplicável, a concorrência entre os agentes intervenientes nos mercados, coordenando a sua atuação com a Autoridade da Concorrência e cooperando com esta entidade na verificação e aplicação da legislação de concorrência; (vi) cooperar com a Agência de Cooperação dos Reguladores de Energia e com as entidades reguladoras no setor da energia e de mercados financeiros da União Europeia, zelando pela transparência e integridade dos mercados e aplicando os regulamentos e sanções legalmente previstos; (vii) integrar, no âmbito dos compromissos assumidos por Portugal, as atividades dos conselhos ou grupos de regulação, designadamente no quadro do mercado interno da eletricidade e do gás e dos acordos dos mercados ibéricos da eletricidade e do gás natural, exercendo as competências decorrentes da aplicação desses acordos e contribuindo para a compatibilidade do processo de intercâmbio de dados no âmbito dos mesmos; e (viii) supervisionar a cooperação técnica entre o gestor ou operador da rede nacional de transporte, os gestores ou operadores das redes de transporte da União Europeia e os gestores ou operadores das redes de transporte de países terceiros.*

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

*Resta saber se o meio de que o legislador se serve — a regra do efeito meramente devolutivo da impugnação judicial de decisão sancionatória aplicativa de coima —, para prosseguir essas finalidades de interesse público, em si mesmas perfeitamente legítimas, é constitucionalmente censurável, designadamente por violar direitos fundamentais dos recorrentes ou garantias constitucionais do arguido em processo sancionatório. Na decisão recorrida, entende-se ser esse o caso, em virtude, quer do direito à tutela jurisdicional efetiva (artigos 20.º e 268.º, n.º 4, da Constituição), quer do princípio da presunção de inocência (artigos 32.º, n.ºs 2 e 10, da Constituição), em ambos os casos conjugados com o princípio da proibição do excesso (artigo 18.º, n.º 2, da Constituição).*

*12. Coloca-se, em primeiro lugar, a questão de saber se a solução legal sob escrutínio implica a compressão do direito à tutela jurisdicional efetiva, consagrado em termos gerais no artigo 20.º da Constituição, e concretizado, no âmbito da justiça administrativa, através do artigo 268.º, n.º 4.*

*Para justificar o juízo de sentido positivo, escreveu-se no Acórdão n.º 675/2016:*

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

*O princípio constitucional da tutela jurisdicional efetiva não impõe, porém, a regra do efeito suspensivo ao recurso, nem mesmo quando esteja em causa a impugnação contenciosa de*

atos administrativos (cfr. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, Coimbra Editora, 4.<sup>a</sup> edição revista, pp. 417-418). A solução normativa encontrada insere-se, assim, na referida margem de que o legislador dispõe neste âmbito.

*Isto não significa que não haja exigências constitucionais a respeitar.*

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

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

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

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

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

*Ora, tal argumento não releva a distinção entre ónus de acesso à justiça para impugnar a validade de uma decisão sancionatória e ónus de suspensão da execução da decisão sancionatória impugnada. Uma coisa é a lei levantar obstáculos no acesso à justiça ou onerar o recurso à tutela jurisdicional; sendo da natureza do ónus a imposição de uma desvantagem ou um encargo como condição necessária da obtenção de uma vantagem ou de um benefício, um ónus de acesso ao direito importa que o sujeito sobre o qual impende tenha de incorrer num prejuízo — ou, pelo*

*menos, preencher, por sua conta, determinada condição — para poder realizar o seu interesse em provocar a intervenção judicial. A taxa de justiça inicial é o paradigma de um ónus de acesso ao direito, nesse sentido rigoroso e próprio, porque implica que o recurso aos tribunais está condicionado ao pagamento de uma quantia pecuniária.*

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

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

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

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

*Fá-lo por três formas principais.*

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

*Em segundo lugar, a lei estabelece que a ERSE deve, na determinação da medida da coima, atender, inter alia, à situação económica do visado no processo (artigo 32, n.º 1, alínea f) do*

RSSE), o que tenderá a evitar situações em que a execução da sanção cause prejuízos cuja reparação não se satisfaça com a eventual restituição da quantia paga.

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

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

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

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

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

A essa questão não pode deixar de se dar uma resposta afirmativa. Como se escreveu, a esse respeito, no Acórdão n.º 675/2016:

«11. O princípio da presunção de inocência pertence àquela classe de princípios materiais do processo penal que, enquanto constitutivos do Estado de direito democrático, são extensíveis ao direito sancionatório público. Sendo expressão do direito individual das garantias de defesa e de audiência, este princípio encontra, pois, aplicação também no processo contraordenacional, como decorre dos n.os 2 e 10 do artigo 32.º da Constituição.

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

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

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

*No Acórdão n.º 675/2016, entendeu-se não ser esse o caso, pelas seguintes razões:*

«(...)

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

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

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

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

*Todavia, parece difícil negar que a (possibilidade de) execução imediata de uma sanção baseada em condenação administrativa com a qual o visado se não conforma, e que pretende discutir em juízo, atinge o direito à presunção de inocência. A extensão do princípio da presunção de inocência aos processos contraordenacionais implica que o arguido deve ser presumido inocente — o que significa, desde logo, que não deverá sofrer qualquer sanção punitiva —, até que se verifiquem umas de duas condições: a consolidação da condenação administrativa pelo facto da sua não impugnação dentro do prazo previsto na lei ou a confirmação da condenação administrativa no âmbito de recurso judicial interposto pelo arguido. A execução da sanção pressupõe a «culpa» do visado, a qual é inevitavelmente presumida sempre que a condenação encerre um juízo de responsabilidade que a ordem jurídica reputa provisório, ainda para mais quando seja proferido por uma entidade administrativa. Em suma, a solução legal permite que o arguido apenas provisoriamente condenado seja sujeito a tratamento idêntico ao do arguido cuja condenação é definitiva.*

*Está claro que, como também se afirma no Acórdão n.º 675/2016 — com base em jurisprudência constitucional pacífica —, a extensão das garantias em processo criminal ao domínio contraordenacional não obsta a que os interesses por elas protegidos sejam graduados em função da (menor) intensidade ablativa das sanções e na diferente ressonância social das infrações nesse domínio; e que, em virtude desse facto, se reconheça nesse âmbito uma margem alargada de conformação legislativa.*

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

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

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

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

*A questão decisiva que cabe responder é se a compressão do direito à presunção de inocência que resulta do regime consagrado nos n.ºs 4 e 5 do artigo 46.º do RSSE, é um meio excessivo para atingir os fins que através dele se prosseguem, nomeadamente a garantia do cumprimento das sanções e a dissuasão do recurso aos tribunais com intuito dilatório, fins esses que, por seu lado, se reconduzem aos interesses públicos associados à regulação eficaz dos mercados energéticos. Em suma, trata-se de saber se a solução adotada pelo legislador respeita os limites impostos pelo princípio da proibição do excesso (artigo 18.º, n.º 2, da Constituição).*

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

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

*restritivo; o contrário seria admitir soluções legislativas que importem um sacrifício líquido de valor constitucional.*

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

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

*No Acórdão n.º 675/2016, conclui-se pela desnecessidade da regra do efeito meramente devolutivo da impugnação judicial da decisão sancionatória aplicativa de coima:*

*«[N]o caso, existem outras medidas que podem servir eficazmente de desincentivo ao recurso à impugnação judicial manifestamente infundada: desde logo, a consagração da reformatio in pejus (artigo 88.º, n.º 1, da LdC). Como salientado por José Lobo Moutinho, é «patente que essa admissão condiciona o exercício do direito ao recurso ou à impugnação, levando o arguido administrativamente condenado a ter medo de se prejudicar com o recurso ou impugnação e criando-lhe, assim, uma forte inibição que o levará a evitar os recursos» (“A reformatio in pejus no processo de contraordenações”, in Estudos dedicados ao Professor Doutor Nuno José Espinosa Gomes da Silva, vol. 1, Universidade Católica Editora, pp. 421-452, p. 437). (...).».*

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

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

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

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

*a eficácia e a lesividade relativas das medidas sujeitas a comparação, cabe respeitar a liberdade do legislador de adotar a solução que entenda necessária.*

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

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

*Ora, nem a caução, como se referiu anteriormente, tem de revestir a forma de depósito em dinheiro da quantia que o visado foi condenado a pagar a título de coima — pelo que, nesse aspeto, nada há, no entendimento deste Tribunal, de «automático» na solução legal —, nem a substituição da imposição de prestação efetiva de coima por um regime «casuístico» permite alcançar o principal desiderato da medida, que é a regulação sistémica dos incentivos de agentes económicos que operam em mercados cujo bom funcionamento é do mais intenso interesse público, não apenas no âmbito nacional, mas no da União Europeia. A este último propósito, refira-se o primeiro considerando da Diretiva 2009/72/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de julho de 2009, que estabelece regras comuns para o mercado interno da eletricidade:*

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

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

*«(...) [A] União Europeia (UE) tem de enfrentar grandes desafios no domínio da energia, tanto em termos de sustentabilidade e de emissões de gases com efeito de estufa, como de segurança do abastecimento e da dependência das importações, ou ainda de competitividade e da realização efetiva do mercado interno da energia. A definição de uma política europeia da energia impõe-se como a resposta mais eficaz a estes desafios, denominadores comuns ao conjunto dos Estados-Membros. (...) A conceção de um mercado interno da energia, a nível comunitário, pretende proporcionar aos consumidores uma escolha real, a preços equitativos e concorrenciais. No entanto, tal como sublinhado na comunicação sobre as perspetivas do mercado interno da energia e no inquérito sobre a situação da concorrência nos setores do gás e da eletricidade, a persistência de vários obstáculos impede a economia e os consumidores europeus de beneficiarem plenamente das vantagens da abertura dos mercados do gás e da eletricidade. Por conseguinte, é fundamental assegurar um verdadeiro mercado interno da energia.» Sobra a construção de um mercado*

*integrado e interconectado de energia, observa-se que tal mercado «depende principalmente das trocas transfronteiriças de energia. Ora, estas trocas revelam-se por vezes complicadas devido à disparidade das normas técnicas nacionais e de uma conceção não uniforme das redes. Por conseguinte, é necessário estabelecer uma regulamentação eficaz a nível comunitário. Tratar-se-á, nomeadamente, de harmonizar os poderes e a independência dos reguladores da energia, de reforçar a sua cooperação, de os obrigar a ter em conta o objetivo comunitário da realização do mercado interno da energia e de definir, a nível comunitário, os aspetos regulamentares e técnicos, assim como as normas de segurança comuns, necessárias às trocas transfronteiriças (...).»*

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

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

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

- (i) Como o Tribunal Constitucional tem afirmado reiteradamente (v., entre muitos outros, os Acórdãos n.ºs 158/92, 50/99, 33/2002, 659/2006, 99/2009 e 135/2009), as garantias de processo sancionatório — designadamente, o direito à presunção de inocência — não têm, no domínio contraordenacional, o mesmo peso axiológico que têm no âmbito criminal, em virtude do diferente alcance ablativo das sanções cominadas e da diferente ressonância social das infrações;*
- (ii) Tal peso é ainda diminuído pelo facto de, nos casos a que respeita a dimensão normativa aqui em causa, os visados não serem pessoas singulares, mas sociedades comerciais, sancionadas por factos praticados no âmbito de uma atividade desenvolvida em mercados densamente regulados, em virtude da premência das necessidades que satisfazem, da relevância económica da atividade que neles se desenvolve e da importância estratégica, no contexto nacional e europeu, da política que lhes diz respeito;*
- (iii) Embora as condenações e sanções sejam decididas por uma entidade administrativa, trata-se de uma entidade independente, tanto no plano orgânico (impossibilidade de destituição discricionária), como no plano funcional (subtração ao domínio da superintendência ou tutela), pelo que a probabilidade de que a justeza da sua decisão venha a ser secundada por um órgão jurisdicional é, relativamente às situações abrangidas pelo Regime Geral das Contraordenações, elevada (sobre a singularidade institucional das entidades administrativas independentes, v. o Acórdão n.º 376/2016);*
- (iv) A restrição do direito à presunção de inocência é mitigada pela exceção prevista para os casos em que a execução da sanção cause prejuízo considerável ao visado — a «válvula de escape do sistema», na expressão plástica do Acórdão n.º 376/2016 —, precisamente aqueles casos em que*

*é mais significativa a lesão à presunção de inocência associada à regra do efeito meramente devolutivo da impugnação judicial; e*

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

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

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

Conclui-se, pois, que o regime consagrado no artigo 228.º-A do RGICSF não ofende os princípios da tutela jurisdicional efetiva e da presunção de inocência, em conjugação com o princípio da proibição do excesso.

### III – Decisão

Em face do exposto, decide-se:

a) Não julgar inconstitucional a norma extraída do artigo 228.º-A do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de dezembro, na redação introduzida pelo Decreto-Lei n.º 157/2014, de 24 de outubro, o qual determina que a

impugnação de decisões proferidas pelo Banco de Portugal só tem efeito suspensivo se o recorrente prestar garantia, no prazo de 20 dias, no valor de metade da coima aplicada, salvo se demonstrar, em igual prazo, que não a pode prestar, no todo ou em parte, por insuficiência de meios.

b) Em consequência, negar provimento ao recurso.

Sem custas

Lisboa, 3 de outubro de 2018 - *Lino Rodrigues Ribeiro - Gonçalo Almeida Ribeiro - Maria José Rangel de Mesquita* (com declaração) - *Joana Fernandes Costa* (vencida, nos termos da declaração anexa) - *João Pedro Caupers*

#### DECLARAÇÃO DE VOTO

Subscrevemos o juízo de não inconstitucionalidade da norma sindicada constante da alínea a) da Decisão nos exatos termos da declaração de voto aposta ao Acórdão de Plenário n.º 123/2018, cuja fundamentação se retomou e considerou transponível para o caso dos presentes autos (cfr. II, n.º 7). Deste modo, subscreve-se a fundamentação do presente Acórdão na parte em que retoma a fundamentação do Acórdão n.º 123/2018 no que respeita ao confronto da norma aí sindicada com o direito à tutela jurisdicional efetiva (n.ºs 12 e 13 do Acórdão n.º 123/2018) e, no que respeita ao confronto da norma sindicada com o princípio da presunção de inocência, subscreve-se o juízo de não inconstitucionalidade mas, no essencial, com a fundamentação do Acórdão n.º 376/16, da 3.ª Seção deste Tribunal, o qual subscrevemos – e que, por partir de premissa diversa, implica que não se acompanhe integralmente a fundamentação do Acórdão n.º 123/2018 (n.ºs 14 a 16 deste aresto), conforme declaração de voto aposta ao precedente Acórdão n.º 397/2017, da 3.ª Seção.

*Maria José Rangel de Mesquita*

#### DECLARAÇÃO DE VOTO

1. Vencida pelos fundamentos constantes da declaração de voto que apus ao Acórdão n.º 397/2017, os quais considero integralmente transponíveis para o âmbito de apreciação da norma constante do artigo 228.º-A do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras (doravante, «RGICSF»), de acordo com a qual o «*recurso de impugnação de decisões proferidas pelo Banco de Portugal só tem efeito suspensivo se o recorrente prestar garantia, no prazo de 20*

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

Para concluir pela compatibilidade da norma sindicada com o princípio da presunção da inocência, aplicável ao direito das contraordenações por força do artigo 32.º, n.ºs 2 e 10, da Constituição, o presente acórdão louva-se na fundamentação constante do Acórdão n.º 123/2008 — o qual, por sua vez, confirmou a orientação já antes sufragada no Acórdão n.º 397/2017 —, considerando plenamente aplicáveis ao caso presente as considerações com base nas quais ali se concluiu pela não inconstitucionalidade da norma extraída dos n.ºs 4 e 5 do artigo 46.º do Regime Sancionatório do Setor Energético, aprovado pela Lei n.º 9/2013, de 28 de janeiro, que «*determina que a impugnação judicial das decisões finais condenatórias aplicativas de coima da Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos em processo de contraordenação tem, por regra, efeito meramente devolutivo, ficando a atribuição de efeito suspensivo condicionada à prestação de caução substitutiva e à verificação de um prejuízo considerável, para a impugnante, decorrente da execução da decisão*».

Numa construção homóloga àquela que foi seguida em ambos os mencionados arestos, o juízo que obteve vencimento considera, em síntese, que a regra do efeito meramente devolutivo da impugnação judicial da decisão final aplicativa de coima proferida pelo Banco de Portugal consubstancia uma *compressão do direito à presunção de inocência*, sendo tal compressão inteiramente legitimável perante as exigências que, por força do disposto no artigo 18.º, n.º 2, da Constituição, condicionam a validade das leis restritivas de direitos, liberdades e garantias. Isto é, que a restrição do direito à presunção de inocência reconhecidamente implicada no regime consagrado no artigo 228.º-A do RGICSF constitui, relativamente ao *fim* por este visado, um meio *adequado, necessário e proporcional* à carga coativa que comporta.

Tal fim — esclarece-o o Acórdão n.º 123/2018 — tem, na verdade, uma *dupla dimensão*. Nele são discerníveis: (i) uma *finalidade imediata ou instrumental*, que consiste em «acautelar o cumprimento das sanções pelas entidades sancionadas e dissuadir o recurso aos tribunais com intuito dilatatório»; e (ii) uma *finalidade mediata ou principal*, que, no caso presente, residirá no asseguramento, por aquela via, da «eficácia da regulação do setor bancário, decorrente da premência das necessidades que satisfazem, da expressão económica da atividade que nele se desenvolve e da importância estratégica da política que lhes diz respeito».

2. De acordo com a metódica assente no triplo teste, desde há muito seguida na jurisprudência deste Tribunal na avaliação da relação entre um meio e o respetivo fim (cf. Acórdão n.º 634/93), ocorrerá uma violação do *princípio da proibição do excesso*, sindicável através do artigo 18.º, n.º 2, da Constituição, se, conforme sintetizado no Acórdão n.º 194/217, «a medida em análise for considerada *inadequada* (convicção clara de que a medida é, em si mesma, inócua, indiferente ou até negativa, relativamente ao fim visado); ou *desnecessária* (convicção clara da existência de meios adequados alternativos, mas menos onerosos para alcançar o dito fim); ou *desproporcionada* (convicção de que o ganho de interesse público inerente ao fim visado não justifica nem compensa a carga coativa imposta; relação desequilibrada entre os custos e os benefícios da medida)».

Tal como se reconhece no Acórdão n.º 123/2018, é nos planos da *exigibilidade* e da *proporcionalidade em sentido estrito* que o problema da compatibilidade da norma sindicada com o princípio da presunção da inocência verdadeiramente se coloca.

Conforme decorre da declaração de voto que apus ao Acórdão n.º 397/2017, é logo naquele primeiro plano que, uma vez mais, divirjo da posição que também aqui obteve vencimento.

No plano da *exigibilidade* — tem-no este Tribunal sistematicamente repetido —, o que importa questionar é a possibilidade de adoção de medidas menos intrusivas com os *mesmos efeitos* na prossecução do fim visado: tratar-se-á de indagar se a opção tomada pelo legislador «significou a “menor desvantagem possível” para a posição *jusfundamental* decorrente do direito» ou «se o legislador “poderia ter adotado outro meio igualmente eficaz e menos desvantajoso para os cidadãos”» (cf. Acórdãos n.º 1182/96 e 187/2001).

De acordo com a posição sufragada no Acórdão n.º 123/2018, que o presente aresto integralmente secunda, o regime-regra do efeito meramente devolutivo da impugnação judicial constitui «um entre vários *mecanismos regulatórios* destinados a repor a confiança da comunidade na eficácia da regulação e na capacidade do regulador», revelando-se, ainda assim — isto é, apesar da reconhecida pluralidade de meios aptos a assegurar tal desiderato —, um meio *necessário* e *exigível* à prossecução do mesmo.

Creemos, contudo, que a conclusão a retirar da efetiva diversidade do conjunto de mecanismos regulatórios vocacionados para atingir a referida finalidade é justamente a oposta.

3. A par do estabelecimento do efeito meramente devolutivo da impugnação judicial das decisões proferidas pelo Banco de Portugal, aplicativas de coima, o RGICSF atribui a tal entidade, no seu artigo 216.º-A, *amplos poderes de intervenção cautelar* no âmbito do sector regulado, conferindo-lhe a faculdade de, sempre que «se revele necessário à eficaz instrução do processo de contraordenação ou à salvaguarda do sistema financeiro ou dos interesses dos depositantes, investidores e demais credores», determinar, com *efeitos imediatos*, (i) a «imposição de condições ao exercício da atividade pelo arguido», designadamente «a exigência de pedido de autorização prévia ao Banco de Portugal para a prática de determinados atos», (ii) a «suspensão preventiva do exercício de determinada atividade, função ou cargo pelo arguido», bem como (iii) o «encerramento preventivo, no todo ou em parte, de estabelecimento onde se exerça atividade ilícita».

Perante o extensivo conjunto de medidas *especificamente* vocacionadas para, no âmbito ainda do processo contraordenacional, compelir o sujeito regulado a reajustar ou suspender, em tempo útil, a sua prestação no mercado financeiro, muito dificilmente se pode reconhecer-se na possibilidade de execução imediata da sanção pecuniária em que a coima se traduz uma *medida necessária* para acautelar, como se afirma no presente aresto, a «eficácia da regulação do setor bancário» ou, agora nas palavras do Acórdão n.º 123/2018, «repor a confiança da comunidade na eficácia da regulação e na capacidade do regulador».

Pelo contrário: em face da *superior aptidão e eficácia* dos demais mecanismos regulatórios já previstos para assegurar, ao longo de todo o processo contraordenacional, a pronta e eficiente regulação dos mercados financeiros, a atribuição de efeito meramente devolutivo à impugnação judicial da decisão aplicativa de coima surge, daquele ponto de vista, como um meio excedentário, despiciendo ou até mesmo supérfluo.

A fixação de um regime-regra assente no efeito meramente devolutivo da impugnação judicial da decisão aplicativa de coima constitui uma *medida necessária* — isso seguramente que sim — para, juntamente com a admissibilidade da *reformatio in pejus*, consagrada no n.º 3 do artigo 230.º

do RGICSF, dissuadir o recurso aos tribunais, com e sem intuito dilatatório, em benefício da exequibilidade imediata da sanção, através da cobrança imediata do valor correspondente à coima.

Ora, conforme tentei demonstrar na declaração de voto que apus ao Acórdão n.º 397/2017, este interesse que sobeja — o *único* para a prossecução do qual a solução fiscalizada constitui, afinal, um *meio necessário* — é, em si mesmo e por si só, de natureza imprestável para justificar, mesmo no âmbito da responsabilidade meramente contraordenacional em que nos situamos, a restrição do princípio da a presunção de inocência que decorre da possibilidade de execução da sanção aplicada pela entidade administrativa antes mesmo da confirmação judicial do carácter ilícito e culposo do facto que a determinou.

*Joana Fernandes Costa*