



UNIVERSIDADE D
COIMBRA

Ana Filipa Oliveira Santos

**O PROCESSO DE CONTRAORDENAÇÃO E A
SALVAGUARDA DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS:
Em especial o direito de defesa**

Dissertação no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Ciências Jurídico-Forenses
(conducente ao grau de Mestre) orientada pelo Professor Doutor Fernando
Licínio Lopes Martins e apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de
Coimbra.

Junho de 2020



FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE
COIMBRA

Ana Filipa Oliveira Santos

**O PROCESSO DE CONTRAORDENAÇÃO E A SALVAGUARDA
DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS:
Em especial o direito de defesa**

*The Administrative infraction proceeding and the
safeguarding of constitutional principles:
In particular the right of defence*

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do
2.º Ciclo em Direito (conducente ao grau de Mestre), na área de Especialização em
Ciências Jurídico-Forenses.

Orientador: **Professor Doutor Fernando Licínio Lopes Martins**

Coimbra, 2020

AGRADECIMENTOS

O que de mais belo temos é o dom de agradecer a quem nos ampara em momentos menos brilhantes e quem nos apoia nas vitórias.

Por esta razão, quero agradecer aos meus pais, avós e ao meu irmão que com toda a sua paciência e dedicação, fizeram com que fosse possível trilhar este caminho e enriquecer a minha formação.

Quero agradecer ao meu namorado por todo o apoio, paciência infundável e força que me deu, em momentos menos esperançosos.

Quero agradecer a todos os meus amigos que de alguma forma contribuíram para que eu conseguisse estar presente na sua vida, ainda que mais ausente, sem que isso fosse um entrave à amizade.

Cumpre-me agradecer também a toda a Divisão de Tributação e Cobrança da Direção de Finanças de Coimbra, que tanto alento me deram e com quem tanto aprendi, em tão pouco tempo.

Por último, conquanto não descurando a importância do agradecimento, quero agradecer, particularmente, ao Professor Doutor Licínio Lopes Martins, que tanto me ensinou e que com toda a sua amabilidade se disponibilizou em ajudar-me a enveredar por este caminho complexo e erudito em torno do Direito de Mera Ordenação Social. E um agradecimento a todos os professores da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, com destaque para o Professor Doutor Nuno Brandão, que com o seu contributo exímio no domínio das contraordenações, permitiu-me abraçar este tema com todo o gosto e dedicação.

*«Uns, com os olhos postos no passado,
Vêm o que não vêem; outros, fitos
Os mesmos olhos no futuro, vêem
O que não pode ver-se.»*

*Ricardo Reis
(heterónimo de Fernando Pessoa)*

RESUMO

Serve o presente estudo para abordar o tema do Direito Contraordenacional, cuja evolução significativa tem sido descurada e desacompanhada pela respetiva evolução dos seus alicerces teóricos.

Deste modo, de uma forma primordial, é necessário compreender o surgimento e evolução deste direito, para que se possa aprofundar a sua dogmática própria e complexa. Isto significa que há que percorrer todo o domínio contraordenacional e apreendê-lo como um direito que não se configura como inferior ao direito penal, ao invés, tratam-se de domínios que outrora seriam assimilados hierarquicamente, no entanto, atualmente, assumem uma dinâmica própria.

Posteriormente, afirma-se impreterível percorrer os desígnios das particularidades inerentes ao processo de contraordenação, tanto ao nível da sua estrutura dissemelhante ao processo penal, como também ao nível de toda a conjuntura que o envolve, seja relativamente à salvaguarda de princípios fundamentais no ordenamento jurídico português, quer relativamente a possíveis quezílias que permaneçam por resolver, fruto da inércia incompreensível e indesejável, que se tem verificado por parte da doutrina portuguesa no domínio contraordenacional.

Por conseguinte, após a tentativa de resolução de questões prementes a que urge dar uma resposta definitiva, afigura-se como inadiável a compreensão do âmbito e extensão do direito de defesa, no seio de um processo de contraordenação, de modo a que este seja exercido de forma plena, para que se não desmereça a sua relevância.

Palavras-chave: Direito Contraordenacional; Direito Penal; Regime Geral das Contraordenações; processo de contraordenação; direito de defesa.

ABSTRACT

This study serves to address the topic of the Regulatory Offences Law, whose significant evolution has been neglected and unaccompanied by the respective evolution of its theoretical foundations.

Firstly, in a primordial way, it is necessary to understand the emergence and evolution of this right, in order to deepen its complex dogmatics. Therefore it is necessary to go through the entire administrative domain and apprehend it as a right that is not configured as inferior to criminal law, on the contrary, these are areas that would have been assimilated hierarchically, however, currently assume their own dynamic.

Secondly, it is imperative to go through the designs of the particularities inherent to the administrative infraction proceeding both in terms of its structure dissimilar to the criminal process, as well as in terms of the entire conjuncture that involves it, whether in terms of safeguarding fundamental principles in the portuguese legal system or regarding possible disputes that remain unresolved as a result of the incomprehensible and undesirable inertia which has unfortunately been a characteristic of the portuguese doctrine in the administrative area.

Consequently after trying to resolve pressing issues to which a definitive answer is urgently needed, it is imperative to understand the scope and extent of the right of defence, within the administrative infraction proceeding, in order to fully exercise it so that its relevance is not diminished.

Keywords: Regulatory Offences Law; Criminal Law; General Regime of Administrative Offences; administrative infraction proceeding; right of defence.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

AdC – Autoridade da Concorrência
ADN – Ácido Desoxirribonucleico
Art. – Artigo
CdVM – Código dos Valores Mobiliários
CEDH – Convenção Europeia dos Direitos do Homem
CEJ – Centro de Estudos Judiciários
Cf. – Conforme
CMVM – Comissão do Mercado de Valores Mobiliários
CP – Código Penal
CPA – Código do Procedimento Administrativo (Novo)
CPP – Código de Processo Penal
CPPT – Código de Procedimento e de Processo Tributário
CPTA – Código de Processo nos Tribunais Administrativos
CRP – Constituição da República Portuguesa
DL – Decreto-Lei
Ed. – Edição
LGT – Lei Geral Tributária
LQCA – Lei Quadro das Contraordenações Ambientais
MP – Ministério Público
Nº – Número
Obs. Cit. – Observação Citada
p. – Página
RGCO – Regime Geral das Contraordenações
RGIT – Regime Geral das Infrações Tributárias
S.A. – Sociedade Anónima
ss. – seguintes
TAF – Tribunais Administrativos e Fiscais
TC – Tribunal Constitucional

TCAS – Tribunal Central Administrativo Sul

TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos Humanos

TR – Tribunal da Relação

Vol. – Volume

ÍNDICE

AGRADECIMENTOS	3
RESUMO.....	4
ABSTRACT.....	5
LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS	6
INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO I – O ILÍCITO DE MERA ORDENAÇÃO SOCIAL: UMA PERSPETIVA HISTÓRICA E A SUA EVOLUÇÃO EM PORTUGAL	12
1. A necessidade de criação do ilícito de mera ordenação social: as principais razões ...	12
2. A evolução impetuosa até ao Regime Geral das Contraordenações: a conseqüente distinção entre o ilícito criminal e o ilícito contraordenacional	17
3. Consequências práticas a retirar do novo regime.....	25
CAPÍTULO II – O PROCESSO DE CONTRAORDENAÇÃO E O SEU DESENVOLVIMENTO À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	28
1. Enquadramento do processo de contraordenação	28
2. As Fases do Processo: a desmistificação dos contornos processuais.....	31
3. Um processo embrionariamente vinculado a princípios constitucionais	37
3.1. Transposição de princípios do direito penal para o domínio contraordenacional .	37
3.2. A pertinência do princípio da proporcionalidade	39
3.3. O princípio da legalidade e da oficialidade concernentes ao direito contraordenacional	40
3.4. O princípio da presunção de inocência como componente de uma realidade contraordenacional	42
3.5. Os míticos contornos do <i>nemo tenetur se ipsum accusare</i> no âmbito contraordenacional	43

3.6. Uma realidade contraordenacional impregnada num espírito de utópica integração do princípio da proibição da <i>reformatio in pejus</i>	48
CAPÍTULO III – O DIREITO DE DEFESA E O SEU EXERCÍCIO NO SEIO DE UM PROCESSO DE CONTRAORDENAÇÃO: ESTARÁ SALVAGUARDADO DE INTERFERÊNCIAS?	52
1. O exercício pleno do direito de audiência e defesa no seio de um processo de contraordenação	52
2. A relevância do direito de defesa no desfecho da decisão final: o interesse prático que lhe é inerente	59
CAPÍTULO IV – UM CAMINHO A DESVENDAR PELAS TRINCHEIRAS DO DIREITO DE “MERA” ORDENAÇÃO SOCIAL	61
BIBLIOGRAFIA	68
JURISPRUDÊNCIA	74

INTRODUÇÃO

A abordagem incidirá inicialmente pelos contornos da história do Direito de Mera Ordenação Social, passando pela hipertrofia do Direito Penal, que resultou do uso excessivo das penas criminais, e pela criação de um *puro direito penal de bagatelas*¹, que teria como objetivo principal o descongestionamento dos tribunais criminais para que estes não se sobrecarregassem com bagatelas penais. Como tal, conquanto o Direito de Mera Ordenação Social fosse encarado como um domínio de bagatelas penais, a sua evolução ditou preceitos de outra ordem, uma vez que o desvalor ético-social que estava associado às condutas protegidas pelo mesmo, foi substituído pelo entendimento que dita que o Direito de Mera Ordenação Social pode tutelar quaisquer bens jurídicos, o que naturalmente, se projetou na maior gravidade das sanções que lhe são inerentes – indício que se traduziu na mudança de paradigma das contraordenações como puras bagatelas, para verdadeiras sanções.

Depois de uma familiarização com a evolução história e impetuosa do Direito de Mera Ordenação Social, urge compreender as fragilidades teóricas do domínio contraordenacional e de que forma é que esse elanguescer se projeta na prática, no seio de um processo de contraordenação. Isto não significa que o domínio contraordenacional esteja enfraquecido, muito pelo contrário, mas os seus alicerces teóricos, apresentam algumas lacunas que o podem efetivamente comprometer. Dessa forma, é impreterível dar resposta a algumas dessas questões que se afiguram pertinentes.

De facto, o processo de contraordenação apresenta-se-nos como um processo complexo, cujas particularidades ressaltam logo à partida, pela estrutura *sui generis* que apresenta, dado que é composto por uma fase administrativa, que é uma fase necessária, e uma fase judicial, que é eventual porque apenas se verifica caso o arguido impugne a decisão administrativa que lhe foi aplicada. Ora, como se depreende da própria denominação que lhe foi atribuída, a fase administrativa é levada a cabo pelas autoridades administrativas, enquanto na fase judicial, o pêndulo passa para os tribunais.

¹ Cf. CORREIA, Eduardo - “Direito Penal e Direito de Mera Ordenação Social” in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Vol. XLIX. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1973, p. 9.

Tendo em conta estas características singulares, próprias do processo contraordenacional, questiona-se se o regime subsidiariamente aplicável deverá ser o do CP ou do CPP (tal como se encontra previsto no Regime Geral das Contraordenações), ou se deverá aplicar-se o regime do CPA – que é o “Código Geral da actividade administrativa”² – e qual será a jurisdição competente na fase judicial. Será que os tribunais judiciais se afiguram como mais competentes do que os tribunais administrativos para conhecer da impugnação de uma decisão administrativa? Ou a mudança ainda não se propugnou, fruto da infeliz inércia que se tem verificado ao longo do tempo no domínio contraordenacional?

Para além disso, estará comprometido um dos princípios basilares do nosso Estado de direito, como é o princípio da separação de poderes (pelo facto de não haver distinção entre a entidade que investiga e acusa e a entidade que julga, na fase administrativa do processo de contraordenação, ao contrário do que acontece no processo penal)?

E dadas as particulares do processo de contraordenação, que princípios é que poderão aplicar-se? Serão transponíveis alguns dos princípios próprios do processo penal para o domínio contraordenacional?

Estas são questões preponderantes a que urge dar uma resposta, dessa forma, é imperativo proceder a uma análise cuidadosa dos temas que tratam, de modo a esclarecer dúvidas que subsistam.

Por fim, há que clarificar a amplitude do direito de audiência e de defesa, previsto nos artigos 32º/10 da CRP e 50º do RGCO, e particularmente, evidenciar que à expressão “prazo razoável”, mencionada no artigo supracitado, está naturalmente inerente uma ambiguidade que não é desejável num Estado de direito como o nosso se nos apresenta.

Concludentemente, há diversas questões prementes a que é imprescindível atender, destarte, a presente dissertação serve para que se traga à colação o debate de como estas interrogações devem ser refletidas e para que a inércia a que assistimos ao longo do tempo perante o domínio contraordenacional, se transforme novamente em evolução.

² *Expressão utilizada por* MARTINS, Licínio Lopes - A atividade sancionatória da Administração e o novo Código do Procedimento Administrativo. In Gomes, Carla Amado; NEVES, Ana Fernanda; SERRÃO, Tiago – *Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo*. 3.^a Ed. Lisboa, 2016, p. 619.

CAPÍTULO I – O ILÍCITO DE MERA ORDENAÇÃO SOCIAL: UMA PERSPETIVA HISTÓRICA E A SUA EVOLUÇÃO EM PORTUGAL

1. A necessidade de criação do ilícito de mera ordenação social: as principais razões

No final do séc. XVIII e primórdios do séc. XIX, com o aparecimento do Estado de direito, surge a figura das contravenções, que apesar de ser considerada menos grave que o crime, era incluída no âmbito da infração penal. O cerne desta figura consistia na proteção de interesses da Administração Pública e as respetivas sanções aplicadas eram penas, dessa forma, a doutrina qualificou-as como *ilícito penal administrativo*, ao contrário do crime, que era designado por *ilícito penal de justiça*³.

A distinção entre estas duas figuras não era, de todo, pacífica. Dúvidas havia se a diferença teria como base um *critério meramente quantitativo*, o que significaria que até certa pena, a infração seria entendida como um *ilícito penal administrativo ou contravencional* e a partir dessa determinada pena, seria visto como um *ilícito penal de justiça ou crime* ou se o núcleo distintivo destas figuras, encontrava justificação num critério material, conferindo relevância aos interesses e valores que se visam proteger com o ilícito, contrapondo a “violação dos comandos administrativos destinados a promover o **bem-estar social**”⁴ à “violação do valor justiça, i.e., na infração das normas cujo objectivo era o da tutela dos **direitos subjectivos** ou bens jurídicos individualizados”⁵ – assim, segundo o entendimento de Taipa de Carvalho, esta distinção material entre os interesses que a administração pública visa prosseguir e os referidos *valores de justiça*, é utópica, pois aqueles não devem descurar a importância destes.

³ TAIPA DE CARVALHO, Américo A. – *Direito Penal – Parte Geral. Questões Fundamentais*. Porto: Universidade Católica, 2006. ISBN 972-8069-54-5, p. 147-181.

⁴ TAIPA DE CARVALHO, 2006: 149.

⁵ TAIPA DE CARVALHO, 2006: 149. O relevo apresentado a negrito foi dado pelo próprio autor. Os direitos subjectivos supramencionados, referem-se aos direitos fundamentais inerentes aos cidadãos na sua relação com o Estado e que aqueles poderiam opor a este, por conseguinte, “os direitos fundamentais são opostos ao Estado como barreiras para deter os ataques que este pretenda desferir sobre o particular”, nas palavras de BRANDÃO, Nuno – *Crimes e Contra-Ordenações: da Cisão à Convergência Material*. 1ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2016. ISBN 978-972-32-2314-9, p. 580.

Destarte, foi James Goldschmidt, o pioneiro na contraposição entre os ilícitos no sistema alemão, como salienta Manuel da Costa Andrade, socorrendo-se de uma “contraposição radical entre Direito (ou Justiça, Ordem Jurídica) por um lado, e Administração, por outro, correspondentes, de resto, à dupla dimensão do homem como indivíduo e como membro da comunidade”⁶, no entanto, evidenciava que a contraposição entre os ilícitos não era absoluta, dado que as infrações que são consideradas crimes, não o são de forma inata e a realidade poderia alterar, tendo sempre presente de que o direito penal e o direito penal administrativo tinham fundamentos diferentes, considerando-se o primeiro como *manifestação da vontade geral*⁷ e o segundo como expressão de uma vontade especial inerente ao Estado.

Deste modo, quando estava em causa a defesa de bens jurídicos individuais por parte do Estado, eram aplicadas penas como sanções, portanto, intervinha o direito penal de justiça; quando estava em causa a promoção do bem-estar e a evolução no geral, configurava uma atuação administrativa diferente da necessária quando estão em causa a defesa de *esferas individuais*, sendo que, neste caso, os cidadãos tinham o dever de colaborar com a administração, de forma a alcançar o objetivo comum, sob pena de, se punido pela administração, incorrerem num facto ilícito criminal⁸.

Assim, acentua-se que no direito penal administrativo, o agente não é um ser perigoso ou anti-social⁹, é apenas descuidado, uma vez que agiu com “falta de cuidado social”¹⁰. A par deste entendimento, também Erik Wolf, cujos contributos foram essenciais, compreende as sanções do direito penal administrativo como verdadeiras penas – defende que, tendo em conta a infração e a sanção, o direito penal administrativo é um autêntico direito penal, num

⁶ COSTA ANDRADE, Manuel da - “Contributo para o conceito de contra-ordenação (A experiência alemã)”. In *Revista de Direito e Economia*. Coimbra: Livraria Almedina, anos VI/VII 1980/1981, p. 95 e 96.

⁷ Cf. COSTA ANDRADE, 1980/1981: 97.

⁸ Cf. VILELA, Alexandra – *O Direito de Mera Ordenação Social: entre a ideia de “Recorrência” e a de “erosão” do direito penal clássico*. 1ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, S.A., 2013. ISBN 978-972-32-2139-8. A autora ressalta que James Goldschmidt, tendo como base os conceitos de direito, justiça ou ordem pública, os contrapõe ao de administração, pelo facto de que os primeiros conceitos estão correlacionados diretamente com o indivíduo, os seus direitos e até os seus bens individuais, enquanto o segundo se relaciona com o homem no papel de membro da sociedade.

⁹ No sentido de que quem comete um crime, atua contra a “convicção ética da comunidade” e releva-se um ser “associal, anti-social e perigoso” (ALEXANDRA VILELA, 2013: 66).

¹⁰ Cf. ALEXANDRA VILELA, 2013: 59.

plano puramente formal, relevando ainda que o direito penal administrativo é em sentido formal, direito penal, e em sentido material, direito administrativo¹¹ – conquanto desprovidas do carácter expiatório, ao invés, encontram-se reforçadas por um carácter disciplinar, uma vez que não pretendem “reagir contra uma personalidade contrária ou indiferente ao direito, mas reagir contra alguém que, embora socialmente descuidado, não se apresenta como socialmente danoso ou perigoso”¹².

Por outro lado, se entendermos a diferenciação entre ilícitos, como uma divergência qualitativa, na perspectiva de Eberhard Schmidt, que gerou um precioso contributo no direito alemão, salientam-se dois critérios fundamentais: o critério do bem jurídico (uma vez que ao contrário dos crimes que colocam em perigo bens jurídicos, as contraordenações representam uma desobediência a interesses da administração ou “quando muito, configuram apenas delitos de perigo abstracto”¹³) e o critério da ressonância ético-jurídica, uma vez que, ao invés do ilícito criminal em que a ressonância ética lhe é inerente, o ilícito contraordenacional é entendido como *eticamente neutro ou indiferente*¹⁴.

A este propósito, Nuno Brandão destaca que na perspectiva de Schmidt, propugnava-se o entendimento de que “os factos penais estão vinculados à protecção de bens jurídicos e são por isso autênticos delitos de justiça, só podendo ser apreciados por tribunais; e a sanção que lhes corresponde, a pena, comporta um *pathos* ético, associado a uma finalidade expiatória. Por sua vez, as contra-ordenações não visam a protecção de bens jurídicos e não representam mais do que uma mera desobediência do cidadão, tido como órgão auxiliar da administração (...) Donde, a contra-ordenação tem natureza administrativa”¹⁵, realçando que esta natureza administrativa advém do facto de que a coima “mostra-se desprovida de qualquer *pathos* ético e constitui somente uma vigorosa chamada à ordem do infractor pela entidade a quem este deve obediência, a administração”¹⁶.

Na verdade, os contributos da doutrina alemã (como são exemplo os autores supramencionados), foram essenciais na conjuntura portuguesa para que se procedesse, pelo

¹¹ Cf. COSTA ANDRADE, 1980/1981: 99.

¹² Obs. Cit. ALEXANDRA VILELA, 2013, 66.

¹³ Obs. Cit. COSTA ANDRADE, 1980/1981: 109.

¹⁴ Vide COSTA ANDRADE, 1980/1981: 109.

¹⁵ Obs. Cit. NUNO BRANDÃO, 2016: 70 e 71.

¹⁶ Obs. Cit. NUNO BRANDÃO, 2016: 71.

menos, a uma avaliação da situação que se vivenciava no ordenamento jurídico-penal português, nomeadamente no que diz respeito às contravenções, dado que a criminalização das contravenções (às quais eram aplicadas penas) e a proteção de fins ou interesses do Estado, fez com que se fomentasse o uso indiscriminado das penas criminais, o que conduziu conseqüentemente à hipertrofia do direito criminal¹⁷.

Efetivamente, segundo Eduardo Correia, seriam duas as razões pelas quais esta hipertrofia se despoletou: por um lado, porque para impedir comportamentos contrários a determinados interesses sociais prosseguidos pelo Estado, recorria-se de forma errónea a sanções criminais e por outro lado, argumentava-se que da necessidade de proteger os indivíduos contra a arbitrariedade do Estado, corresponderia como consequência necessária, a hipertrofia do ilícito criminal.

Esta hipertrofia, na prática, traduzir-se-ia, não só no uso excessivo das penas criminais para proteger interesses que poderiam ser preservados através de outros meios (por exemplo, recorrendo a uma adequada política social), mas também no aumento da atividade jurisdicional.

Com a revolução de 25 de abril de 1974 e conseqüente instauração de um regime político de cariz democrático, é que se pôde afirmar que estavam reunidas as circunstâncias políticas de forma a que se procedesse a uma reforma penal, surgindo a necessidade de adaptar o direito penal português ao âmbito do novo regime democrático¹⁸.

Por conseguinte, devido à reduzida relevância de certas infrações, procurou-se reconduzir aquelas a um *puro direito penal de bagatelas*¹⁹: como tal, surgiu a necessidade (tal como no direito alemão), de diferenciar o direito criminal de situações em que se perpetua a violação de uma determinada ordenação social, sendo que, a estas, teria que corresponder uma reação de natureza apropriada e diferente da que caberia àquelas, caracterizando-se como um “*aliud*” que se diferencia qualitativamente do direito criminal,

¹⁷ CORREIA, Eduardo - “Direito Penal e Direito de Mera Ordenação Social” in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Vol. XLIX. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1973.

¹⁸ Vide, NUNO BRANDÃO, 2016: 176 e 177 – acrescenta o autor que, em 1976 (ano em que é aprovada a nova Constituição da República Portuguesa), é que são retomados os labores legislativos para se proceder a uma reforma penal.

¹⁹ Cf. EDUARDO CORREIA, 1973: 9.

“na medida em que o respectivo ilícito e as reacções que lhe cabem não são *directamente* fundamentáveis num plano ético-jurídico, não estando, portanto, sujeitas aos princípios e corolários do direito criminal”²⁰.

Neste contexto, salienta Figueiredo Dias que “pelo direito penal já não deverão ser abrangidas, porém, as condutas que, dada a sua neutralidade ético-social, não mais permitem uma referência à ordem axiológica constitucional; mas se se entender que, apesar disso, elas devem ser contrariadas com sanções exclusivamente pecuniárias, de carácter ordenativo, é isso sinal seguro que estamos perante contra-ordenações, constitutivas de um ilícito de mera ordenação social”²¹.

Ainda que o *ilícito penal administrativo ou contravencional* tenha como intuito a proteção de interesses da administração pública, hodiernamente, esses interesses são prosseguidos da melhor forma pelo “direito de ordenação social”²², cuja infração configura uma contraordenação, ao invés de uma contravenção²³, atendendo a que o direito criminal não deve proteger todos os valores eticamente fundamentáveis, sob pena de se banalizar a sua intervenção²⁴. Do mesmo modo, corroborando com este entendimento, Figueiredo Dias salienta que “a política criminal própria de um Estado de Direito material, de cariz social e democrático, deve exigir do direito penal que só intervenha com os seus instrumentos próprios de actuação ali, onde se verifiquem lesões insuportáveis das condições comunitárias essenciais de livre realização e desenvolvimento da personalidade de cada homem”²⁵.

²⁰ Cf. EDUARDO CORREIA, 1973: 16. Refere este autor, que o âmbito do critério ético-jurídico, deve ser reforçado através do princípio da legalidade de forma a ser *objetivado e definido* pelo legislador, reconhecendo a influência que a dimensão histórica impende sobre o mesmo.

²¹ *Obs. Cit.* FIGUEIREDO DIAS, Jorge De - “O movimento da descriminalização e o ilícito de mera ordenação social”. In *O Novo Código Penal Português e Legislação Complementar*. Fase 1. Jornadas de Direito Criminal: Centro de Estudos Judiciários, Lisboa. 1983, p. 323.

²² É impreterível relevar, neste âmbito, o entendimento de Taipa de Carvalho, relativamente à questão de que o adjetivo “mera”, deixa de fazer sentido no seio do direito de ordenação social atual, uma vez que este não é reconduzido a condutas que em si mesmas sejam axiologicamente neutras ou irrelevantes, criticando, assim, o entendimento de Figueiredo Dias (TAIPA DE CARVALHO, 2006: 150).

²³ TAIPA DE CARVALHO, 2006: 151.

²⁴ EDUARDO CORREIA, 1973: 14.

²⁵ *Obs. Cit.* FIGUEIREDO DIAS, 1983: 322.

Neste âmbito, o princípio da proporcionalidade assume extrema relevância, uma vez que é essencial para evitar uma criminalização excessiva e uma intervenção penal desnecessária²⁶, de modo a que as infrações sejam punidas de forma prudente e ajuizada.

Posto isto, a génese do direito de mera ordenação social está ainda diretamente relacionada com o movimento de descriminalização enquanto consciência de que a maioria das contravenções não detinham uma dignidade penal suficiente para que se pudessem considerar infrações penais, a par dos crimes²⁷.

2. A evolução impetuosa até ao Regime Geral das Contraordenações: a consequente distinção entre o ilícito criminal e o ilícito contraordenacional

A evolução impetuosa que se verificou até ao RGCO, iniciou-se com a consciência de que a ilicitude criminal difere da ilicitude contraordenacional, sendo que, foram surgindo diversas teorias acerca do núcleo fulcral dessa distinção.

Nas palavras de Leones Dantas, a ilicitude criminal é distinta da ilicitude contraordenacional, dado que esta “deriva da disciplina de natureza administrativa que enquadra o exercício de uma concreta atividade social, às vezes dispersa por várias normas, articulada com a norma que prevê que o incumprimento dessa disciplina seja sancionado com uma coima”²⁸. É necessário salientar que “este tipo de ilícito tem, em geral, como fundamento a violação de normas jurídicas que prescrevem imposições e proibições de condutas a adoptar pelos particulares com o objectivo da prevenção e do controlo de perigos ou que, de qualquer modo, determinam uma ordenação da vida em sociedade”²⁹.

De facto, tem suscitado particular interesse a diferença entre ilícitos (inclusivamente, vários foram os autores que contornaram o busílis da questão, com fundamento em conceções realçadas pela doutrina alemã e em cuja experiência se basearam) e entende-se

²⁶ PRATES, Marcelo Madureira – Sanção Administrativa Geral: Anatomia e autonomia. Coimbra: Almedina, 2005.

²⁷ TAIPA DE CARVALHO, 2006: 156.

²⁸ *Obs. Cit.* DANTAS, A. Leones – Estrutura da Infração Contraordenacional. *Prontuário de Direito do Trabalho*. Edições Almedina. ISSN 0873-4895. I (2018), p. 226.

²⁹ *Obs. Cit.* MARTINS, Licínio Lopes - A atividade sancionatória da Administração e o novo Código do Procedimento Administrativo. In Gomes, Carla Amado; NEVES, Ana Fernanda; SERRÃO, Tiago – *Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo*. 3.^a Ed. Lisboa, 2016, p. 612.

que se pode destacar uma diferença qualitativa (ou material), o que significa que contraordenação e crime são fundamentalmente diferentes, ou uma distinção quantitativa (ou formal)³⁰.

Desta forma, Inês Ferreira Leite, entende que “a pedra de toque da distinção deverá residir, então, na proximidade de afetação dos bens jurídicos tutelados e na imediatividade da perigosidade ou potencial lesividade do comportamento ilícito, tal como abstratamente descrito pelo legislador”³¹ e aliado a isto, há que reconhecer que “a diferença entre a reprovação ética da conduta e a mera censurabilidade social de uma outra conduta resulta, não de uma pré-existente “*moral natural*”, ou de um reduto ético absoluto, mas da relação de proximidade perigosa ou lesiva que tais condutas assumam perante os bens jurídicos fundamentais que, mediata ou imediatamente, se pretendem tutelar”³².

Por seu turno, Eduardo Correia considera que existe uma diferença material, constituindo o ilícito contraordenacional um “*aliud*” que se diferencia qualitativamente do direito criminal³³, de outro modo, Guilherme Catarino destaca que a finalidade punitiva da sanção administrativa, pelo facto de representar “um mal ou medida desfavorável infligida a outrem por uma entidade pública com carácter punitivo”³⁴, se aproxima materialmente da sanção criminal³⁵.

³⁰ Cf. TAIPA DE CARVALHO, 2006: 157.

³¹ Obs. Cit. LEITE, Inês Ferreira – A autonomização do direito sancionatório administrativo, em especial, o direito contraordenacional. In *Regime Geral das Contraordenações e as Contraordenações Administrativas e Fiscais*. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2015. ISBN 978-989-8815-12-5, p.36. Disponível em http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Administrativo_fiscal/Regime_geral_contraordenacoes_contraordenacoes_administrativas_fiscais.pdf

³² Obs. Cit. INÊS FERREIRA LEITE, 2015: 36-37.

³³ Cf. EDUARDO CORREIA, 1973: 16. Da mesma forma, FARIA COSTA, José de – Crimes e contraordenações (Afirmção do princípio do *numerus clausus* na repartição das infracções penais e diferenciação qualitativa entre as duas figuras dogmáticas). *Questões Laborais*. Coimbra Editora. ISSN 0872-8267. Nº17, Ano VIII (2001), p. 8, destaca que “intercede entre crimes e contra-ordenações, não uma mera diferença quantitativa mas antes uma clara separação de qualidade (...) é indubitável que há um *quid* diferenciador”. Neste sentido, salienta PINTO, Frederico de Lacerda da Costa – As garantias do Estado de Direito e a evolução do direito de mera ordenação social. In *SCIENTIA IURIDICA*. Tomo LXVI. Braga: Universidade do Minho, 2017, p. 251: “enquanto o crime assenta num ilícito típico (identificável socialmente e enquadrado pelo tipo), a contra-ordenação corresponde, em regra, a um tipo de ilícito (preordenação normativa dos deveres com tutela sancionatória subsequente)”.

³⁴ Obs. Cit. CATARINO, Luís Guilherme – *Regulação e supervisão dos Mercados de Instrumentos Financeiros: Fundamento e Limites do Governo e Jurisdição das Autoridades Independentes*. Coimbra: Almedina, 2010. ISBN 978-972-40-4143-8, p. 652.

³⁵ Acrescenta o autor, referindo-se à sanção administrativa, que “este *ius puniendi* tem uma carga negativa *intuitu personae* que se pode traduzir num atentado a direitos fundamentais de que as sanções penais serão o

Na verdade, a diferença entre o ilícito de mera ordenação social e o ilícito criminal, foi acentuada no preâmbulo do DL n.º 232/79, de 24 de julho, diploma que instituiu, pela primeira vez, na ordem jurídica portuguesa, o direito de mera ordenação social³⁶, e que salientou que “a necessidade de dotar o nosso país de um adequado «direito de mera ordenação social» vem sendo, de há muito e de muitos lados, assinalada. Tanto no plano da reflexão teórica como no da aplicação prática do direito se sente cada vez mais instante a necessidade de dispor de um ordenamento sancionatório alternativo e diferente do direito criminal”³⁷.

Segundo o disposto no art.165º/1.c) da CRP: “É da exclusiva competência da Assembleia da República legislar sobre as seguintes matérias, salvo autorização ao Governo: (...) c) Definição dos crimes, penas, medidas de segurança e respectivos pressupostos, bem como processo criminal”³⁸. Posto isto, na génese da implementação deste direito, estão razões tão diversas como as enumeradas no preâmbulo do DL n.º 232/79, de 24 de julho e sintetizadas por Manuel Ferreira Antunes, como sejam: restringir a intervenção do direito de mera ordenação social das infrações cujo fundamento moral fosse típico do direito criminal, conceber um direito distinto do direito criminal, razões de política criminal (dado o número massificado de infrações), garantir a eficácia da atividade administrativa, asseverar que o desrespeito dos normativos impostos pelo ilícito não teria a mesma ressonância característica do direito criminal, reservar a intervenção do direito criminal não só para garantir a *tutela dos valores ético-sociais fundamentais*³⁹, mas também para prevenir e retribuir o aumento exponencial da criminalidade violenta, ajustar as sanções aplicadas consoante a natureza e gravidade dos ilícitos, diminuir a distância que desarticulava a ordem jurídica portuguesa do

exponente maior mas não necessariamente o mais grave, pressupõe-se uma posição sobre a existência de todo um direito punitivo público independentemente de discussões ontológicas” (GUILHERME CATARINO, 2010: 652).

³⁶ Cf. MONTEIRO, Fernando Conde – Breves reflexões epistemológicas sobre a delimitação entre o ilícito contraordenacional e o ilícito jurídico-penal em face da ordem jurídica portuguesa. In *SCIENTIA IURIDICA*. Tomo LXVI. Braga: Universidade do Minho, 2017, p. 203-225.

³⁷ *Obs. Cit.* do preâmbulo do Decreto-Lei n.º 232/79, publicado no Diário da República n.º 169/1979, Série I de 1979-07-24.

³⁸ Vide REGO, Lopes do – Alguns problemas constitucionais do direito das contra-ordenações. *Questões Laborais*. Coimbra Editora. ISSN 0872-8267. N.º17, Ano VIII (2001), p. 12.

³⁹ Cf. ANTUNES, Manuel Ferreira – *Contra-Ordenações e Coimas. Anotado e Comentado*. Livraria Petrony – Editores, 2005. ISBN 972-685-107-6, p.13.

direito vigente noutros Estados e o reconhecimento de que podem existir infrações de tal forma danosas e censuráveis que torna impreterível o seu tratamento como crime – o que não significa que se deva descurar o facto do direito criminal tutelar o mínimo ético-social da vida em comunidade⁴⁰.

No entanto, o DL n.º 232/79 de 24 de julho, foi desprovido de eficácia, uma vez que o DL n.º 411-A/79, de 1 de outubro, revogou o art.1.º, números 3 e 4 do DL n.º 232/79 de 24 de julho⁴¹. As razões que serviram de base, foram enumeradas nesse DL n.º 411-A/79, de 1 de outubro, referindo-se que “suscitou problemas vários de aplicação prática, para além de dúvidas sobre a sua constitucionalidade. E isto porque, concebido embora como uma lei-quadro, nele se inseriu uma disposição, a do n.º 3 do artigo 1.º, que contraria essa natureza de lei de enquadramento, ao pretender desde já transformar em contra-ordenações grande número das actuais contravenções e transgressões”⁴², o que implicaria a conseqüente reorganização do funcionamento dos órgãos administrativos (visto que passavam a ter competência para aplicar as sanções previstas nesse diploma, tal como previsto no art.30º do DL n.º 232/79 de 24 de julho), o que não se concretizou.

Deste modo, salienta Figueiredo Dias que esta solução legislativa seria apenas *temporariamente tolerável* e compreensível por parte do legislador, uma vez que este “terá receado os efeitos práticos nocivos que poderiam ligar-se a uma global e automática transformação das contravenções vigentes em contra-ordenações”⁴³, mas tão só, na medida em que se subjugue essa solução legislativa a duas condições, como sejam: “o legislador futuro não deverá criar *nem mais uma* contravenção; qualquer infracção a criar no futuro deverá ser qualificada como verdadeiro crime (e sujeita ao regime jurídico-penal), ou como contra-ordenação (e sujeita ao regime jurídico das contra-ordenações). A segunda condição, não menos importante se bem que de execução mais difícil, é esta: o legislador deve, *desde já*, empreender um estudo sistemático de *todas* as contravenções vigentes e decidir quais

⁴⁰ MANUEL FERREIRA ANTUNES, 2005: 13-14.

⁴¹ Vide MANUEL FERREIRA ANTUNES, 2005: 16.

⁴² DL n.º 411-A/79, publicado no Diário da República n.º 227/1979, 1º Suplemento, Série I de 1979-10-01.

⁴³ *Obs. Cit.* FIGUEIREDO DIAS, 1983: 325 – acrescenta o autor, neste âmbito, que “essa transformação não poderia ser total, pois que na nossa ordem jurídica existem ainda inúmeras contravenções puníveis só, ou também, com penas de prisão e que, por conseguinte, em caso algum poderiam ser convertidas em contra-ordenações”.

delas pode desde logo revogar, quais delas deve transformar em contra-ordenações, e quais delas deve converter em crimes”⁴⁴.

É impreterível relevar que nenhuma destas duas condições foi observada na sua totalidade, principalmente, a segunda condição repercutiu uma inércia incompreensível, por parte do legislador português, até que fosse cumprida⁴⁵. A propósito desta questão, Nuno Brandão, inclusivamente, realçou que “é incompreensível que há mais de 20 anos não haja uma revisão de fundo do Regime Geral das Contra-Ordenações”⁴⁶, acrescentando que essa inércia foi altamente prejudicial para a credibilidade do direito de mera ordenação social, uma vez que apenas em 2006 é que as transgressões e contravenções deixaram de existir através da Lei n° 25/2006 e da Lei n° 30/2006 – que logo nos seus art.1° procedem à sua eliminação⁴⁷.

Como tal, foi necessário proceder às devidas reformulações para que se pudesse implementar o direito de mera ordenação social no ordenamento jurídico português, facto que se realizou, na prática, apenas com a introdução do DL n° 433/82, de 27 de outubro (cuja alteração mais recente foi dada pela Lei n° 109/2001, de 24 de dezembro).

Neste contexto, Alexandra Vilela rejeita a separação entre o direito penal e o direito de mera ordenação social com base na ideia de que este não tem por objetivo sancionar ofensas a bens jurídicos⁴⁸, uma vez que protege alguns bens jurídicos munidos de dignidade penal, ainda que essa proteção seja levada a cabo de forma indireta. Salienta ainda que o direito de mera ordenação social se relaciona com o direito penal secundário, ao invés do direito penal clássico⁴⁹ – no âmbito da proteção de bens jurídicos, refere que “nele cabem também infracções que violam bens jurídico-penais e relativamente aos quais, feita a triagem pela política criminal, se chega à conclusão de que embora sejam condutas que atentam

⁴⁴ *Obs. Cit.* FIGUEIREDO DIAS, 1983: 326.

⁴⁵ *Mais desenvolvimentos*, NUNO BRANDÃO, 2016: 197-198.

⁴⁶ *Obs. Cit.* BRANDÃO, Nuno – Por um sistema contra-ordenacional a diferentes velocidades. In *SCIENTIA IVRIDICA*. Tomo LXVI. Braga: Universidade do Minho, 2017, p. 278.

⁴⁷ *Cf.* SANTOS, Cácia Sofia Andrade dos – Princípio da proibição da *reformatio in pejus* no Direito Sancionatório Contraordenacional. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2017, p. 12.

⁴⁸ ALEXANDRA VILELA, 2013: 193.

⁴⁹ ALEXANDRA VILELA, 2013: 200-201.

contra a dignidade penal, não são, todavia, carentes de pena, por exemplo, porque o ataque ao bem jurídico não é feito de uma forma directa ou imediata, ou porque a conduta ilícita se situa ainda relativamente distante do momento em que se produzirá esse mesmo ataque (...) o ilícito contra-ordenacional trava, ainda que não de forma intensa, com o direito penal clássico ou de justiça, uma ligação (...) o direito de mera ordenação social funciona como uma espécie de antecâmara do direito penal clássico. Apresenta-se como um guarda vigilante dos bens jurídico-penais que àquele, por competência própria, cabe proteger”⁵⁰.

Acresce a este seu entendimento, que se deveriam distinguir dois tipos distintos de infrações no âmbito do direito contraordenacional: um primeiro tipo que tem como suporte as que representam um perigo para a ordem e tranquilidade públicas, assim como, aquelas que se destinam a satisfazer diretamente necessidades coletivas e um segundo tipo em que se incluiriam as infrações que contêm inerentes a si um *juízo de desvalor ético-social* que, embora violem bens jurídicos com dignidade penal, não devam ser incluídas no âmbito do contexto penal⁵¹.

Por sua vez, Figueiredo Dias destaca que deve ser feita uma diferenciação “entre condutas a que, antes e independentemente do desvalor da ilicitude, corresponde, e condutas a que não corresponde um mais amplo desvalor moral, cultural ou social (...) o que no direito das contra-ordenações é axiologicamente neutral não é o ilícito, mas a conduta em si mesma, divorciada da proibição legal – sem prejuízo de, uma vez conexionada com esta, ela passar a constituir substrato idóneo de um desvalor ético-social”⁵².

De forma bastante interessante e pertinente, Nuno Brandão destaca que, para além de ser necessário considerar a massificação existente acerca das infrações de cada sector, de

⁵⁰ ALEXANDRA VILELA, 2013: 305-306.

⁵¹ ALEXANDRA VILELA, 2013: 307.

⁵² *Obs. Cit.* FIGUEIREDO DIAS, 1983: 327-328. *Cf.* igualmente neste contexto FIGUEIREDO DIAS, Jorge De – *Temas Básicos da Doutrina Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. ISBN 972-32-1012-6, p. 146: “o substrato da valoração jurídica não é aqui constituído apenas pela conduta como tal, antes por esta acrescida de um elemento novo: a *proibição legal*. Este substrato complexo é que suporta a valoração da ilicitude; a conduta em si mesma considerada, pelo contrário, considerada independentemente da proibição, não é substrato idóneo do juízo de desvalor próprio da ilicitude”. *Vide também* NUNO BRANDÃO, 2016: 265: “A ilicitude criminal tem uma existência pré-jurídica, pelo que o comando legal não faz mais do que dar-lhe reconhecimento normativo (...) a ilicitude contra-ordenacional não tem existência própria antes da intervenção legal, que se apresenta assim como uma autêntica força criadora de ilicitude”.

modo a delinear a sua estrutura especializada e proceder à sua regulação especial, deve ser feita uma divisão entre os diversos subdomínios contraordenacionais que deve ter em conta a gravidade das sanções aplicáveis, especialmente os limites máximos das coimas abstratamente aplicáveis e as sanções acessórias que poderão ser apenas, ou seja, “infracções de pequena e média gravidade devem ter um tratamento legal distinto do das grandes contra-ordenações”⁵³.

Neste contexto de diferenciação entre o direito contraordenacional e o direito penal, temos que, corroborando com Nuno Brandão, conquanto não seja o cerne da teologia desta exposição, pode ser feita uma distinção ao nível da sanção aplicada, uma vez que o direito contraordenacional é composto “*exclusivamente por sanções não privativas da liberdade*”⁵⁴, o que se traduz numa “*plena autonomia material*”⁵⁵. De facto, as sanções privativas da liberdade, são materialmente díspares das sanções não privativas da liberdade, axioma este irrefutável, visto que “pretender o contrário é desconhecer ou desconsiderar todo o mundo de diferenças substanciais para a pessoa do condenado (...) o sacrifício patrimonial que esta pode envolver nada tem de semelhante em relação ao sacrifício de direitos fundamentais pessoalíssimos que a sanção de prisão necessariamente implica”⁵⁶.

Assim, acrescenta o autor que “as penas criminais contrapõem-se à coima não apenas em função de um distinto grau de gravidade, mas ainda também de uma autêntica *diferença de essência*. O visado pelo processo contra-ordenacional é poupado à angústia do fantasma da privação da liberdade e em geral escapa ao *estigma* que constitui uma marca própria da justiça penal”⁵⁷. Todavia, também admite “uma convergência material entre os factos penais e os factos contra-ordenacionais dignos de pena”⁵⁸, uma vez que, a par das sanções penais,

⁵³ *Obs. Cit.* NUNO BRANDÃO, 2017: 283-284.

⁵⁴ *Obs. Cit.* NUNO BRANDÃO, 2016: 846. Logo, o direito das contraordenações não implica a perda da liberdade individual.

⁵⁵ NUNO BRANDÃO, 2016: 846-847.

⁵⁶ *Obs. Cit.* NUNO BRANDÃO, 2016: 848. O autor refere inclusivamente os danos que poderão advir da execução de uma sanção privativa da liberdade, referindo-se à reputação do indivíduo que inevitavelmente fica beliscada, assim como o seu bom nome, para além da limitação da sua liberdade individual que é consequência destas sanções. Efetivamente, na p.850 da sua obra, destaca que mal o condenado dá entrada no estabelecimento prisional, é submetido a vários procedimentos e “vê escrutinada a sua vida, aí iniciando-se um irreversível processo de *despojamento do seu eu*”.

⁵⁷ *Obs. Cit.* NUNO BRANDÃO, 2016: 852.

⁵⁸ *Obs. Cit.* NUNO BRANDÃO, 2016: 860. Salienta o autor, na obra mencionada, p. 940-941, que “tanto o direito penal, como o direito contra-ordenacional se encontram constitucionalmente habilitados a proteger bens

também as sanções contraordenacionais devem aplicar-se de forma a tutelar bens jurídicos, como tal, encerram em si, uma finalidade de prevenção geral e de prevenção especial, de modo a impedir a prática futura de infrações da mesma natureza e com o intuito de que o condenado se consciencialize e respeite o interesse que se visa proteger pela norma incriminadora e que foi posto em causa pelo próprio⁵⁹.

A evolução feita até ao atual RGCO, foi alicerçada pela ideia de que, tal como refere Frederico de Lacerda da Costa Pinto, “se o princípio da proporcionalidade entre a gravidade do ilícito e a gravidade das sanções cominadas permite inferir que a *norma de sanção* expressa o desvalor do facto previsto na *norma de ilicitude*, a gravidade das sanções no âmbito do Direito de Mera Ordenação Social é um forte indício da perda do carácter bagatelar das contra-ordenações”⁶⁰, para além disso, assistiu-se ao alargamento da sua zona de intervenção e a gravidade das sanções aplicáveis e a complexidade do próprio regime intensificaram-se, por conseguinte, a ideia de que o Direito de Mera Ordenação Social era um direito de bagatelas, deixou de fazer qualquer sentido⁶¹.

Imiscuindo a sua teoria na ideia de Estado de direito, Nuno Brandão concebe o direito contraordenacional como uma “ordem sancionatória que tem como *exclusiva função a tutela de bens jurídicos conformes com o princípio do Estado de direito* (...) não lhe estando portanto vedada a protecção de qualquer bem jurídico em especial. Não há bem jurídico nenhum (...) cuja protecção não possa ser assegurada pelo ilícito de mera ordenação

jurídicos possuidores de um referente constitucional, e por isso considerados bens jurídico-penais, relativamente a factos suficientemente graves para poderem ser qualificados como factos dignos de pena (...) neste contexto, crimes e contra-ordenações possuem um fundamento legitimador positivo comum, o dever estadual de protecção de bens jurídicos constitucionalmente relevantes”.

⁵⁹ NUNO BRANDÃO, 2016: 863-864.

⁶⁰ PINTO, Frederico de Lacerda da Costa – O ilícito de mera ordenação social e a erosão do princípio da subsidiariedade da intervenção penal. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Coimbra Editora. ISSN 0871-8563. Ano 7 (1997), p. 73.

⁶¹ Cf. FREDERICO DA COSTA PINTO, Ano 7 (1997): 95-96. Neste âmbito, em face do exposto, discordamos veementemente de AZEVEDO, Tiago Lopes de – Da Subsidiariedade no Direito das Contra-Ordenações: Problemas, Críticas e Sugestões práticas. 1ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. ISBN 978-972-32-1976-0, p. 189, quando o autor refere que “*de um certo ponto de vista*, o direito das contra-ordenações continua a ser um *direito de bagatelas* (...) pensamos que as “bagatelas” são *outras*, na medida em que não chegam para que o direito criminal entre em acção, por um lado, mas por outro lado, são condutas ilícitas que acabam por lesar o bem-estar social de uma forma mais premente, dando pois origem a sanções mais gravosas (...) não deixam de ser lesões tendencialmente menos graves para a vida em sociedade que as praticadas no âmbito criminal”.

social”⁶², sendo que, o sistema contraordenacional integra diversos comportamentos que “representam ofensas qualificadas a bens jurídico-penais e que só por preconceito podem dizer-se eticamente irrelevantes *per se*”⁶³.

Temos que, corroborando com este entendimento, o ilícito de mera ordenação social, configura atualmente uma forma eficiente e eficaz de garantir a proteção de bens jurídicos individuais, desmistificando o entendimento segundo o qual, o direito penal é o ‘senhor único e indispensável’ para conferir essa mesma proteção, conquanto, em certas e determinadas situações, seja necessário recorrer-lhe, este é um direito de *ultima ratio*⁶⁴, sendo a sua intervenção necessária na medida em que assim seja exigível pelo facto de não existir qualquer outra via de proteção.

Como tal, como salienta Nuno Brandão, “o direito de mera ordenação social *pode* acolher comportamentos possuidores de dignidade penal, mas *também pode* cobrir factos sem dignidade penal. Acção que, todavia, o direito penal *não pode* desenvolver, dada a ameaça para a liberdade que lhe é imanente”⁶⁵.

3. Consequências práticas a retirar do novo regime

A criação do ilícito de mera ordenação social e o seu circunstancialismo foi consequência, tal como releva Miguel Prata Roque, não só do esforço de *descongestionamento dos tribunais criminais* de forma a evitar que sejam sobrecarregados com *bagatelas penais*, mas também da eficiência de recursos e técnicas próprias da administração pública, de modo a combater ilícitos que impliquem questões mais técnicas,

⁶² NUNO BRANDÃO, 2016: 715-716. Como acrescenta o autor, na p. 737, relativamente à intervenção do direito das contraordenações, este atua “*em prol da protecção da vida e da integridade física e saúde das pessoas*”, dedicando parte da sua obra à formulação desta questão.

⁶³ NUNO BRANDÃO, 2016: 826.

⁶⁴ Já referia BELEZA, Teresa Pizarro – *Direito Penal*. 2º volume. AAFDL, p. 330 que “o Direito Penal deve intervir o mínimo possível, pois se não é necessária uma pena ela não deve ser aplicada”.

⁶⁵ *Obs. Cit.* NUNO BRANDÃO, 2016: 854. Acrescenta o autor, na p. 856, que o direito contraordenacional pode abranger “*interesses colectivos de pura ordenação social*”, “*interesses materiais de natureza supra-individual de carácter eminentemente funcional ou sistémico* que pela sua elevada abstracção ou rarefacção não estejam em condições de serem assumidos como bens jurídico-penais” e “*interesses individuais* tidos como merecedores de tutela pública”.

assim como da relevância do princípio da proporcionalidade, para a reserva da intervenção penal em situações que assim o justifiquem⁶⁶.

De facto, de modo a evitar um “**hiper sancionamento** contra-ordenacional, em todos os domínios da acção humana, e, por essa via, o cidadão correr o risco de – por razões de interesse económico das entidades públicas nas receitas provenientes das coimas – ficar *sem o suficiente espaço de liberdade*, de que todo o ser humano carece”⁶⁷, o princípio da proporcionalidade constituiu um pilar fundamental para evitar o desrespeito pelos direitos, liberdades e garantias individuais. E é nessa vertente que o RGCO foi orientado para o “**reforço das garantias** dos arguidos perante o crescente poder sancionatório da Administração”⁶⁸ e prima pelo facto de o direito contraordenacional deixar de ser visto como um direito intrinsecamente ligado ao adjetivo “mera” ordenação social ou até mesmo de *bagatelas*⁶⁹, mas *como um direito sancionatório de tipo penal*⁷⁰ – por essa mesma razão, o legislador optou por manter o direito penal e o direito processual penal como direito subsidiariamente aplicável no contexto contraordenacional (arts. 32º e 41º do RGCO).

Na verdade, este *reforço de garantias* característico do RGCO, foi evidenciado, entre outras razões, tal como salientado por Manuel Ferreira Antunes, através da revisão do regime das sanções acessórias, fazendo depender a sua aplicação com base em pressupostos rigorosos, como a redução dos prazos de prescrição da coima, a necessidade de explicitação dos direitos de audiência e de defesa do arguido, o reforço do dever de fundamentação da decisão administrativa e judicial, o alargamento do prazo para impugnar a decisão

⁶⁶ PRATA ROQUE, Miguel, 2013, “O direito sancionatório público enquanto bissetriz (imperfeita) entre o direito penal e o direito administrativo – a pretexto de alguma jurisprudência constitucional”, Revista de Regulação e Concorrência, Coimbra, ano 4, n.º 14, p. 105-173.

⁶⁷ *Obs. Cit.* MANUEL FERREIRA ANTUNES, 2005: 23 – acrescentando que esta foi uma preocupação do legislador de 1995, que tentou colmatar esta circunstância, através do princípio da proporcionalidade e consequente limitação do poder sancionatório das entidades públicas.

⁶⁸ *Obs. Cit.* MANUEL FERREIRA ANTUNES, 2005: 24.

⁶⁹ Inclusivamente, o DL n.º 244/95, publicado no Diário da República n.º 213/1995, Série I-A de 1995-09-14 refere, logo no seu preâmbulo, que “a par do programa de descriminalização desde então gizado, com a inerente transformação em contra-ordenações de muitas infracções anteriormente qualificadas como contravenções ou como crimes, regista-se um crescente movimento de neopunição, com o alargamento notável das áreas de actividade que agora são objecto de ilícito de mera ordenação social e, do mesmo passo, com a fixação de coimas de montantes muito elevados e a cominação de sanções acessórias especialmente severas. Compreensivelmente, não pode o direito de mera ordenação social continuar a ser olhado como um direito de bagatelas penais”.

⁷⁰ MANUEL FERREIRA ANTUNES, 2005: 24.

administrativa, assim como do prazo para recorrer da decisão judicial, e o estabelecimento da proibição da *reformatio in pejus*⁷¹.

⁷¹ MANUEL FERREIRA ANTUNES, 2005: 24.

CAPÍTULO II – O PROCESSO DE CONTRAORDENAÇÃO E O SEU DESENVOLVIMENTO À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

1. Enquadramento do processo de contraordenação

Por tudo o que foi exposto, torna-se necessário criar um aforismo próprio das contraordenações, que ainda que possa acolher alguma da dogmática penal, não se cinja a uma transcrição de regimes e figuras próprias do direito penal⁷².

Na revisão constitucional de 1982 (através do art.128º/6.d) da Lei Constitucional nº1/82 de 30 de Setembro), as contraordenações passaram a adquirir dignidade constitucional⁷³, dispondo-se no art.165º/1.d) da CRP que “é da exclusiva competência da Assembleia da República legislar sobre as seguintes matérias, salvo autorização ao Governo: (...) d) Regime geral de punição das infracções disciplinares, bem como dos actos ilícitos de mera ordenação social e do respectivo processo”.

Destarte, nos termos do art.1º do RGCO encontramos a definição de contraordenação: “constitui contra-ordenação todo o facto ilícito e censurável que preencha um tipo legal no qual se comine uma coima”.

Exorta-se, neste contexto, que a culpa a que se deve atender é distinta da culpa no contexto jurídico-penal, uma vez que, a censura ética associada ao direito penal, é substituída pela responsabilidade social do arguido⁷⁴. Contudo, temos que, pelo explanado anteriormente, a censura ética associada ao direito penal não se desvincula no domínio do direito contraordenacional – têm de se verificar os pressupostos da tipicidade, ilicitude, culpa e punibilidade, para que tal comportamento seja sancionado com uma coima⁷⁵. Posto isto, nos termos do art.8º do RGCO, o facto é punível se for praticado com dolo ou, em casos

⁷² Cf. FREDERICO DA COSTA PINTO, Ano 7 (1997): 98.

⁷³ FERNANDES, António Joaquim – *Regime Geral das Contra-ordenações (Notas Práticas)*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. ISBN 972-8035-57-8, p. 24.

⁷⁴ JOAQUIM FERNANDES, 2002: 39.

⁷⁵ Também neste sentido, já referia JOAQUIM FERNANDES, 2002: 22-23 – ainda que este autor relacione a culpa apenas limitada à responsabilidade social do autor da infração.

especialmente previstos, com negligência – o que significa que, em regra, a negligência não é punida⁷⁶.

Efetivamente, a determinação da coima está prevista no art.18º do RGCO, que dispõe, no seu número 1, que “a determinação da medida da coima faz-se em função da gravidade da contra-ordenação, da culpa, da situação económica do agente e do benefício económico que este retirou da prática da contra-ordenação”. Deste modo, para que a coima seja aplicada, há que considerar, em simultâneo, estes fatores⁷⁷.

O art.21º do RGCO permite que sejam aplicadas conjuntamente com a coima, sanções acessórias⁷⁸. Desta forma, é impreterível referir que a enumeração prevista no art.21º do RGCO, é uma enumeração taxativa, o que significa que as sanções acessórias são determinadas por lei, tendo em conta a gravidade da infração ou censurabilidade do facto e a culpa (que tem que ver com a censurabilidade do agente), como tal, não são de aplicação automática⁷⁹.

É, de facto, criticável, no seio do processo de contraordenação, que a sanção acessória não seja percebida como uma forma de, *per se*, sustentar o interesse que se visa prosseguir, assim, é necessário destacar, a par de Marcelo Prates, que “a Administração somente pode utilizar a sanção (acessória) que, muita vez, cumpriria por si só o interesse público-administrativo verificado no caso concreto, se infligir previamente uma sanção pecuniária, punindo, de maneira desnecessária e até desproporcional, a mesma infração duas vezes”⁸⁰, facto que, aparentemente se traduz na violação do princípio do *ne bis in idem* previsto no art.29º/5 da CRP, isto é, “ninguém pode ser julgado mais do que uma vez pela prática do mesmo crime”, dado que, a CRP “proíbe rigorosamente o *duplo julgamento* e não

⁷⁶ Neste sentido, PEREIRA, António Beça – *Regime geral das Contra-ordenações e Coimas*. 12ª ed. Coimbra: Almedina, 2018. ISBN 978-972-40-7082-7.

⁷⁷ MENDES, António Jorge Fernandes de Oliveira; CABRAL, José António Henriques dos Santos – *Notas ao Regime Geral das Contra-ordenações e Coimas*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2009. ISBN 978-972-40-3816-2, p. 59: o autor alude à diferença que existe entre a coima e a pena de multa – esta é estabelecida com base no art.47º e 71º do CP, ao invés da coima, cujos fatores de determinação estão dispostos no art.18º do RGCO.

⁷⁸ Cf. RIBEIRO, João Soares – *Sanções Acessórias das Contra-Ordenações Laborais*. In *Direito e Justiça* (Estudos dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier). Volume II. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, 2015. ISBN 978-972-54-0459-1, p. 228: refere que o carácter acessório da sanção se depreende, dado que, não se pode aplicar uma sanção acessória, sem que se tenha aplicado uma coima simultaneamente.

⁷⁹ MANUEL FERREIRA ANTUNES, 2005: 148.

⁸⁰ *Obs. Cit.* MARCELO PRATES, 2005: 154.

a *dupla penalização*, mas é óbvio que a proibição do duplo julgamento pretende evitar tanto a condenação de alguém que já tenha sido definitivamente absolvido pela prática da infração, como a aplicação renovada de sanções jurídico-penais pela prática do «mesmo crime»⁸¹, logo, rigorosamente, não se repercute numa violação do princípio citado, mas definitivamente configura-se como uma penalização excessiva, algo auxese, disfarçada de utópico respeito pela justiça material.

Relativamente às sanções acessórias, destaca Sérgio Passos que para a sua aplicação “deve ser feita uma apreciação casuística pela autoridade administrativa, por meio de um juízo de proporcionalidade e de razoabilidade, devendo ser afastada a sua aplicação no caso de dela resultar uma lesão superior que à que resulta da própria sanção principal da coima aplicada, ou quando se trate de contraordenações praticadas por negligência”⁸². Ora, tendo em conta a gravidade das sanções acessórias e sendo que estas podem por si só cumprir o interesse visado pela sanção, para que seja aplicada uma sanção acessória, devem estar reunidos um conjunto de requisitos para que essa aplicação não viole qualquer preceito constitucional ou não restrinja de forma desproporcionada direitos fundamentais dos arguidos.

Assim, nas palavras de Leones Dantas, o processo de contraordenação “não é uma forma de processo penal, obedece a uma dinâmica própria, que decorre da especificidade do Direito de Mera Ordenação Social e da atribuição às autoridades administrativas dos poderes de impulso processual e sancionatórios típicos deste ilícito”⁸³.

⁸¹ *Obs. Cit.* CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital – *Constituição da República Portuguesa Anotada – Volume I*. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. ISBN 978-972-32-1462-8, p. 497.

⁸² PASSOS, Sérgio – *Contra-ordenações – Anotações ao Regime geral*. 2ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2006. ISBN 972-40-2854-2, p. 161.

⁸³ *Obs. Cit.* DANTAS, António Leones – O Despacho Liminar do Recurso de Impugnação no Processo das Contra-Ordenações. In *Regime Geral das Contraordenações e as Contraordenações Administrativas e Fiscais*. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2015. ISBN 978-989-8815-12-5, p. 12. Disponível em http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Administrativo_fiscal/Regime_geral_contraordenacoes_contraordenacoes_administrativas_fiscais.pdf

2. As Fases do Processo: a desmistificação dos contornos processuais

A estrutura do processo de contraordenação subdivide-se em duas fases distintas: *a fase administrativa/procedimental* e a *fase judicial/processual*⁸⁴. Na verdade, a fase necessária é a fase administrativa, ao invés, a fase judicial é apenas eventual⁸⁵. Na primeira fase, a administração é o interveniente principal do processo, estando a seu cargo o processamento das contraordenações e a aplicação das coimas e sanções acessórias, caso se afigure indispensável (art.33º do RGCO), já na segunda fase, o pêndulo passa para os tribunais⁸⁶.

Segundo o RGCO, é aplicado subsidiariamente o CPP à fase administrativa, portanto “verdadeiramente *não temos um procedimento administrativo, mas um regime do processo penal dividido em duas fases: a fase administrativa e a fase judicial (...)* o que se nos apresenta é *uma fase administrativa com um regime marcadamente processual*”⁸⁷. Neste âmbito, é de salientar que esta solução era aceitável tendo em conta a descriminalização que originou a criação do ilícito de mera ordenação social e dada a afinidade que existia entre o direito penal e o direito de mera ordenação social⁸⁸.

Há quem não considere a fase administrativa do processo de contraordenação como uma fase administrativa propriamente dita, como é o caso de Alexandra Vilela, uma vez que, “embora não judicial, mais se aproxima de um processo penal do que de um procedimento administrativo”⁸⁹, acrescentando que esta é uma fase “organicamente administrativa, porque ela decorre perante uma autoridade administrativa”⁹⁰.

Destaca-se uma particularidade inerente à decisão condenatória proferida pela autoridade administrativa nesta primeira fase, dado que, pode assumir as vestes de decisão final (caso o arguido não a impugne e dessa forma, torna-se a decisão definitiva e produz os

⁸⁴ Designação dada por LICÍNIO LOPES MARTINS, 2016: 616.

⁸⁵ LICÍNIO LOPES MARTINS, 2016: 616.

⁸⁶ Cf. MIGUEL PRATA ROQUE, 2013: 125-126.

⁸⁷ Obs. Cit. LICÍNIO LOPES MARTINS, 2016: 617.

⁸⁸ LICÍNIO LOPES MARTINS, 2016: 617-622; *mais desenvolvimentos*, MARTINS, Licínio Lopes – Âmbito da jurisdição administrativa no Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais revisto. *Cadernos de Justiça Administrativa*. ISSN 0873-6294. Nº 106, 2014, p. 21-25.

⁸⁹ Obs. Cit. ALEXANDRA VILELA, 2013: 380.

⁹⁰ Obs. Cit. ALEXANDRA VILELA, 2013: 383.

devidos efeitos) ou caso o arguido tome a posição de impugnar essa decisão, que é viável nos termos do art.59º/1 do RGCO (“a decisão da autoridade administrativa que aplica uma coima é susceptível de impugnação judicial”), vale o disposto no art.62º/1 do RGCO: “recebido o recurso, e no prazo de cinco dias, deve a autoridade administrativa enviar os autos ao Ministério Público, que os tornará presentes ao juiz, valendo este acto como acusação”⁹¹.

A impugnação judicial da decisão administrativa teria sempre de ser exequível num Estado de direito em que o art.20º/1 da CRP dispõe que “a todos é assegurado o acesso ao Direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos”. Por conseguinte, no âmbito das contraordenações, há a possibilidade de um controlo judicial, ainda que a primeira palavra não caiba aos tribunais – uma vez que, neste caso, é da competência das autoridades administrativas – no seio da eventual impugnação da decisão administrativa, cabe-lhes sempre a última palavra⁹².

Poderia questionar-se se o facto da fase administrativa ser conduzida pela autoridade administrativa e concluída com a decisão condenatória proferida pela mesma, se não estará em causa o princípio da separação de poderes, uma vez que a realidade do nosso ordenamento jurídico, é a de que a condenação é feita por uma autoridade devidamente munida com as características da independência e imparcialidade. Na verdade, este princípio comporta uma dimensão negativa (“a separação como «divisão», «controlo» e «limite» do poder”⁹³) e uma dimensão positiva (“a separação como constitucionalização, ordenação e organização do poder do Estado tendente a decisões funcionalmente eficazes e materialmente justas”⁹⁴), sendo que, tal como ensina Gomes Canotilho, “a sobreposição das linhas divisórias de funções não justifica, por si só, que se fale de «rupturas de divisão de poderes». Estas rupturas ou *desvios do princípio da divisão de poderes* só são, porém,

⁹¹ PINTO, Frederico de Lacerda da Costa – Direito de Audição e Direito de Defesa em Processo de Contraordenação: Conteúdo, Alcance e Conformidade Constitucional. *Ciência Criminal*. Coimbra Editora. ISSN 0871-8563. ANO 23, Nº1, (2013), p. 75.

⁹² Cf. FIGUEIREDO DIAS, 2001: 153.

⁹³ CANOTILHO, J. J. Gomes – *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003. ISBN 978-972-40-2106-5, p. 250.

⁹⁴ GOMES CANOTILHO, 2003: 250.

legítimos se e na medida em que não interfiram com o núcleo essencial da ordenação constitucional de poderes”⁹⁵, deste modo, e pelo disposto no art.165º/1.d) da CRP, é legítimo que a separação de competências seja feita desta forma e que a fase administrativa do processo contraordenacional, tenha como entidade primeira do processo a autoridade administrativa (salvo as devidas exceções do art.38º do RGCO).

Para além disso, para que não seja questionada a imparcialidade das autoridades administrativas na fase administrativa do processo contraordenacional, evidenciamos, a par de Miguel Prata Roque, que os órgãos e agentes administrativos estão vinculados a princípios gerais, no exercício das suas funções, entre eles, o princípio da imparcialidade (tal como consta do art.266º/2 da CRP e do art.9º do CPA)⁹⁶.

Temos que, a par do entendimento de Taipa de Carvalho, a possibilidade que se traduz na impugnação judicial das decisões das autoridades administrativas é perfeitamente aceitável, uma vez que, as coimas podem atingir valores exorbitantes e inclusivamente as sanções acessórias que podem porventura ser aplicadas, traduzem-se, as mais das vezes, numa grave afetação de direitos fundamentais dos cidadãos, por outro lado, as autoridades administrativas, conquanto estejam vinculadas ao princípio da legalidade no que concerne às suas decisões, falta-lhes o estatuto de independência que é característico da função judicial⁹⁷.

Esta impugnação suscita interesses de variadíssima ordem, uma vez que não há um consenso quanto à jurisdição competente, ainda que o RGCO remeta para a aplicação subsidiária do CP e CPP (artigos 32º e 41º do RGCO).

Segundo o art.32º do RGCO, aplicam-se subsidiariamente as normas do Código Penal, no que concerne à fixação do regime substantivo das contraordenações. Como tal, Manuel Ferreira Antunes salienta que o legislador pretendeu afastar o direito administrativo como direito subsidiário, de forma a que se distanciasse o direito das contraordenações da imagem para que este propendia inicialmente (de que não seria nada mais que um mero

⁹⁵ *Obs. Cit.* GOMES CANOTILHO, 2003: 252.

⁹⁶ *Cf.* MIGUEL PRATA ROQUE, 2013: 150.

⁹⁷ TAIPA DE CARVALHO, 2006: 167.

direito penal de bagatelas), fazendo com que este não se confunda com o direito penal administrativo⁹⁸.

A par do art.32º do RGCO, há que salientar o art.41º do RGCO, que estabelece, no seu número 1, que “sempre que o contrário não resulte deste diploma, são aplicáveis, devidamente adaptados, os preceitos reguladores do processo criminal”, acrescentando no seu número 2 que “no processo de aplicação da coima e das sanções acessórias, as autoridades administrativas gozam dos mesmos direitos e estão submetidas aos mesmos deveres das entidades competentes para o processo criminal, sempre que o contrário não resulte do presente diploma”. Deste modo, o legislador estabeleceu que seria subsidiariamente aplicável o CPP, deixando bem clara a sua pretensão, ou seja, afastar a aplicação subsidiária do direito administrativo⁹⁹.

É impreterível referir que esta subsidiariedade do CPP, deve obedecer a três características, enunciadas por Frederico de Lacerda da Costa Pinto, tais como: a necessidade, a adequação e por vezes, até a adaptação – o que significa que o aplicador do direito deverá determinar se é necessário e admissível recorrer ao Direito Processual Penal e caso estejam preenchidos esses requisitos, há que determinar se as normas do CPP se aplicam literalmente ou se se deve fazer uma adaptação tendo em conta o processo em causa¹⁰⁰.

Neste contexto, sublinha Guilherme Catarino, que “a jurisdição “naturalmente” competente seria a administrativa (...) correspondendo a solução actual (tribunais comuns) a uma solução de *compromisso*”¹⁰¹, acrescentando que é uma tendência que reflete a intervenção mínima do direito penal. Também neste sentido, Luís Alves entende que “os preceitos reguladores do direito substantivo ou processual penal deverão ser subsidiariamente aplicados ao procedimento contraordenacional, estritamente em matéria garantística própria do Direito Penal (...) nas demais matérias não reguladas no RGCO, seja organizativa, substantiva ou procedimental, as normas penais não deverão ser subsidiariamente aplicadas ao procedimento contraordenacional, salvo quando as normas

⁹⁸ MANUEL FERREIRA ANTUNES, 2005: 200-201.

⁹⁹ Cf. MANUEL FERREIRA ANTUNES, 2005: 239-240.

¹⁰⁰ FREDERICO DA COSTA PINTO, 2013: 81.

¹⁰¹ *Obs. Cit.* GUILHERME CATARINO, 2010: 578.

procedimentais do CPA sejam menos protetoras do arguido, e se trate de matéria que concretize preceitos constitucionais”¹⁰². Corroborando com este entendimento, salienta-se o acórdão do TR do Porto, processo nº 0210733 de 8 de janeiro de 2003, ao referir que “a fase administrativa do processo de contra-ordenação é tributária do próprio processo administrativo e deve reger-se pelos seus princípios fundamentais”.

Segundo Miguel Prata Roque, a opção pelos tribunais judiciais neste âmbito contraordenacional, deve-se a três razões essenciais, como sejam: “i) escassez e falta de disseminação territorial dos tribunais administrativos; ii) um maior grau de especialização sobre as matérias substantivas que enformam a situação sancionatória, pelos tribunais judiciais; iii) cultura mais garantística dos tribunais criminais e tradição jurisprudencial de ponderação acerca dos direitos fundamentais em processos sancionatórios de natureza penal”¹⁰³. Naturalmente, com a evolução dos tempos, afigura-se-nos ultrapassada esta conjectura, uma vez que os tribunais administrativos são em maior número e mais especializados e demonstram ser os mais capazes para resolver litígios de direito contraordenacional¹⁰⁴.

Ao invés, o acórdão do TCAS, processo nº 03497/08 de 24 de abril de 2008, refere que está excluída a aplicação subsidiária do CPA à fase administrativa do processo de contraordenação, porque tal como é salientado no acórdão: “embora o procedimento das contra-ordenações integre, na sua fase administrativa, uma actuação materialmente administrativa, **esta forma de actuar sempre obedeceu a um procedimento próprio de natureza sancionatória, moldado a partir do processo penal, que é expressamente assumido como direito subsidiário (...)** uma fase de um processo que tem como direito subsidiário, na sua globalidade, o processo penal”¹⁰⁵.

Também Nuno Brandão entende que faz todo o sentido que sejam os tribunais judiciais os competentes para apreciar estas impugnações, uma vez que “se uma parte muito substancial dos ilícitos contra-ordenacionais nada tem materialmente que ver com a

¹⁰² *Obs. Cit.* ALVES, Luís – *O Regime Jurídico do «Licenciamento Zero»*. Coimbra: Almedina, 2012. ISBN 978-972-40-4762-1, p. 82.

¹⁰³ *Obs. Cit.* MIGUEL PRATA ROQUE, 2013: 137.

¹⁰⁴ MIGUEL PRATA ROQUE, 2013: 138-139.

¹⁰⁵ Negrito evidenciado pelo acórdão.

ordem jurídico-administrativa, não se relaciona com a actividade administrativa senão na medida em que à administração são conferidos poderes de fiscalização ou de supervisão e não se move no contexto de uma relação jurídico-administrativa, não se vê por que razão deveriam, em princípio, ser os tribunais administrativos os competentes para apreciar tais impugnações”¹⁰⁶, acrescenta que seria desejável que determinadas áreas do âmbito administrativo ficassem a cargo dos TAF, mas para isso seria necessário apostar na especialização dos tribunais de acordo com as matérias contraordenacionais a que aludem essas impugnações. Neste contexto, salienta ainda o facto de que quando estão em causa grandes contraordenações, deveria ser atribuída competência aos tribunais judiciais, pois vê-los como mais capazes para decidir nestas matérias, contudo, hodiernamente, com a especialização cada vez mais em voga dos tribunais administrativos, não se justifica que assim o seja, até para dar azo a uma das primordiais razões de ordem, que era o descongestionamento dos tribunais judiciais¹⁰⁷.

Destarte, de forma a reconhecer qual a jurisdição competente neste contexto, assume extrema relevância o art.20º da CRP, cuja epígrafe diz respeito ao acesso ao Direito e à tutela jurisdicional efetiva, articulado ainda com o art.268º/4 da CRP e com o art.2º/1 e 2 do CPTA. Inclusivamente, Vieira de Andrade realça que a tutela jurisdicional efetiva é garantida através da plena jurisdição do tribunal que se traduzirá na prolação de decisões justas, cuja eficácia seja irrefutável e conducentes a proteger os direitos que estejam envolvidos¹⁰⁸.

Efetivamente, a questão controversa que se prende com o facto de saber qual a jurisdição competente no âmbito contraordenacional, subsiste porque o regime subsidiariamente aplicável ao RGCO, é o regime do CPP e do CP, o que, tal como referido anteriormente, tradicionalmente se afigurava como a melhor solução, no entanto, a evolução da sociedade, acarreta também uma evolução do direito e como tal, tendo em conta que a jurisdição administrativa se configura como eficiente e eficaz na resolução de litígios contraordenacionais, não se compreende a razão pela qual não se possa aplicar subsidiariamente o regime do CPA.

¹⁰⁶ *Obs. Cit.* NUNO BRANDÃO, 2016: 868-869.

¹⁰⁷ *Cf.* NUNO BRANDÃO, 2017: 286-288.

¹⁰⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira de – *A Justiça Administrativa (Lições)*.15ª ed. Coimbra: Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-6731-5, p. 149-151.

Consequentemente, evidencia-se o facto de que é inevitável não recorrer ao regime do CPA, e a razão é-nos dada pelo art.34º do RGCO ao prever, no número 1, que “a competência em razão da matéria pertencerá às autoridades determinadas pela lei que prevê e sanciona as contra-ordenações”, no número 2, ao referir que “no silêncio da lei serão competentes os serviços designados pelo membro do Governo responsável pela tutela dos interesses que a contra-ordenação visa defender ou promover” e particularmente, no número 3, ao mencionar que “os dirigentes dos serviços aos quais tenha sido atribuída a competência a que se refere o número anterior podem **delegá-la, nos termos gerais**¹⁰⁹, nos dirigentes de grau hierarquicamente inferior”. Ora, quando o preceito supramencionado se refere, no número 3, à expressão “nos termos gerais”, querendo-se referir à delegação, o que é facto, é que se houver quaisquer circunstâncias perturbadoras dessa mesma delegação, essas circunstâncias terão que ser apreciadas pelo CPA, que é o “Código Geral da actividade administrativa”^{110, 111}.

3. Um processo embrionariamente vinculado a princípios constitucionais

Os alicerces teóricos do processo contraordenacional ajuizaram-no como um processo célere e tendencialmente simplificado, mas será que estas características não comprometem alguns princípios fulcrais¹¹²?

3.1. Transposição de princípios do direito penal para o domínio contraordenacional

Temos que, a par do entendimento de Nuno Brandão, ao domínio contraordenacional podem ser transpostos alguns princípios do âmbito penal, como sejam: o princípio da

¹⁰⁹ Evidenciado a negrito pela implicância prática que advém da expressão “nos termos gerais”.

¹¹⁰ *Expressão utilizada por* LICÍNIO LOPES MARTINS, 2016: 619.

¹¹¹ *Cf.* MARTINS, Licínio Lopes – O procedimento administrativo contraordenacional. In *Contraordenações nos Tribunais Administrativos*. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2019. ISBN 978-972-9122-98-9. Disponível em http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Administrativo_fiscal/eb_ContraTribAdm2019.pdf

¹¹² *Cf.* DIAS, Augusto Silva – *Direito das Contra-Ordenações*. Coimbra: Almedina, 2018. ISBN 978-972-40-7342-2, p. 185.

legalidade criminal (nas vertentes da lei escrita, prévia, certa e estrita¹¹³ – art.29º/1, 3 e 4 da CRP), o princípio da aplicação retroativa das leis penais de conteúdo mais favorável (art.29º/4, parte final, da CRP e artigos 3º/2 e 5º do RGCO), o princípio do *ne bis in idem* (art.29º/5 da CRP), o princípio da proibição de penas de duração ilimitada (art.30º/1 da CRP), o princípio da intransmissibilidade da responsabilidade penal (art.30º/3 da CRP), o princípio da proibição de efeitos automáticos das penas (art.30º/4 da CRP) e o princípio da culpa¹¹⁴.

Destaca-se o princípio da culpa, tal como refere o autor, que é inerente ao Estado de direito e aos ideais de justiça, de segurança jurídica e até de dignidade das pessoas. Efetivamente, estes são-lhe conaturais, uma vez que, quando o Estado se propõe punir alguém, não o pode fazer de forma imprudente ou sem que se observem certas condições que se consubstanciem na condenação propriamente dita e neste sentido, a culpa é um dos elementos relevantes que se deve verificar¹¹⁵. De facto, o princípio da culpa, está relacionado com o princípio da intransmissibilidade da responsabilidade penal, plasmado no art.30º/3 da CRP, dado que a aplicação da sanção e a respetiva execução, só podem ser sofridas por quem cometeu a contraordenação¹¹⁶. Não nos parece que neste âmbito se possa conceber outro entendimento, pois não se compreende que o Estado possa repreender e censurar alguém, sem que haja motivo legítimo para tal, que recaia sobre essa pessoa¹¹⁷.

Não só no que respeita ao princípio da culpa, mas também no que concerne ao princípio da proibição de transmissão da responsabilidade, refere-se no acórdão do TC nº 201/2014 que “os sujeitos ficam apenas responsáveis pelo pagamento da coima, não lhes sendo transmitida a autoria do ilícito contraordenacional em si mesma considerada”¹¹⁸, como tal, circunda o entendimento segundo o qual, a par de Figueiredo Dias, a *culpa* no contexto jurídico penal é diferente no contexto contraordenacional, consequentemente, estes

¹¹³ *Mais desenvolvimentos*, AUGUSTO SILVA DIAS, 2018: 67-78.

¹¹⁴ Neste sentido, defende NUNO BRANDÃO, 2016: 883-884. Efetivamente, o autor entende que a aplicação destes princípios ao âmbito contraordenacional, ainda que possa ser condicionada por entendimentos diversos dos que aqui se propugnam, apresenta-se-nos como uma demonstração da proximidade material existente entre o direito penal e o direito de mera ordenação social.

¹¹⁵ *Cf.* NUNO BRANDÃO, 2016: 913.

¹¹⁶ *Vide* NUNO BRANDÃO, 2016: 915-917.

¹¹⁷ Também neste sentido, NUNO BRANDÃO, 2016: 933.

¹¹⁸ Acórdão do TC nº 201/2014, publicado no Diário da República n.º 68/2014, Série II de 2014-04-07.

princípios não são transponíveis para o direito contraordenacional. No entanto, pelo que foi exposto, este raciocínio não é aceitável, na medida em que para além do conceito de *culpa*, não ser entendido desta forma, o que é pretendido com a coima é censurar quem cometeu a infração. Logo, não é concebível, no Estado de direito como é o nosso, estar a responsabilizar alguém que não cometeu uma infração e sujeitá-lo ao pagamento de uma coima que o indivíduo não cometeu, fazendo com que impenda sobre o mesmo, os custos e todos os prejuízos associados a esse pagamento.

3.2. A pertinência do princípio da proporcionalidade

Neste âmbito, assume extrema relevância o princípio da proporcionalidade, consagrado no art.18º/2 da CRP e aludido também nos artigos 19º/4 e 266º/2 da CRP. De facto, tal como é destacado por Gomes Canotilho, este princípio começou por tentar dar resposta à delimitação do poder executivo, de forma a impedir restrições administrativas desnecessárias – este princípio da proporcionalidade em sentido amplo ou princípio da proibição de excesso, ressalta a ideia de razoabilidade, uma vez que o juiz tenta avaliar o caso concreto à luz de um comportamento considerado como razoável, tendo em conta toda a situação envolvente e as diferentes dimensões que poderiam emergir naquele contexto¹¹⁹. Posto isto, este princípio é compreendido como um “*princípio de controlo exercido pelos tribunais sobre a adequação dos meios administrativos (sobretudo coactivos) à prossecução do escopo e ao balanceamento concreto dos direitos ou interesses em conflito*”¹²⁰.

Relativamente à estrutura deste princípio e à forma como é admitido no nosso ordenamento jurídico, há que destacar três subprincípios que o constituem, como sejam: o *princípio da conformidade ou adequação de meios* (a medida a adotar deve ser adequada a à prossecução do fim visado, tendo em conta o interesse público), o *princípio da exigibilidade ou da necessidade* (a medida que se mostra como necessária para a prossecução do fim pretendido, deve ser a menos onerosa para o cidadão, o que significa

¹¹⁹ GOMES CANOTILHO, 2003: 266-267.

¹²⁰ *Obs. Cit.* GOMES CANOTILHO, 2003: 268.

que o cidadão tem o “*direito à menor desvantagem possível*”¹²¹) e o *princípio da proporcionalidade em sentido restrito* (concluindo que a medida é adequada e necessária para prosseguir um determinado fim, deve questionar-se se o resultado que se propõe obter é ou não proporcional ao ‘fardo penalizador’ que lhe é inerente, isto é, deve ser feito um juízo de ponderação entre aquelas que são as desvantagens que os meios acarretam e a vantagem que se pretende atingir com aquele fim que é proposto)¹²².

3.3. O princípio da legalidade e da oficialidade concernentes ao direito contraordenacional

Um dos princípios mais importantes no que concerne ao processo contraordenacional é o princípio da legalidade, estipulado nos artigos 2º e 43º do RGCO, em que se refere que “só será punido como contra-ordenação o facto descrito e declarado passível de coima por lei anterior ao momento da sua prática” e que “o processo das contra-ordenações obedecerá ao princípio da legalidade”.

De facto, para a densificação do princípio da legalidade, deve recorrer-se ao art.3º/1 do CPA, que dispõe que “os órgãos da Administração Pública devem atuar em obediência à lei e ao direito, dentro dos limites dos poderes que lhes forem conferidos e em conformidade com os respetivos fins”.

Posto isto, da articulação do art.43º com o art.54º do RGCO, resulta que, perante a ocorrência de uma infração, a autoridade administrativa competente tem o dever de instaurar e prosseguir o procedimento sancionatório e, se for caso disso, aplicar uma sanção¹²³.

Daqui conclui-se que, tal como salienta Pinto de Albuquerque, no processo contraordenacional vigora também o princípio da oficialidade, que obtém destaque nos

¹²¹ Expressão que pertence a GOMES CANOTILHO, 2003: 270. O autor destaca, na pág. 270 da obra citada, que a doutrina tenta acrescentar outros elementos que facilitem a abordagem prática do princípio, tais como: “a) a *exigibilidade material*, pois o meio deve ser o mais «poupado» possível quanto à limitação dos direitos fundamentais; b) a *exigibilidade espacial* aponta para a necessidade de limitar o âmbito da intervenção; c) a *exigibilidade temporal* pressupõe a rigorosa delimitação no tempo da medida coactiva do poder público; d) a *exigibilidade pessoal* significa que a medida se deve limitar à pessoa ou pessoas cujos interesses devem ser sacrificados”.

¹²² Este raciocínio é retirado dos ensinamentos de GOMES CANOTILHO, 2003: 269-270.

¹²³ Cf. LICÍNIO LOPES MARTINS, 2016: 621.

artigos 48º e 54º do RGCO¹²⁴, referindo-se neste que é à autoridade administrativa que cabe a investigação e instrução do processo. Admite-se, no entanto, no art.51º/1 do RGCO que “quando a reduzida gravidade da infracção e da culpa do agente o justifique, pode a entidade competente limitar-se a proferir uma admoestação”.

Há que salientar que a regra é a da competência das autoridades administrativas, tal como disposto pelo art.33º do RGCO, mas há uma exceção¹²⁵ a este artigo, plasmada no art.38º do RGCO, em que se dispõe no nº1 que “quando se verificar concurso de crime e contra-ordenação, ou quando, pelo mesmo facto, uma pessoa deva responder a título de crime e outra a título de contra-ordenação, o processamento da contra-ordenação cabe às autoridades competentes para o processo criminal”.

Evidenciamos o facto de que, tal como refere Gomes Canotilho, “o homem necessita de *segurança* para conduzir, planificar e conformar autónoma e responsabilmente a sua vida (...) desde cedo se consideram os princípios da *segurança jurídica* e da *protecção da confiança* como elementos constitutivos do Estado de direito”¹²⁶. Parafrazeando o autor, o princípio geral da segurança jurídica em sentido amplo, abarcando também o âmbito de protecção da confiança, é bastante relevante neste sentido, dado que o indivíduo tem o direito de poder confiar que os seus atos têm determinadas consequências jurídicas que estão devidamente profetizadas e prescritas no ordenamento jurídico português, o que se compreende porque, por um lado, exige-se a “fiabilidade, clareza, racionalidade e transparência dos actos do poder”¹²⁷ e por outro lado, garante-se que o cidadão tenha a devida consciência de que os seus atos acarretam consequências variadas.

¹²⁴ ALBUQUERQUE, Paulo Sérgio Pinto de – *Comentário do regime geral das contra-ordenações: à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011. ISBN 978-972-54-0246-7, p. 145.

¹²⁵ Também comporta uma exceção ao art.33º do RGCO, o regime do CdVM, particularmente, os artigos 360º/1.e), 408º e 420º. Tal como salienta MARTINS, Licínio Lopes – O procedimento administrativo contraordenacional. In *Contraordenações nos Tribunais Administrativos*. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2019. ISBN 978-972-9122-98-9. Disponível em http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Administrativo_fiscal/eb_ContraTribAdm2019.pdf

¹²⁶ *Obs. Cit.* GOMES CANOTILHO, 2003: 257.

¹²⁷ *Obs. Cit.* GOMES CANOTILHO, 2003: 257.

3.4. O princípio da presunção de inocência como componente de uma realidade contraordenacional

Afigura-se-nos necessário salientar o princípio da presunção de inocência presente no art.32º/2 da CRP: “Todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa”.

Neste âmbito, tal como ensina Gomes Canotilho, surge articulado com o princípio *in dubio pro reu* e refere que “além de ser uma garantia subjectiva, o princípio é também uma imposição dirigida ao juiz no sentido de este se pronunciar de forma favorável ao réu, quando não tiver certeza sobre os factos decisivos para a solução em causa (...) considera-se também associado ao princípio *nulla poena sine culpa*, pois o princípio da culpa é violado se, não estando o juiz convencido sobre a existência dos pressupostos de facto, ele pronuncia uma sentença de condenação”¹²⁸.

Logo, tal como destaca Alexandra Vilela, “uma vez chegados a julgamento, se se concluir que existe uma dúvida razoável quanto aos factos pelos quais o arguido vem acusado e quanto à culpa, a sua absolvição aparece como a única atitude legítima a adoptar”¹²⁹.

Também Jorge Miranda e Rui Medeiros se debruçaram sobre esta temática e destacam que este é um princípio que deve ser entendido como *um ato de fé no valor ético da pessoa*¹³⁰, ainda que, intrinsecamente na sociedade esteja presente a ideia de que quem é alvo de um qualquer processo, tenderá a ser culpado, esta é uma salvaguarda imprescindível para o arguido no que toca às suas garantias de defesa, próprias de um Estado de direito democrático, para além disso, a própria questão de celeridade, prevista no art.32º/2 da CRP

¹²⁸ *Obs. Cit.* GOMES CANOTILHO; VITAL MOREIRA, 2007: 519.

¹²⁹ *Obs. Cit.* VILELA, Alexandra – *Considerações Acerca da Presunção de Inocência em Direito Processual Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. ISBN 972-32-0946-2, p. 121. Também neste sentido, ANTUNES, Maria João – *Direito Processual Penal*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2019. ISBN 978-972-40-7350-7, p. 180: “a dúvida que fique aquém da *razoável* deverá ser valorada de forma favorável ao arguido, tanto mais que este se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação”.

¹³⁰ MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui – *Constituição Portuguesa Anotada – Volume I*. 2ª ed. Universidade Católica: Almedina, 2017. ISBN 9789-72-540-5413, p. 524.

(“no mais curto prazo”), é referida no interesse do arguido, para que este não sofra danos irreparáveis na sua vida, à conta da instauração de um processo¹³¹.

Como tal, este é um dos princípios essenciais do nosso ordenamento jurídico e a sua existência é fruto da evolução do direito e da própria sociedade e permite que os indivíduos fiquem salvaguardados de uma condenação sem fundamentos probatórios, configurando-se, nas palavras de Germano Marques da Silva, como um “verdadeiro princípio de prova, directamente vinculativo de todas as autoridades”¹³².

3.5. Os míticos contornos do *nemo tenetur se ipsum accusare* no âmbito contraordenacional

Também assume relevância neste contexto do processo de contraordenação, o “direito à não auto-inculpação (*nemo tenetur se ipsum accusare*)”¹³³. De facto, a CRP não consagra explicitamente, mas antes implicitamente, este *direito à não auto-inculpação*, que surge na vertente do direito ao silêncio, consagrado no CPP nos artigos 61º/1.d), 132º/2, 141º/4.a) e 343º/1¹³⁴. Assim, há que discernir entre o *direito à não auto-incriminação* e o *direito à não auto-inculpação*, sendo que, aquele significa o direito a não colaborar na própria qualificação como autor de um crime, enquanto este, entende-se como um direito estendível ao direito das contraordenações¹³⁵.

Neste âmbito, o princípio não impede que sejam prestadas declarações, caso seja essa a vontade do indivíduo, o que se proíbe é que este seja forçosamente compelido a prestar declarações que o incriminem¹³⁶. Como tal, o douto acórdão do TC nº 181/2005, destaca que

¹³¹ JORGE MIRANDA; RUI MEDEIROS, 2017: 527.

¹³² *Obs. Cit.* SILVA, Germano Marques da – *Curso de Processo Penal*. 5ª ed (Volume II). Lisboa: Babel, 2011. ISBN 978-972-22-3043-8, p. 151.

¹³³ DIAS, Augusto Silva; RAMOS, Vânia Costa – *O Direito à não auto-inculpação (Nemo tenetur se ipsum accusare) no processo penal e contra-ordenacional português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. ISBN 978-972-32-1718-6, p. 9-37.

¹³⁴ *Cf.* AUGUSTO SILVA DIAS; VÂNIA COSTA RAMOS, 2009: 14.

¹³⁵ *Cf.* AUGUSTO SILVA DIAS; VÂNIA COSTA RAMOS, 2009: 19.

¹³⁶ *Cf.* BRANDÃO, Nuno – O direito à não autoinculpação no processo contraordenacional (e o dever de cooperação no procedimento de inspeção). In *Contraordenações Tributárias*. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2016. ISBN 978-989-8815-42-2. Disponível em http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Administrativo_fiscal/eb_contraordenacoes_t_2016.pdf

“quanto à liberdade de declaração do arguido, ela é analisada pela doutrina numa dupla dimensão, positiva e negativa. Pela positiva, abre ao arguido o mais irrestrito direito de intervenção e declaração em abono da sua defesa, e, pela negativa, a liberdade de declaração do arguido veda todas as tentativas de obtenção, por meios enganosos ou por coacção, de declarações auto-incriminatórias. A vertente negativa (*nemo tenetur se ipsum accusare*) assume particular relevância em matéria de proibições de prova, não podendo o arguido ser fraudulentamente induzido ou coagido a contribuir para a sua incriminação”¹³⁷.

Na verdade, destaca-se que conquanto o direito à não autoincriminação e o direito ao silêncio não tenham exatamente o mesmo conteúdo, estão relacionados, uma vez que “não lhe sendo reconhecido o direito a manter-se em silêncio, o arguido seria obrigado a pronunciar-se revelando informações que o podem eventualmente prejudicar na medida em que contribuem para a sua condenação”¹³⁸, transpondo-se esta ideia também para o direito de mera ordenação social, de forma a que o visado não se sinta como um meio de produção de prova.

Deste modo, salienta Costa Andrade que este é “um direito em relação ao qual o legislador quis deliberadamente prevenir a possibilidade de se converter num indesejável e perverso *privilegium odiosum*, proibindo a sua valoração contra o arguido”¹³⁹. Conquanto o cerne do princípio do *nemo tenetur* tenha como núcleo essencial o direito ao silêncio, não se restringe apenas a este, abrange também outras formas de colaboração probatória possivelmente levadas a cabo pelo arguido¹⁴⁰.

¹³⁷ Acórdão do TC n.º 181/2005, publicado no Diário da República n.º 92/2005, Série II de 2005-05-12, citado pelo Acórdão do TC n.º 155/2007, publicado no Diário da República n.º 70/2007, Série II de 2007-04-10 e baseado na obra de COSTA ANDRADE, Manuel da – *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*. 1ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. ISBN 978-972-32-2196-1, p. 120 e 121. O acórdão do TC n.º 155/2007, evidenciou ainda o caso *SAUNDERS v. UNITED KINGDOM* apreciado pelo TEDH, numa sentença proferida a 17 de dezembro de 1996, em que se aferiu que o cerne do princípio do *nemo tenetur* engloba o respeito pela vontade do indivíduo em permanecer calado, mas não está incluído no seu âmbito, a utilização de meios coercivos de forma a obter certos elementos que existam independentemente da sua vontade, como é o exemplo da utilização de sangue ou urina ou até mesmo de tecidos corporais com o intuito de realização de análises de ADN (p. 19-20).

¹³⁸ *Obs. Cit.* FIGUEIREDO DIAS, Jorge De; COSTA ANDRADE, Manuel da; COSTA PINTO, Frederico De Lacerda da – *Supervisão, Direito ao Silêncio e Legalidade da Prova*. Coimbra: Almedina, 2009. ISBN 978-972-40-3763-9, p. 38.

¹³⁹ *Obs. Cit.* COSTA ANDRADE, 2013: 126.

¹⁴⁰ *Cf.* BRANDÃO, Nuno – O direito à não autoinculpação no processo contraordenacional (e o dever de cooperação no procedimento de inspeção). In *Contraordenações Tributárias*. Lisboa: Centro de Estudos

Efetivamente, tal como é salientado por Sandra Oliveira e Silva, o entendimento dominante nesta matéria, defende que “a liberdade contra a autoincriminação exprime o direito que assiste à pessoa acusada de se recusar a colaborar *ativamente* na sua própria perseguição criminal – seja declarando contra si mesmo, seja realizando algum outro tipo de atividade que contribua para a investigação e comprovação do crime imputado (...) atribui ao privilégio contra a autoincriminação o sentido de um «direito à passividade»”¹⁴¹.

Assim, segundo Augusto Silva Dias e Vânia Costa Ramos, é exequível aplicar o *nemo tenetur* a todo o direito sancionatório, tanto ao direito penal como ao direito de mera ordenação social¹⁴² e desta forma evidenciam, quanto ao âmbito de validade temporal do princípio, que este pode vigorar antes da constituição como arguido, enquanto o indivíduo seja considerado suspeito, podendo, inclusivamente, funcionar como um fator de constituição de arguido (art.59º/1 e 2 do CPP)¹⁴³.

A este propósito, destaca-se o acórdão do TC nº 461/2011 em que foi discutido o âmbito de aplicação do princípio no domínio das contraordenações, em que o arguido, no seio de um processo de contraordenação, foi obrigado a revelar, “com verdade e de forma completa, sob pena de coima, determinadas informações e documentos à Autoridade da Concorrência”¹⁴⁴. Deste modo, questiona-se a constitucionalidade desta forma de proceder e se, porventura, não estaria em causa o direito fundamental à não autoincriminação, tendo em conta que, tal como alegou o MP, “o reconhecimento dos direitos do arguido ao silêncio e à não auto-incriminação (...) emana da tutela jurídica de direitos fundamentais como a

Judiciários, 2016. ISBN 978-989-8815-42-2. Disponível em http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Administrativo_fiscal/eb_contraordenacoes_t_2016.pdf

¹⁴¹ *Obs. Cit.* SILVA, Sandra Oliveira e – O Arguido como Meio de Prova contra si mesmo: considerações em torno do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*. Coimbra: Almedina, 2019. Teses de Doutoramento, p. 645. A autora trilha uma compreensão acerca da temática do princípio do *nemo tenetur se ipsum accusare*, de forma exímia, abordando não só a *dicotomia tradicional tolerância passiva/colaboração ativa* como também todos os entendimentos que se lhe foram contrapondo, p. 643-715. Acrescentando que o âmbito de proteção do *nemo tenetur* não é absoluto, admite restrições no que se refere a “intervenções corporais que se dirijam à mera comparação de propriedades físicas com relevo na prova da autoria (...) ou à obtenção de outras informações corpóreas que integrem o tema de prova (...) mesmo que a efetivação destas diligências suponha, da parte do arguido, uma qualquer forma de *colaboração «ativa»* para a própria incriminação” (SANDRA SILVA, 2019: 717).

¹⁴² *Cf.* AUGUSTO SILVA DIAS; VÂNIA COSTA RAMOS, 2009: 22-34.

¹⁴³ *Cf.* AUGUSTO SILVA DIAS; VÂNIA COSTA RAMOS, 2009: 22 e 23.

¹⁴⁴ Acórdão do TC nº 461/2011, publicado no Diário da República n.º 243/2011, Série II de 2011-12-21.

dignidade humana, a liberdade individual e a presunção de inocência”¹⁴⁵, no entanto, acrescentou, nas suas alegações, que tal não se apresenta como um direito absoluto, admitindo algumas limitações, “impostas em nome da protecção e salvaguarda de interesses constitucionalmente protegidos e em obediência ao princípio da proporcionalidade”¹⁴⁶. Por conseguinte, “no âmbito das contra-ordenações encontram-se limitações a esses mesmos direitos, nomeadamente, em relação aos deveres de cooperação perante a CMVM, previstos no CdVM) e perante a AdC, previstos na Lei n.º 18/2003”¹⁴⁷, o que não se afigura inconstitucional, por isso, o TC entendeu que a restrição ao princípio era legítima.

É ainda salientado neste acórdão que “existem razões que se prendem com a evolução da sociedade e do Estado, que de liberal passou a intervencionista e regulador, que justificam essas limitações no próprio processo penal, e, por maioria de razão, no âmbito de um direito sancionatório de menor gravidade como é o processo contra-ordenacional, onde o alcance do princípio “*nemo tenetur*” é, necessariamente, diferente do alcance que se encontra no âmbito do direito penal clássico”¹⁴⁸.

Portanto, torna-se necessário evidenciar, a par de Augusto Silva Dias, que o âmbito da restrição ao *nemo tenetur* “depende da importância constitucional dos direitos ou interesses públicos colidentes, mas nunca pode ir ao ponto de aniquilar o conteúdo essencial de qualquer deles (v. art.18º, n.º3, da CRP)”¹⁴⁹ e que “só quando na dialéctica exercício de poderes de fiscalização e supervisão/cumprimento de deveres de cooperação surge a suspeita da prática da infracção, só então, a garantia se torna funcional e accionável”¹⁵⁰.

Esta discussão acerca do âmbito de aplicação do princípio, foi alargada ao direito tributário, como tal, há que salientar o acórdão do TC nº 340/2013, proc. nº 817/12, que foi alvo de uma anotação por parte de Manuel da Costa Andrade, que refere que “o direito tributário faz impender sobre o contribuinte *deveres de colaboração e de verdade*, que

¹⁴⁵ Acórdão do TC nº 461/2011, publicado no Diário da República n.º 243/2011, Série II de 2011-12-21, p. 49524.

¹⁴⁶ *Ibidem*.

¹⁴⁷ Acórdão do TC nº 461/2011, publicado no Diário da República n.º 243/2011, Série II de 2011-12-21, p. 49525.

¹⁴⁸ *Ibidem*.

¹⁴⁹ *Obs. Cit.* DIAS, Augusto Silva – O direito à não auto-inculpação no âmbito das contra-ordenações do código dos valores mobiliários. *Revista de Concorrência e Regulação*. Almedina. ISSN 1647-5801. Ano 1, Número 1 (2010), p. 246.

¹⁵⁰ *Obs. Cit.* AUGUSTO SILVA DIAS, 2010: 246.

podem coenvolver a prestação de declarações ou a entrega de documentos de conteúdo auto-incriminatório; enquanto isto, o direito processual penal arma o arguido de um consistente *nemo tenetur se ipsum accusare*¹⁵¹ e acrescenta o autor que no direito tributário impende sobre o contribuinte um dever geral de colaboração e de verdade (art.59º da LGT – princípio da colaboração – e art.48º do CPPT – em que se estipula a cooperação da administração tributária e do contribuinte, realçando, inclusivamente, no número 2 do preceito, que “o contribuinte cooperará de boa-fé na instrução do procedimento, esclarecendo de modo completo e verdadeiro os factos de que tenha conhecimento e oferecendo os meios de prova a que tenha acesso”), ainda que de carácter autoincriminatório, dever esse que não impende sobre o arguido de um processo penal, pois o princípio do *nemo tenetur se ipsum accusare* vigora com carácter absoluto¹⁵². Entende, sem mais, que este princípio “só vale e só se actualiza no contexto do processo penal, só no processo penal podendo “irritar” ou, reversamente, ser ele próprio “irritado” (...) só pode ser no sentido da prevalência contínua e irrestrita do *nemo tenetur*. A ditar uma intransponível *proibição de valoração* em processo penal dos dados auto-incriminatórios”¹⁵³, reiterando que, relativamente ao processo penal, “enquanto emanação normativa da dignidade humana e do livre desenvolvimento da personalidade, o princípio *nemo tenetur* não comporta descontinuidades, sequer graduações, em função das sucessivas fases do processo ou da intervenção das diferentes instâncias formais”¹⁵⁴, logo, o princípio vale sem quaisquer restrições.

Também neste sentido, Figueiredo Dias entende que “o princípio da presunção de inocência, ligado agora directamente ao princípio – o primeiro de todos os princípios jurídico-constitucionais – da preservação da dignidade pessoal, conduz a que a utilização do arguido como meio de prova seja sempre limitada pelo integral respeito pela sua decisão de vontade”¹⁵⁵.

¹⁵¹ *Obs. Cit.* COSTA ANDRADE, Manuel da – *Nemo tenetur se ipsum accusare* e direito tributário. Ou a insustentável indolência de um acórdão (n.º 340/2013) do Tribunal Constitucional. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*. Coimbra Editora. ISSN 0870-8487. N.º 3989 (ANO 144 - 2014), p. 130.

¹⁵² COSTA ANDRADE, ANO 144 (2014): 148.

¹⁵³ *Obs. Cit.* COSTA ANDRADE, ANO 144 (2014): 156-157.

¹⁵⁴ *Obs. Cit.* COSTA ANDRADE, 2013: 131.

¹⁵⁵ *Obs. Cit.* FIGUEIREDO DIAS, Jorge De – Sobre os sujeitos processuais no novo código de processo penal. In *Jornadas de Direito Processual Penal: o novo código de processo penal*. Coimbra: Almedina, CEJ, 1988, p. 27.

Conclui-se, a par de Augusto Silva Dias, que embora o direito à não-autoinculpação tenha sido tradicionalmente idealizado apenas para o domínio do direito penal, é também aplicável atualmente ao direito de mera ordenação social, por duas ordens de razões: em primeiro lugar, porque “em certos sectores deste ramo do Direito assistimos hoje à cominação de coimas de montantes elevadíssimos que podem provocar a asfixia económica de empresas e indivíduos e que, portanto, são altamente restritivas de direitos patrimoniais”¹⁵⁶ e em segundo lugar, porque as garantias constitucionais em que se alicerça este princípio, são também aplicáveis ao direito de mera ordenação social, pelo disposto no art.32º/10 da CRP, ainda que com certas dissemelhanças relativamente ao direito penal¹⁵⁷.

3.6. Uma realidade contraordenacional impregnada num espírito de utópica integração do princípio da proibição da *reformatio in pejus*

O art.72º-A do RGCO, foi introduzido pela revisão do DL nº 244/95 e estabeleceu o princípio da proibição da “*reformatio in peius*”¹⁵⁸, vigorando não só no âmbito do processo penal (art.409º do CPP), mas também no âmbito contraordenacional (art.80º do RGCO¹⁵⁹).

No entanto, Taipa de Carvalho critica esta solução, pelo facto de, do seu ponto de vista, contrariar uma das razões primordiais que determinaram a criação do direito de mera ordenação social, como seja, a simplificação e a celeridade do processo de contraordenação, uma vez que, na sua ótica, “os infractores condenados são “motivados” a impugnar, mesmo que considerem justa a decisão da autoridade administrativa”¹⁶⁰, acrescentando que “pode ter **efeitos perversos**, uma vez que a autoridade administrativa, ao ver que, na prática, a sua decisão não passará de uma mera fase “preliminar” do processo contraordenacional, pode ser induzida a não ter a exigível consideração dos direitos de defesa do “arguido”, nesta fase administrativa do processo, remetendo o respeito destes direitos para a fase judicial”¹⁶¹.

¹⁵⁶ *Obs. Cit.* AUGUSTO SILVA DIAS, 2010: 244.

¹⁵⁷ *Cf.* AUGUSTO SILVA DIAS, 2010: 244.

¹⁵⁸ TAIPA DE CARVALHO, 2006: 174.

¹⁵⁹ O artigo 80º do RGCO diz respeito à admissibilidade da revisão e dispõe no número 1 que “a revisão de decisões definitivas ou transitadas em julgado em matéria contra-ordenacional obedece ao disposto nos artigos 449.º e seguintes do Código de Processo Penal, sempre que o contrário não resulte do presente diploma”.

¹⁶⁰ *Obs. Cit.* TAIPA DE CARVALHO, 2006: 174.

¹⁶¹ *Obs. Cit.* TAIPA DE CARVALHO, 2006: 174 – negrito dado pelo autor.

Consequentemente, ainda que tenhamos consciência de que não é uma realidade quimérica, os benefícios a retirar da consagração deste princípio, são superiores a possíveis falhas que existam, dado que como está articulado o processo contraordenacional, isto é, uma vez que é a autoridade administrativa a proferir a decisão condenatória, poder-se-ia sujeitar os indivíduos à resignação dessa mesma decisão, ao consagrar a *reformatio in pejus*, porque poderia compelir os mesmos a impugnar a decisão da administração, facto que não se compreende num Estado de direito como é o nosso, em que vigora o princípio do acesso ao direito e da tutela jurisdicional efetiva (art.20º da CRP) e o princípio da segurança jurídica e da proteção da confiança, pertinentemente supra citado¹⁶².

Por outro lado, a consagração deste princípio poderá de facto comprometer a celeridade inerente ao processo de contraordenação, pelas razões elencadas por Taipa de Carvalho, porque tanto pode o indivíduo impugnar a decisão administrativa, ainda que considere justa a sua decisão, para tentar prolongar no tempo a consequência que lhe é devida, como também pode a administração sentir-se compelida no sentido de não atentar devidamente aos contornos do caso concreto porque tem conhecimento de que a possibilidade da impugnação judicial existe e que o indivíduo pode dela recorrer, como tal, não coloca todo o rigor, excelência e competência na elaboração dessa decisão condenatória, como seria exetável e exigido.

Na verdade, no âmbito da reforma legal que levou à consagração do princípio da proibição da *reformatio in pejus*, no DL n.º 244/95, de 14 de setembro, conclui-se pelo preâmbulo do DL, que uma das razões que serviram de base à sua criação foi o “reforço das garantias dos arguidos perante o crescente poder sancionatório da Administração”¹⁶³, sendo que esse reforço passaria pela consagração deste princípio. Desse modo, temos que do reforço das garantias dos arguidos perante o poder sancionatório, se auferem mais

¹⁶² Cf. CÁCIA SANTOS, 2017: 19 e ss. Vide também NUNO BRANDÃO, 2016: 875 e ss.; e ainda a este propósito, MOUTINHO, José Lobo – A *reformatio in pejus* no processo de contra-ordenações. *Direito e Justiça (Estudos dedicados ao Professor Doutor Nuno José Espinosa Gomes da Silva)*. Universidade Católica Portuguesa. ISSN 0871-0376. Volume I (2013), p. 440 : o autor realça que “por um lado, é claro que a admissão da *reformatio in pejus* constitui um condicionamento ao exercício do direito recorrer ou impugnar judicialmente a decisão condenatória (...) por outro lado, esse é um direito constitucionalmente consagrado como momento básico de defesa do arguido no processo de contra-ordenações e como contrapeso à atribuição de poderes sancionatórios à administração, é fácil de concluir pela sua inadmissibilidade constitucional no processo de contra-ordenações”.

¹⁶³ DL n.º 244/95, publicado no Diário da República n.º 213/1995, Série I-A de 1995-09-14.

benefícios, do que se essa garantia não existisse, pelo facto de, tal como referido anteriormente, constranger os arguidos a impugnar a decisão administrativa sob pena de agravarem as consequências que a administração lhes impôs.

Por fim, pretendemos realçar que este princípio não é aplicável a todo o direito contraordenacional, como é o exemplo da LQCA (Lei nº 50/2006, de 29 de agosto) em que no art.75º se dispõe que “não é aplicável aos processos de contraordenação instaurados e decididos nos termos desta lei a proibição de *reformatio in pejus*, devendo essa informação constar de todas as decisões finais que admitam impugnação ou recurso” e do CdVM¹⁶⁴, que estabelece, no art.416º/8 que “não é aplicável aos processos de contra-ordenação instaurados e decididos nos termos deste Código a proibição de *reformatio in pejus*, devendo essa informação constar de todas as decisões finais que admitam impugnação ou recurso”.

E também não é absoluto, como é o caso do RGIT, por exemplo, em que há uma particularidade a que se deve atender na decisão que aplica a coima, dado que um dos requisitos, segundo o art.79º/1.d) do RGIT, é que deve ser feita a “indicação de que vigora o princípio da proibição da *reformatio in pejus*, sem prejuízo da possibilidade de agravamento da coima, sempre que a situação económica e financeira do infractor tiver entretanto melhorado de forma sensível”.

Posto isto, o TC já se pronunciou relativamente à consagração da *reformatio in pejus*, num caso relativo à CMVM, no acórdão nº 373/2015, publicado no Diário da República n.º 186/2015, Série II de 2015-09-23 e em que estipulou que “não pode deixar de se ter em consideração, como tem sido apontado por alguma doutrina, que a proibição da *reformatio in pejus* tem como consequência o aumento do número de recursos interpostos independentemente da gravidade da sanção, podendo comprometer o carácter de simplificação e celeridade do direito de mera ordenação social, tornando os recursos economicamente compensadores sempre que estejam em causa sanções elevadas, por via do diferimento no tempo do respetivo pagamento ou mesmo fazendo protelar o andamento dos autos no sentido de ocorrer a prescrição (...) na tensão entre os valores da tutela da posição jurídica do arguido e o valor da realização da justiça, o legislador tem liberdade para optar por dar maior preponderância a este último, atendendo à especial natureza dos bens jurídicos

¹⁶⁴ DL n.º 486/99, publicado no Diário da República n.º 265/1999, Série I-A de 1999-11-13.

que visa tutelar e às especiais qualidades dos intervenientes (...) Tendo em atenção estas circunstâncias, concretamente os interesses com dignidade constitucional que se tem em vista tutelar pelo artigo 416.º, n.º 8, do Código dos Valores Mobiliários (quer relativos à tutela do sistema financeiro, quer relativos à própria essência e estrutura do processo de contraordenação), bem como a circunstância de não implicar para o arguido um ónus ou obstáculo excessivo ao acesso à via jurisdicional, não se nos afigura que se mostre violado o direito à tutela jurisdicional efetiva, consagrado no artigo 20.º, na modalidade de impugnação das decisões condenatórias das autoridades administrativas, prevista no artigo 268.º, n.º 4, nem o disposto no artigo 18.º, n.º 2, da Constituição”¹⁶⁵.

Lamentavelmente, a tendência tem sido esta, ou seja, a de limitar o princípio da proibição da *reformatio in pejus* ou até mesmo optar por consagrar a *reformatio in pejus*, situação essa que terá severas repercussões na descoberta da verdade material¹⁶⁶.

¹⁶⁵ *Obs. Cit.* Acórdão do TC n.º 373/2015, publicado no Diário da República n.º 186/2015, Série II de 2015-09-23, p. 27437.

¹⁶⁶ *Cf.* MARTINS, Licínio Lopes – O procedimento administrativo contraordenacional. In *Contraordenações nos Tribunais Administrativos*. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2019. ISBN 978-972-9122-98-9. Disponível em http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Administrativo_fiscal/eb_ContraTribAdm2019.pdf

CAPÍTULO III – O DIREITO DE DEFESA E O SEU EXERCÍCIO NO SEIO DE UM PROCESSO DE CONTRAORDENAÇÃO: ESTARÁ SALVAGUARDADO DE INTERFERÊNCIAS?

1. O exercício pleno do direito de audiência e defesa no seio de um processo de contraordenação

Ao processo de contraordenação, é aplicável o art.32º/10 da CRP, em que se dispõe que “nos processos de contra-ordenação, bem como em quaisquer processos sancionatórios, são assegurados ao arguido os direitos de audiência e defesa”.

De facto, segundo Miguel Prata Roque, este artigo aplica-se restritivamente, referindo-se apenas às garantias de audiência e de defesa perante o órgão jurisdicional competente¹⁶⁷.

Naturalmente, dispõe o art.6º da CEDH, que “qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei”. Ora, no entendimento de Leones Dantas, o processo contraordenacional assume, assim, “uma estrutura basicamente inquisitória, sendo a autoridade administrativa responsável pelo impulso processual e pela decisão, que assenta em prova por esta recolhida (...) do n.º10 do artigo 32.º da Constituição da República surge, assim, como forma de limitar a inquisitorialidade do processo, encontrando uma dimensão de equilíbrio entre as intervenções dos diferentes sujeitos processuais (autoridade administrativa e arguido), que são apanágio do processo equitativo exigido por aquela disposição da referida Convenção Europeia”¹⁶⁸.

No sentido diverso, para Frederico de Lacerda da Costa Pinto, “a legislação portuguesa neste domínio acolhe (para a fase organicamente administrativa do processo de contra-ordenação) não uma solução inquisitória mas sim um modelo de concentração legal de competências, com controlo judicial, crivos de legalidade, garantias de defesa e, em

¹⁶⁷ Cf. MIGUEL PRATA ROQUE, 2013: 151.

¹⁶⁸ Obs. Cit. DANTAS, A. Leones – Os Direitos de Audição e de Defesa no Processo das Contra-ordenações (Artigo 32.º, N.º 10, da Constituição da República). *Direito Contra-Ordenacional*. Revista do CEJ. ISSN 1645-829X. 2º semestre, Nº14 (2010), p. 330-331.

especial, com a sujeição do caso a um possível julgamento pleno perante um tribunal independente”¹⁶⁹. O autor questiona inclusive se se auferem vantagens na separação entre a entidade que acusa e a entidade que decide a aplicação de sanções, no seio de um processo de contraordenação e conclui que não se obtêm quaisquer vantagens, quer ao nível da organização, quer no que diz respeito à própria defesa dos arguidos, dado que, “a solução da separação acaba por gerar uma indefinição quanto à responsabilidade pelo processo e cria o risco de bloqueios recíprocos entre quem faz a instrução (e a produção de prova) e quem profere a decisão (...) as vantagens da suposta imparcialidade são também algo ilusórias, pois uma entidade com exclusiva competência para aplicar sanções num processo que não instruiu e que não acompanhou tem, em relação ao mesmo, uma fraca legitimidade crítica”¹⁷⁰. Por conseguinte, “quem dirige o processo na fase administrativa é responsável por todos os aspectos do mesmo e o resultado final é sujeito, pela impugnação judicial, a um tribunal independente e ao crivo de um julgamento de facto e de direito, com contraditório pleno”¹⁷¹.

Deste modo, acolhemos a solução que entende que o processo contraordenacional tem uma estrutura inquisitória, com diversas notas características, atribuindo uma acuidade autónoma ao princípio do inquisitório, tanto no que diz respeito à investigação, como no que respeita à descoberta da verdade material, atendendo que esta acuidade, só é exequível para os órgãos da Administração, se se atender ao regime geral do CPA¹⁷². Este princípio, implicará a conjugação do disposto nos artigos 54º/2 do RGCO e 58º do CPA, que dispõe que “o responsável pela direção do procedimento e os outros órgãos que participem na instrução podem, mesmo que o procedimento seja instaurado por iniciativa dos interessados, proceder a quaisquer diligências que se revelem adequadas e necessárias à preparação de uma decisão legal e justa, ainda que respeitantes a matérias não mencionadas nos requerimentos ou nas respostas dos interessados”, o que implica que seja mobilizado o

¹⁶⁹ *Obs. Cit.* FREDERICO DA COSTA PINTO, 2017: 255.

¹⁷⁰ *Obs. Cit.* FREDERICO DA COSTA PINTO, 2017: 255-256 – e acrescenta que: “Nunca seria, portanto, uma verdadeira estrutura acusatória porque, em síntese, quem decidiria não o faria com imediação, conhecimento efectivo e capacidade crítica autónoma, como acontece com o tribunal criminal na fase do julgamento”.

¹⁷¹ *Obs. Cit.* FREDERICO DA COSTA PINTO, 2017: 256.

¹⁷² *Cf.* LICÍNIO LOPES MARTINS, 2016: 630.

art.115º/1 do CPA¹⁷³. Para além destes preceitos, também se deve atribuir uma relevância própria aos *princípios da cooperação e da boa-fé procedimental* (previstos no art.60º do CPA), assim como ao princípio da imparcialidade, tanto no plano objetivo (recorrendo aos artigos 9º e 55º/2 do CPA) como no plano subjetivo (em que se deve atender, para além do regime do CPP subsidiariamente aplicável, ao regime equivalente do CPA, consagrado nos artigos 69º a 76º)¹⁷⁴.

Posto isto, é impreterível referir que no processo contraordenacional vigora o princípio da igualdade, disposto no art.13º da CRP e no art.6º do CPA, que impõe que nas relações com os particulares, a administração atue com base nesse princípio, “não podendo privilegiar, beneficiar, prejudicar, privar de qualquer direito ou isentar de qualquer dever ninguém em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual”. Neste contexto, surge também o princípio do processo equitativo, consagrado no artigo 20º/4 da CRP, como tal, “a causa deve ser julgada mediante processo equitativo, que reconheça à entidade instrutora (a autoridade administrativa) (...) e ao arguido uma posição de igualdade material (“igualdade de armas”). Este princípio só se concretiza plenamente na fase judicial do processo, pois só nessa fase o arguido e a autoridade acusador se confrontam em pé de igualdade, diante de um terceiro imparcial, o juiz”¹⁷⁵, sendo que, decorre desta premissa, o princípio do contraditório, previsto no artigo 32º/10 da CRP e nos artigos 50º e 68º/1 do RGCO, o que, na prática, expressa “a obrigatoriedade de o arguido ser ouvido e poder apresentar a sua defesa livre de quaisquer constrangimentos”¹⁷⁶.

Ora, resulta do art.50º do RGCO, o direito de audiência e defesa do arguido, em que se dispõe que “não é permitida a aplicação de uma coima ou de uma sanção acessória sem antes se ter assegurado ao arguido a possibilidade de, num prazo razoável, se pronunciar sobre a contra-ordenação que lhe é imputada e sobre a sanção ou sanções em que incorre”.

¹⁷³ Cf. LICÍNIO LOPES MARTINS, 2016: 630-631.

¹⁷⁴ Cf. LICÍNIO LOPES MARTINS, 2016: 631-632.

¹⁷⁵ Obs. Cit. PINTO DE ALBUQUERQUE, 2011: 142.

¹⁷⁶ Obs. Cit. PINTO DE ALBUQUERQUE, 2011: 142.

De facto, não se prevê uma forma especial para exercer o direito de audiência e defesa, logo, é exequível aferir que esses direitos podem ser exercidos tanto de forma escrita como de forma oral¹⁷⁷. E entende-se, a par de António Leones Dantas, que esta intervenção surge “como um momento fulcral do processo, situado entre a investigação preliminar e a decisão, assumindo-se como o espaço natural da defesa”¹⁷⁸.

É questionada, por alguns autores¹⁷⁹, esta epígrafe do art.50º do RGCO, uma vez que, apesar de se referir aos direitos de audição e de defesa do arguido, concerne apenas ao direito de audição, cuja existência implica que não seja aplicada uma coima, sem que se tenha assegurado ao arguido a possibilidade de se pronunciar sobre os factos que lhe estão a ser imputados e as sanções em que este incorre. E acrescentam que este direito de defesa não se limita à possibilidade de o arguido ser ouvido, abrange também o direito a intervir no seio do processo, seja com provas por si apresentadas ou através de outras diligências que este considere necessárias para a sua defesa.

Deste modo, Alexandra Vilela argumenta no sentido da alteração da epígrafe do art.50º do RGCO, para ““direito de defesa do arguido”, assim se eliminando qualquer aproximação ao direito administrativo, já que não é ele o direito subsidiário do ilícito de mera ordenação social”¹⁸⁰. E adita que “a audiência de interessados prevista no artigo 100.º do CPA em nada se relaciona com o processo contra-ordenacional, na medida em que o que ali está em causa não é um procedimento sancionatório, mas um procedimento comum decisório de primeiro grau, destinado a tomar uma decisão administrativa, e não à aplicação de uma qualquer sanção, ainda que administrativa”¹⁸¹.

Posto isto, Miguel Prata Roque contesta este entendimento ao tentar alterar a epígrafe do ar.50º do RGCO com o intuito de eliminar a aproximação do direito de mera ordenação social ao direito administrativo, criticando Alexandra Vilela ao tentar “torturar a própria letra da lei, adaptando-a (à força) à sua pré-compreensão”¹⁸² e acrescenta que é a CRP que

¹⁷⁷ SANTOS, Manuel Simas; SOUSA, Jorge M. Lopes de – *Contra-ordenações. Anotações ao Regime Geral*. 6ª ed. Lisboa: Áreas Editora, S.A., 2011. ISBN 978-989-8058-59-1, p. 379 e ss.

¹⁷⁸ *Obs. Cit.* LEONES DANTAS, N°14 (2010): 299.

¹⁷⁹ *Cf.* MANUEL SIMAS SANTOS; LOPES DE SOUSA, 2011: 379. *Também neste sentido*, ALEXANDRA VILELA, 2013: 498-502.

¹⁸⁰ *Obs. Cit.* ALEXANDRA VILELA, 2013: 498.

¹⁸¹ *Obs. Cit.* ALEXANDRA VILELA, 2013: 500.

¹⁸² *Obs. Cit.* MIGUEL PRATA ROQUE, 2013: 134.

autonomiza o *direito de audição* e o direito de defesa, no seu art.32º/10¹⁸³. Corroborando com este entendimento, destaca-se, não só, o Assento de Fixação de Jurisprudência nº1/2003 – que admite que o direito de audição seja acautelado ao abrigo de preceitos do procedimento administrativo, previstos nos artigos 100º a 102º do CPA, uma vez que, entende o processo de contraordenação “*como autêntico processo administrativo, sendo o impulso inicial, a instrução e a decisão da competência das autoridades administrativas*”¹⁸⁴ – mas também o defendido pelo TC, que concluiu pela admissibilidade da sujeição do processo contraordenacional a normas do CPA, pelo facto de que se afigura como uma “*decorrência lógica da opção legislativa de atribuir competência às autoridades administrativas para o processamento do processo contra-ordenacional e aplicação de coimas*”¹⁸⁵, evidenciando-se que “*nos termos do artigo 266.º, n.º 1, da CRP, toda a actividade da autoridade administrativa está subordinada ao princípio da legalidade, com assento no próprio artigo 3.º do CPA e aplicável a toda a actividade da administração (...) a definição administrativa da atribuição de competências enquanto regime organizativo da própria administração é prévia à própria actividade processual contra-ordenacional desta e como tal regulamentada pelo seu código de procedimento*”¹⁸⁶.

Questão diversa é a de saber se a autoridade administrativa está obrigada a deferir essas diligências solicitadas pelo arguido, no seio da sua defesa, e terá que ser dada uma resposta negativa, dado que se a autoridade administrativa é a entidade principal na fase administrativa, deve praticar as diligências que se lhes afigurem necessárias¹⁸⁷, sob pena de o arguido poder aproveitar a boa vontade da administração, para solicitar meios de prova dispensáveis, com o intuito de atrasar o curso do processo. No entanto, caso a autoridade administrativa não aceite as diligências de prova requeridas pelo arguido, terá de fundamentar a sua decisão, em obediência ao princípio da legalidade¹⁸⁸.

¹⁸³ Cf. MIGUEL PRATA ROQUE, 2013: 134.

¹⁸⁴ *Obs. Cit.* Assento de Fixação de Jurisprudência nº1/2003, publicado no Diário da República n.º 21/2003, Série I-A de 2003-01-25, p. 552-553.

¹⁸⁵ *Obs. Cit.* do Acórdão do TC nº 50/2003, publicado no Diário da República nº 90/2003, Série II de 2003-04-16, p. 5931.

¹⁸⁶ *Obs. Cit.* do Acórdão do TC nº 179/2005, publicado no Diário da República nº 118/2005, Série II de 2005-06-22, p. 9192.

¹⁸⁷ Cf. ANTÓNIO DE OLIVEIRA MENDES; JOSÉ DOS SANTOS CABRAL, 2009: 153.

¹⁸⁸ Cf. Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 06-11-2018, processo 22/18.5T8ETZ.E1.

Concludentemente, afere-se, tal como decorre do entendimento de Frederico de Lacerda da Costa Pinto, que no processo de contraordenação, são atribuídos ao arguido vários momentos consentâneos com o seu direito de defesa, logo num momento inicial quando este é confrontado com a contraordenação que lhe está a ser imputada e tem a oportunidade de se defender pronunciando-se sobre a mesma, também num segundo momento porque pode interferir através da eventual produção de prova, e num terceiro momento, através da impugnação judicial da decisão administrativa, sendo que, na verificação da fase judicial, que é eventual, pode também o arguido valer-se da impugnação da decisão final proferida por uma instância superior, sem descurar a possibilidade do recurso específico para o TC¹⁸⁹.

Urge clarificar que, de acordo com o art.32º/8 da CRP, “são nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coacção, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações”, afigurando-se necessário relacionar esta premissa com o disposto no CPP relativamente à matéria probatória que o arguido pode trazer à colação, como tal, dispõe o art.125º do CPP que “são admissíveis as provas que não forem proibidas por lei” e o art.126º do CPP cataloga métodos proibidos de prova. E há que atender ao consagrado no art.127º do CPP que diz respeito à livre apreciação da prova, ou seja, “salvo quando a lei dispuser diferentemente, a prova é apreciada segundo as regras da experiência e a livre convicção da entidade competente”.

Colocam-se algumas dúvidas no que diz respeito ao “prazo razoável” referido no art.50º do RGCO e efetivamente, Sérgio Passos assegura que se trata de uma “omissão deliberada do legislador, que importa colmatar”¹⁹⁰ e tendo em conta o disposto no art.41º do RGCO, deve recorrer-se subsidiariamente ao processo penal, logo, deve valer o disposto no art.105º/1 do CPP, ou seja, “salvo disposição legal em contrário, é de 10 dias o prazo para a prática de qualquer acto processual”¹⁹¹. Acrescenta que o prazo se conta nos termos do art.60º/1 do RGCO.

¹⁸⁹ Cf. FREDERICO DA COSTA PINTO, ANO 23 (2013): 78.

¹⁹⁰ Obs. Cit. SÉRGIO PASSOS, 2006: 349.

¹⁹¹ Cf. SÉRGIO PASSOS, 2006: 349.

Por outro lado, Alexandra Vilela defende que esta expressão deve ser substituída por um prazo fixado em dias, nunca inferior a vinte dias, para que o exercício do direito de audição e defesa do arguido não seja menosprezado e para que o arguido tenha a possibilidade de preparar convenientemente a sua defesa e que, do mesmo modo, não resulte num prazo de tal forma dilatado que contribua para a dilação da decisão final¹⁹². Nesse mesmo sentido, António Beça Pereira, esclarece que o “prazo razoável” a que alude o artigo, deve ser interpretado segundo o art.315º/1 do CPP, como tal, deve fixar-se em 20 dias, uma vez que, “à partida não há razões para o arguido ter mais tempo para apresentar a sua defesa na fase administrativa do processo contra-ordenacional do que aquele de que dispõe no processo-crime para contestar”¹⁹³.

Esta é uma questão premente que deve ser clarificada convenientemente, uma vez que prejudica a celeridade própria do processo contraordenacional e pode também comportar graves constrangimentos ao direito de audição e defesa do arguido, pois a expressão “prazo razoável” (aludida no art.50º do RGCO), acarreta naturalmente ambiguidades indesejáveis no direito português.

Por conseguinte, por via da consagração deste direito, o arguido pode optar de entre várias possibilidades, como sejam: não se pronuncia, procede às diligências necessárias para a sua defesa ou recorre ao art.50º-A do RGCO (que se refere ao pagamento voluntário da coima, nos termos definidos no artigo)¹⁹⁴.

Posto isto, é exequível concluir, a par de Tiago Lopes de Azevedo, que “se o direito sancionatório contra-ordenacional está previsto no art. 32.º da CRP e não na parte relativa à Administração, então parece-nos óbvio que o direito das contra-ordenações, como direito que impõe sanções (...) deve estar sujeito *grosso modo* às garantias expressas no referido artigo”¹⁹⁵.

¹⁹² Cf. ALEXANDRA VILELA, 2013: 501-502.

¹⁹³ Obs. Cit. ANTÓNIO BEÇA PEREIRA, 2018: 134-135.

¹⁹⁴ Cf. JOAQUIM FERNANDES, 2002: 92.

¹⁹⁵ Obs. Cit. TIAGO LOPES DE AZEVEDO, 2011: 100.

2. A relevância do direito de defesa no desfecho da decisão final: o interesse prático que lhe é inerente

Afigura-se-nos necessário salientar, nas palavras de Germano Marques da Silva, que o direito de defesa do arguido é essencial num Estado de direito democrático como é o nosso, “não é um favor ao arguido, mas um seu direito (...) e o seu respeito no processo é não só do interesse do próprio arguido, mas também da Justiça, o que é o mesmo que dizer da comunidade inteira”¹⁹⁶, sendo que o desrespeito por este direito, implica também a violação do princípio da presunção de inocência, que é um princípio básico inerente ao nosso ordenamento jurídico¹⁹⁷.

Assim, de acordo com o art.58º do RGCO, número 1, “A decisão que aplica a coima ou as sanções acessórias deve conter: a) A identificação dos arguidos; b) A descrição dos factos imputados, com indicação das provas obtidas; c) A indicação das normas segundo as quais se pune e a fundamentação da decisão; d) A coima e as sanções acessórias” e acrescenta o número 2 que, “Da decisão deve ainda constar a informação de que: a) A condenação se torna definitiva e exequível se não for judicialmente impugnada nos termos do artigo 59.º; b) Em caso de impugnação judicial, o tribunal pode decidir mediante audiência ou, caso o arguido e o Ministério Público não se oponham, mediante simples despacho”, devendo incluir-se também na decisão, segundo o número 3 do preceito mencionado, “a) A ordem de pagamento da coima no prazo máximo de 10 dias após o carácter definitivo ou o trânsito em julgado da decisão; b) A indicação de que em caso de impossibilidade de pagamento tempestivo deve comunicar o facto por escrito à autoridade que aplicou a coima”.

Efetivamente, através do direito de defesa, é dada ao arguido a possibilidade de influenciar a decisão final, pronunciando-se oportunamente tanto sobre a “questão-de-facto como sobre as questões-de-direito que no processo se discutem”¹⁹⁸.

¹⁹⁶ *Obs. Cit.* SILVA, Germano Marques da – O direito de defesa em processo penal (Parecer). *Direito e Justiça*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa. ISSN 0871-0336. Volume XIII, Tomo 2 (1999), p. 287.

¹⁹⁷ *Cf.* GERMANO MARQUES DA SILVA, 1999: 287.

¹⁹⁸ *Obs. Cit.* FIGUEIREDO DIAS, 1988: 28.

Neste contexto, é pertinente destacar que, de acordo com o art.118º/1 do CPP, “a violação ou a inobservância das disposições da lei do processo penal só determina a nulidade do acto quando esta for expressamente cominada na lei”, acrescentando-se no número 2, que “nos casos em que a lei não cominar a nulidade, o acto ilegal é irregular”, pelo que, através da conjugação com o art.120º/2.d) do CPP, depreende-se que é uma nulidade que depende de arguição, uma vez que se trata de uma “insuficiência do inquérito ou da instrução, por não terem sido praticados actos legalmente obrigatórios, e a omissão posterior de diligências que pudessem reputar-se essenciais para a descoberta da verdade”.

Para além da mobilização destes artigos, subsidiariamente aplicáveis, deparamo-nos com uma solução esclarecedora no CPA, especificamente, no art.161º/2.d)¹⁹⁹, que dispõe que “são, designadamente, nulos: d) Os atos que ofendam o conteúdo essencial de um direito fundamental” e adita-se no artigo 162º/1 e 2 do CPA, que “o ato nulo não produz quaisquer efeitos jurídicos, independentemente da declaração de nulidade (...) salvo disposição legal em contrário, a nulidade é invocável a todo o tempo por qualquer interessado e pode, também a todo o tempo, ser conhecida por qualquer autoridade e declarada pelos tribunais administrativos ou pelos órgãos administrativos competentes para a anulação”.

Em suma, como ressalva Vítor Sequinho dos Santos, é o direito de defesa que é inerente ao arguido que impõe que a decisão administrativa seja devidamente fundamentada, contendo também os factos que foram dados como não provados, para que, dessa forma, o arguido compreenda que a defesa que alegou ou os meios de prova que trouxe à colação, não foram ignorados ou desprezados²⁰⁰.

¹⁹⁹ Cf. MARTINS, Licínio Lopes – O procedimento administrativo contraordenacional. In *Contraordenações nos Tribunais Administrativos*. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2019. ISBN 978-972-9122-98-9. Disponível em http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Administrativo_fiscal/eb_ContraTribAdm2019.pdf

²⁰⁰ Cf. SANTOS, Vítor Sequinho dos – O dever de fundamentação da decisão administrativa condenatória em processo contra-ordenacional. In *Revista do Centro de Estudos Judiciários*. 2º semestre 2010, nº XIV, p. 333-381.

CAPÍTULO IV – UM CAMINHO A DESVENDAR PELAS TRINCHEIRAS DO DIREITO DE “MERA” ORDENAÇÃO SOCIAL

Inicialmente, recorria-se à pena de forma excessiva, o que despoletou uma hipertrofia do direito penal e conseqüentemente, surgiu a necessidade de criar outro ilícito a que se pudesse recorrer, de forma a resolver questões que não adquirissem a devida dignidade penal, ou seja, o pretendido era criar um *puro direito penal de bagatelas*²⁰¹, que se designou por direito de mera ordenação social.

No entanto, a evolução do direito de mera ordenação social, descaracterizou-o do carácter bagatelar que lhe estava primitivamente intrínseco e este passou a tutelar qualquer bem jurídico, como tal, possibilitou uma aproximação ao direito penal, falando-se mesmo numa *convergência material*²⁰² entre ilícitos, porque tanto as sanções penais como as sanções contraordenacionais, aplicam-se com o intuito de tutelar bens jurídicos, podendo estas ser mais severas que aquelas, quando a par de uma sanção pecuniária é também aplicada uma sanção acessória que pode configurar uma penalização excessiva para o arguido, quando, *a priori*, a sanção acessória “cumpriria por si só o interesse público-administrativo verificado no caso concreto”²⁰³. Contudo, os ilícitos não se imiscuem totalmente, dado que no direito penal há sanções privativas da liberdade, ao contrário do que acontece no domínio contraordenacional, portanto, estamos perante uma *plena autonomia material*²⁰⁴, não só configurando-se uma distinção ao nível do *grau de gravidade*, mas também ao *nível de essência*, uma vez que, “o visado pelo processo contra-ordenacional é poupado à angústia do fantasma da privação da liberdade e em geral escapa ao *estigma* que constitui uma marca própria da justiça penal”²⁰⁵.

Posto isto, deixou de fazer sentido associar o direito de mera ordenação social a puras bagatelas penais e questiona-se, inclusivamente, a utilização do adjetivo “mera”, dado que

²⁰¹ Cf. EDUARDO CORREIA, 1973: 9.

²⁰² NUNO BRANDÃO, 2016: 860.

²⁰³ Obs. Cit. MARCELO PRATES, 2005: 154.

²⁰⁴ NUNO BRANDÃO, 2016: 846-847.

²⁰⁵ Obs. Cit. NUNO BRANDÃO, 2016: 852.

este direito não é reconduzido a condutas que em si mesmas sejam axiologicamente neutras ou irrelevantes, como se afigurava plausível no seu surgimento inicial.

Concludentemente, é exequível aferir que o ilícito de mera ordenação social, configura atualmente uma forma eficiente e eficaz de garantir a proteção de bens jurídicos individuais, desmistificando o entendimento segundo o qual, o direito penal é o ‘senhor único e indispensável’ para conferir essa mesma proteção, conquanto, em certas e determinadas situações, seja necessário recorrer-lhe, este é um direito de *ultima ratio*²⁰⁶, sendo a sua intervenção necessária, na medida em que assim seja exigível, pelo facto de não existir qualquer outra via de proteção.

Após percorrer os contornos históricos do direito de mera ordenação social, é impreterível compreender a sua evolução, e nesse sentido, o progresso que se verificou no Regime Geral das Contraordenações, traduziu-se no reforço das garantias dos particulares perante o poder sancionatório da Administração.

Por conseguinte, afigurou-se mais adequado aplicar subsidiariamente o regime do CPP e do CP, entendendo-se que essa seria a forma mais ajuizada para reforçar essas garantias, contudo, atualmente não se justifica que não se possa recorrer subsidiariamente ao regime previsto no CPA, tratando-se, as mais das vezes, como uma opção inevitável, uma vez que há certas questões relacionadas com a atuação própria da administração, que implicam que se recorra ao também designado por “Código Geral da actividade administrativa”²⁰⁷, aspeto que evidenciámos no Capítulo II.

De facto, traçámos um caminho tendo em conta as particularidades inerentes ao processo de contraordenação, dada a sua estrutura complexa, composta por uma fase administrativa que é uma fase necessária, e uma fase judicial, que é uma fase eventual, desenrolando-se apenas nas situações em que o arguido opte por impugnar a decisão administrativa. Evidenciámos também que a decisão administrativa pode assumir as vestes

²⁰⁶ Já referia BELEZA, Teresa Pizarro – *Direito Penal*. 2º volume. AAFDL, p. 330 que “o Direito Penal deve intervir o mínimo possível, pois se não é necessária uma pena ela não deve ser aplicada”.

²⁰⁷ *Expressão utilizada por* MARTINS, Licínio Lopes - A atividade sancionatória da Administração e o novo Código do Procedimento Administrativo. In Gomes, Carla Amado; NEVES, Ana Fernanda; SERRÃO, Tiago – *Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo*. 3.ª Ed. Lisboa, 2016, p. 619.

de decisão final porque caso o arguido não a impugne, torna-se uma decisão definitiva e produz os seus devidos efeitos.

Consequentemente, no âmbito das contraordenações, há a possibilidade de um controlo judicial, ainda que a primeira palavra não caiba aos tribunais, uma vez que é da competência das autoridades administrativas, no seio da eventual impugnação da decisão administrativa, cabe-lhes sempre a última palavra²⁰⁸.

Destarte, o controlo judicial que é feito na fase judicial, na eventualidade de esta se verificar, é feito pelos tribunais judiciais e esta opção, deve-se, tal como salienta Miguel Prata Roque, a três razões essenciais, como sejam: “i) escassez e falta de disseminação territorial dos tribunais administrativos; ii) um maior grau de especialização sobre as matérias substantivas que enformam a situação sancionatória, pelos tribunais judiciais; iii) cultura mais garantística dos tribunais criminais e tradição jurisprudencial de ponderação acerca dos direitos fundamentais em processos sancionatórios de natureza penal”²⁰⁹. Naturalmente, com a evolução dos tempos, afigura-se-nos ultrapassada esta conjectura, uma vez que os tribunais administrativos são em maior número e mais especializados e demonstram ser os mais capazes para resolver litígios de direito contraordenacional²¹⁰.

Efetivamente, a questão controversa que se prende com o facto de saber qual a jurisdição competente no âmbito contraordenacional, subsiste porque o regime subsidiariamente aplicável ao RGCO, é o regime do CPP e do CP, o que, tal como referido anteriormente, tradicionalmente se afigurava como a melhor solução, no entanto, a evolução da sociedade, acarreta também uma evolução do direito e como tal, tendo em conta que a jurisdição administrativa se configura como eficiente e eficaz na resolução de litígios contraordenacionais, não se compreende a razão pela qual não se possa aplicar subsidiariamente o regime do CPA.

Por fim, questionou-se se a estrutura complexa e distinta do processo de contraordenação, ou seja, se o facto da fase administrativa ser conduzida pela autoridade administrativa e concluída com a decisão condenatória proferida pela mesma, se não estará

²⁰⁸ Cf. FIGUEIREDO DIAS, 2001: 153.

²⁰⁹ Obs. Cit. MIGUEL PRATA ROQUE, 2013: 137.

²¹⁰ MIGUEL PRATA ROQUE, 2013: 138-139.

em causa o princípio da separação de poderes, concluindo-se, a par dos ensinamentos propugnados por Gomes Canotilho, que “a sobreposição das linhas divisórias de funções não justifica, por si só, que se fale de «rupturas de divisão de poderes». Estas rupturas ou *desvios do princípio da divisão de poderes* só são, porém, legítimos se e na medida em que não interfiram com o núcleo essencial da ordenação constitucional de poderes”²¹¹, deste modo, e pelo disposto no art.165º/1.d) da CRP, é legítimo que a separação de competências seja feita desta forma e que a fase administrativa do processo contraordenacional, tenha como entidade primeira do processo, a autoridade administrativa (salvo as devidas exceções do art.38º do RGCO). Para além disso, para que não seja questionada a imparcialidade das autoridades administrativas, na fase administrativa do processo contraordenacional, realçámos que os órgãos e agentes administrativos estão vinculados a princípios gerais, no exercício das suas funções, entre eles, o princípio da imparcialidade (tal como consta do art.266º/2 da CRP e do art.9º do CPA)²¹².

Relativamente aos princípios aplicáveis ao domínio contraordenacional, afere-se, a par do entendimento de Nuno Brandão, que ao domínio contraordenacional podem ser transpostos alguns princípios do âmbito penal, como sejam: o princípio da legalidade criminal (nas vertentes da lei escrita, prévia, certa e estrita²¹³ – art.29º/1, 3 e 4 da CRP), o princípio da aplicação retroativa das leis penais de conteúdo mais favorável (art.29º/4, parte final, da CRP e artigos 3º/2 e 5º do RGCO), o princípio do *ne bis in idem* (art.29º/5 da CRP), o princípio da proibição de penas de duração ilimitada (art.30º/1 da CRP), o princípio da intransmissibilidade da responsabilidade penal (art.30º/3 da CRP), o princípio da proibição de efeitos automáticos das penas (art.30º/4 da CRP) e o princípio da culpa²¹⁴.

Neste contexto, destacámos o princípio da culpa, uma vez que, não é concebível outro entendimento que não o de que também vigora este princípio no domínio contraordenacional, pois não se concebe que o Estado possa repreender e censurar alguém

²¹¹ *Obs. Cit.* GOMES CANOTILHO, 2003: 251.

²¹² *Cf.* MIGUEL PRATA ROQUE, 2013: 150.

²¹³ *Mais desenvolvimentos*, AUGUSTO SILVA DIAS, 2018: 67-78.

²¹⁴ Neste sentido, defende NUNO BRANDÃO, 2016: 883-884. Efetivamente, o autor entende que a aplicação destes princípios ao âmbito contraordenacional, ainda que possa ser condicionada por entendimentos diversos dos que aqui se propugnam, apresenta-se-nos como uma demonstração da proximidade material existente entre o direito penal e o direito de mera ordenação social.

sem que haja motivo legítimo para tal, que recaia sobre essa pessoa, e vale o mesmo entendimento para o princípio da intransmissibilidade da responsabilidade penal.

Trilhámos também um breve caminho acerca do princípio da proporcionalidade e do princípio da legalidade no âmbito contraordenacional, pois são essenciais na aplicação de qualquer sanção e relevámos que, pela articulação do art.43º com o art.54º do RGCO, perante a ocorrência de uma infração, a autoridade administrativa competente tem o dever de instaurar e prosseguir o procedimento sancionatório e, se for caso disso, aplicar uma sanção²¹⁵, como tal, vigora o princípio da oficialidade.

Também entendemos como necessário, salientar o princípio da presunção de inocência, uma vez que este representa um dos princípios essenciais do nosso ordenamento jurídico e a sua existência é fruto da evolução do direito e da própria sociedade e permite que os indivíduos fiquem salvaguardados de uma condenação sem fundamentos probatórios, configurando-se, nas palavras de Germano Marques da Silva, como um “verdadeiro princípio de prova, directamente vinculativo de todas as autoridades”²¹⁶.

A par destes princípios, optámos igualmente por desmistificar os contornos do princípio do *nemo tenetur se ipsum accusare* no âmbito contraordenacional, concluindo-se, a par de Augusto Silva Dias, que embora o direito à não-autoinculpação tenha sido tradicionalmente idealizado apenas para o domínio do direito penal, é também aplicável atualmente ao direito de mera ordenação social, por duas ordens de razões: em primeiro lugar, porque “em certos sectores deste ramo do Direito assistimos hoje à cominação de coimas de montantes elevadíssimos que podem provocar a asfixia económica de empresas e indivíduos e que, portanto, são altamente restritivas de direitos patrimoniais”²¹⁷ e em segundo lugar, porque as garantias constitucionais em que se alicerça este princípio, são também aplicáveis ao direito de mera ordenação social, pelo disposto no art.32º/10 da CRP, ainda que com certas dissemelhanças relativamente ao direito penal²¹⁸.

²¹⁵ LICÍNIO LOPES MARTINS, 2016: 621.

²¹⁶ *Obs. Cit.* SILVA, Germano Marques da – *Curso de Processo Penal*. 5ª ed (Volume II). Lisboa: Babel, 2011. ISBN 978-972-22-3043-8, p. 151.

²¹⁷ *Obs. Cit.* AUGUSTO SILVA DIAS, 2010: 244.

²¹⁸ *Cf.* AUGUSTO SILVA DIAS, 2010: 244.

Deste modo, para que as trincheiras existentes no direito de mera ordenação social, não passassem despercebidas, salientou-se o princípio da proibição da *reformatio in pejus*, cujos benefícios a retirar da consagração deste princípio, são superiores a possíveis falhas que existam, dado que como está articulado o processo contraordenacional, isto é, uma vez que é a autoridade administrativa a proferir a decisão condenatória, poder-se-ia sujeitar os indivíduos à resignação dessa mesma decisão, ao consagrar a *reformatio in pejus*, porque poderia compelir os mesmos a impugnar a decisão da administração, facto que não se compreende num Estado de direito como é o nosso, em que vigora o princípio do acesso ao direito e da tutela jurisdicional efetiva (art.20º da CRP). Lamentavelmente, tal como foi oportunamente supramencionado, através do exemplo da LQCA, do CdVM e do RGIT, a tendência tem sido a de limitar o princípio da proibição da *reformatio in pejus* ou até mesmo optar por consagrar a *reformatio in pejus*, situação essa que terá severas repercussões na descoberta da verdade material²¹⁹.

Por fim, imbuídos na realidade contraordenacional, versados sobre a defesa do arguido, no Capítulo III, salientámos o art.32º/10 da CRP e as ambiguidades relativas ao art.50º do RGCO, sendo que, idiosincrasias à parte no que se refere à alteração da epígrafe do artigo, cremos que, o mais relevante e premente, é a fixação de um prazo em dias, para que o direito a que assiste o arguido não seja desmerecido, dado que, por via da consagração deste direito, o arguido pode optar de entre várias possibilidades, como sejam: não se pronuncia, procede às diligências necessárias para a sua defesa ou recorre ao art.50º-A do RGCO (que se refere ao pagamento voluntário da coima, nos termos definidos no artigo)²²⁰.

Relativamente ao art.32º/10 da CRP, concluímos, a par de Tiago Lopes de Azevedo, que “se o direito sancionatório contra-ordenacional está previsto no art. 32.º da CRP e não na parte relativa à Administração, então parece-nos óbvio que o direito das contra-ordenações, como direito que impõe sanções (...) deve estar sujeito *grosso modo* às garantias expressas no referido artigo”²²¹.

²¹⁹ Cf. MARTINS, Licínio Lopes – O procedimento administrativo contraordenacional. In *Contraordenações nos Tribunais Administrativos*. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2019. ISBN 978-972-9122-98-9. Disponível em http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Administrativo_fiscal/eb_ContraTribAdm2019.pdf

²²⁰ Cf. JOAQUIM FERNANDES, 2002: 92.

²²¹ *Obs. Cit.* TIAGO LOPES DE AZEVEDO, 2011: 100.

Em suma, afigurou-se-nos como necessário salientar, nas palavras de Germano Marques da Silva, que o direito de defesa do arguido é essencial num Estado de direito democrático como é o nosso, “não é um favor ao arguido, mas um seu direito (...) e o seu respeito no processo é não só do interesse do próprio arguido, mas também da Justiça, o que é o mesmo que dizer da comunidade inteira”²²², sendo que o desrespeito por este direito, implica também a violação do princípio da presunção de inocência, que é um princípio básico inerente ao nosso ordenamento jurídico²²³.

²²² *Obs. Cit.* SILVA, Germano Marques da – O direito de defesa em processo penal (Parecer). *Direito e Justiça*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa. ISSN 0871-0336. Volume XIII, Tomo 2 (1999), p. 287.

²²³ *Cf.* GERMANO MARQUES DA SILVA, 1999: 287.

BIBLIOGRAFIA

- ALBUQUERQUE, Paulo Sérgio Pinto de – *Comentário do regime geral das contra-ordenações: à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011. ISBN 978-972-54-0246-7;
- ALVES, Luís – *O Regime Jurídico do «Licenciamento Zero»*. Coimbra: Almedina, 2012. ISBN 978-972-40-4762-1;
- ANDRADE, José Carlos Vieira de – *A Justiça Administrativa (Lições)*. 15ª ed. Coimbra: Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-6731-5;
- ANTUNES, Manuel Ferreira – *Contra-Ordenações e Coimas. Anotado e Comentado*. Livraria Petrony – Editores, 2005. ISBN 972-685-107-6;
- ANTUNES, Maria João – *Direito Processual Penal*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2019. ISBN 978-972-40-7350-7;
- AZEVEDO, Tiago Lopes de – *Da Subsidiariedade no Direito das Contra-Ordenações: Problemas, Críticas e Sugestões práticas*. 1ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. ISBN 978-972-32-1976-0;
- BELEZA, Teresa Pizarro – *Direito Penal*. 2º volume. AAFDL;
- BRANDÃO, Nuno – *Crimes e Contra-Ordenações: da Cisão à Convergência Material*. 1ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2016. ISBN 978-972-32-2314-9;
- BRANDÃO, Nuno – O direito à não autoinculpação no processo contraordenacional (e o dever de cooperação no procedimento de inspeção). In *Contraordenações Tributárias*. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2016. ISBN 978-989-8815-42-2. Disponível em http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Administrativo_fiscal/eb_contraordenacoes_t_20_16.pdf ;
- BRANDÃO, Nuno – Por um sistema contra-ordenacional a diferentes velocidades. In *SCIENTIA IURIDICA*. Tomo LXVI. Braga: Universidade do Minho, 2017;
- CANOTILHO, J. J. Gomes – *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003. ISBN 978-972-40-2106-5;
- CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital – *Constituição da República Portuguesa Anotada – Volume I*. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. ISBN 978-972-32-1462-8;

CATARINO, Luís Guilherme – *Regulação e supervisão dos Mercados de Instrumentos Financeiros: Fundamento e Limites do Governo e Jurisdição das Autoridades Independentes*. Coimbra: Almedina, 2010. ISBN 978-972-40-4143-8;

CORREIA, Eduardo - “Direito Penal e Direito de Mera Ordenação Social” in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Vol. XLIX. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1973;

COSTA ANDRADE, Manuel da - “Contributo para o conceito de contra-ordenação (A experiência alemã)”. In *Revista de Direito e Economia*. Coimbra: Livraria Almedina, anos VI/VII 1980/1981;

COSTA ANDRADE, Manuel da – *Nemo tenetur se ipsum accusare e direito tributário. Ou a insustentável indolência de um acórdão (n.º 340/2013) do Tribunal Constitucional*. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*. Coimbra Editora. ISSN 0870-8487. Nº 3989 (ANO 144 - 2014);

COSTA ANDRADE, Manuel da – *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*. 1ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. ISBN 978-972-32-2196-1;

DANTAS, A. Leones – *Estrutura da Infração Contraordenacional*. *Prontuário de Direito do Trabalho*. Edições Almedina. ISSN 0873-4895. I (2018);

DANTAS, A. Leones – Os Direitos de Audição e de Defesa no Processo das Contra-ordenações (Artigo 32.º, N.º 10, da Constituição da República). *Direito Contra-ordenacional*. Revista do CEJ. ISSN 1645-829X. 2º semestre, Nº14 (2010);

DANTAS, António Leones – O Despacho Liminar do Recurso de Impugnação no Processo das Contra-Ordenações. In *Regime Geral das Contraordenações e as Contraordenações Administrativas e Fiscais*. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2015. ISBN 978-989-8815-12-5. Disponível em http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Administrativo_fiscal/Regime_geral_contraordenacoes_contraordenacoes_administrativas_fiscais.pdf;

DIAS, Augusto Silva – *Direito das Contra-Ordenações*. Coimbra: Almedina, 2018. ISBN 978-972-40-7342-2;

DIAS, Augusto Silva – O direito à não auto-inculpação no âmbito das contra-ordenações do código dos valores mobiliários. *Revista de Concorrência e Regulação*. Almedina. ISSN 1647-5801. Ano 1, Número 1 (2010);

DIAS, Augusto Silva; RAMOS, Vânia Costa – *O Direito à não auto-inculpação (Nemo tenetur se ipsum accusare) no processo penal e contra-ordenacional português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. ISBN 978-972-32-1718-6;

FARIA COSTA, José de – Crimes e contra-ordenações (Afirmção do princípio do *numerus clausus* na repartição das infracções penais e diferenciação qualitativa entre as duas figuras dogmáticas). *Questões Laborais*. Coimbra Editora. ISSN 0872-8267. Nº17, Ano VIII (2001);

FERNANDES, António Joaquim – *Regime Geral das Contra-ordenações (Notas Práticas)*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. ISBN 972-8035-57-8;

FIGUEIREDO DIAS, Jorge De - “O movimento da descriminalização e o ilícito de mera ordenação social”. In *O Novo Código Penal Português e Legislação Complementar*. Fase 1. Jornadas de Direito Criminal: Centro de Estudos Judiciários, Lisboa. 1983;

FIGUEIREDO DIAS, Jorge De – Sobre os sujeitos processuais no novo código de processo penal. In *Jornadas de Direito Processual Penal: o novo código de processo penal*. Coimbra: Almedina, CEJ, 1988;

FIGUEIREDO DIAS, Jorge De – *Temas Básicos da Doutrina Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. ISBN 972-32-1012-6;

FIGUEIREDO DIAS, Jorge De; COSTA ANDRADE, Manuel da; COSTA PINTO, Frederico De Lacerda da – *Supervisão, Direito ao Silêncio e Legalidade da Prova*. Coimbra: Almedina, 2009. ISBN 978-972-40-3763-9;

LEITE, Inês Ferreira – A autonomização do direito sancionatório administrativo, em especial, o direito contraordenacional. In *Regime Geral das Contraordenações e as Contraordenações Administrativas e Fiscais*. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2015. ISBN 978-989-8815-12-5. Disponível em http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Administrativo_fiscal/Regime_geral_contraordenacoes_contraordenacoes_administrativas_fiscais.pdf ;

MARTINS, Licínio Lopes - A atividade sancionatória da Administração e o novo Código do Procedimento Administrativo. In Gomes, Carla Amado; NEVES, Ana Fernanda; SERRÃO, Tiago – *Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo*. 3.ª Ed. Lisboa, 2016;

MARTINS, Licínio Lopes – Âmbito da jurisdição administrativa no Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais revisto. *Cadernos de Justiça Administrativa*. ISSN 0873-6294. Nº 106, 2014;

MARTINS, Licínio Lopes – O procedimento administrativo contraordenacional. In *Contraordenações nos Tribunais Administrativos*. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2019. ISBN 978-972-9122-98-9. Disponível em http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Administrativo_fiscal/eb_ContraTribAdm2019.pdf;

MENDES, António Jorge Fernandes de Oliveira; CABRAL, José António Henriques dos Santos – *Notas ao Regime Geral das Contra-ordenações e Coimas*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2009. ISBN 978-972-40-3816-2;

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui – *Constituição Portuguesa Anotada – Volume I*. 2ª ed. Universidade Católica: Almedina, 2017. ISBN 9789-72-540-5413;

MONTEIRO, Fernando Conde – Breves reflexões epistemológicas sobre a delimitação entre o ilícito contraordenacional e o ilícito jurídico-penal em face da ordem jurídica portuguesa. In *SCIENTIA IVRIDICA*. Tomo LXVI. Braga: Universidade do Minho, 2017;

MOUTINHO, José Lobo – *A reformatio in pejus no processo de contra-ordenações*. *Direito e Justiça (Estudos dedicados ao Professor Doutor Nuno José Espinosa Gomes da Silva)*. Universidade Católica Portuguesa. ISSN 0871-0376. Volume I (2013);

PASSOS, Sérgio – *Contra-ordenações – Anotações ao Regime geral*. 2ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2006. ISBN 972-40-2854-2;

PEREIRA, António Beça – *Regime geral das Contra-ordenações e Coimas*. 12ª ed. Coimbra: Almedina, 2018. ISBN 978-972-40-7082-7;

PINTO, Frederico de Lacerda da Costa – As garantias do Estado de Direito e a evolução do direito de mera ordenação social. In *SCIENTIA IVRIDICA*. Tomo LXVI. Braga: Universidade do Minho, 2017;

PINTO, Frederico de Lacerda da Costa – Direito de Audição e Direito de Defesa em Processo de Contraordenação: Conteúdo, Alcance e Conformidade Constitucional. *Ciência Criminal*. Coimbra Editora. ISSN 0871-8563. ANO 23, Nº1, (2013);

PINTO, Frederico de Lacerda da Costa – O ilícito de mera ordenação social e a erosão do princípio da subsidiariedade da intervenção penal. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Coimbra Editora. ISSN 0871-8563. Ano 7 (1997);

PRATA ROQUE, Miguel, 2013, “O direito sancionatório público enquanto bissetriz (imperfeita) entre o direito penal e o direito administrativo – a pretexto de alguma jurisprudência constitucional”, *Revista de Regulação e Concorrência*, Coimbra, ano 4, n.º 14;

PRATES, Marcelo Madureira – Sanção Administrativa Geral: Anatomia e autonomia. Coimbra: Almedina, 2005;

REGO, Lopes do – Alguns problemas constitucionais do direito das contra-ordenações. *Questões Laborais*. Coimbra Editora. ISSN 0872-8267. Nº17, Ano VIII (2001);

RIBEIRO, João Soares – Sanções Acessórias das Contra-Ordenações Laborais. *In Direito e Justiça (Estudos dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier)*. Volume II. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, 2015. ISBN 978-972-54-0459-1;

SANTOS, Cácia Sofia Andrade dos – Princípio da proibição da *reformatio in pejus* no Direito Sancionatório Contraordenacional. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2017;

SANTOS, Manuel Simas; SOUSA, Jorge M. Lopes de – *Contra-ordenações. Anotações ao Regime Geral*. 6ª ed. Lisboa: Áreas Editora, S.A., 2011. ISBN 978-989-8058-59-1;

SANTOS, Vítor Sequinho dos – O dever de fundamentação da decisão administrativa condenatória em processo contra-ordenacional. *In Revista do Centro de Estudos Judiciários*. 2º semestre 2010, nº XIV;

SILVA, Germano Marques da – *Curso de Processo Penal*. 5ª ed (Volume II). Lisboa: Babel, 2011. ISBN 978-972-22-3043-8;

SILVA, Germano Marques da – O direito de defesa em processo penal (Parecer). *Direito e Justiça*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa. ISSN 0871-0336. Volume XIII, Tomo 2 (1999);

SILVA, Sandra Oliveira e – O Arguido como Meio de Prova contra si mesmo: considerações em torno do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*. Coimbra: Almedina, 2019. Teses de Doutoramento;

TAIPA DE CARVALHO, Américo A. – *Direito Penal – Parte Geral. Questões Fundamentais*. Porto: Universidade Católica, 2006. ISBN 972-8069-54-5;

VILELA, Alexandra – *Considerações Acerca da Presunção de Inocência em Direito Processual Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. ISBN 972-32-0946-2;

VILELA, Alexandra – *O Direito de Mera Ordenação Social: entre a ideia de “Recorrência” e a de “erosão” do direito penal clássico*. 1ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, S.A., 2013. ISBN 978-972-32-2139-8;

JURISPRUDÊNCIA

Acórdão do TC n.º 155/2007, publicado no Diário da República n.º 70/2007, Série II de 2007-04-10;

Acórdão do TC n.º 179/2005, publicado no Diário da República n.º 118/2005, Série II de 2005-06-22;

Acórdão do TC n.º 181/2005, publicado no Diário da República n.º 92/2005, Série II de 2005-05-12;

Acórdão do TC n.º 201/2014, publicado no Diário da República n.º 68/2014, Série II de 2014-04-07;

Acórdão do TC n.º 373/2015, publicado no Diário da República n.º 186/2015, Série II de 2015-09-23;

Acórdão do TC n.º 461/2011, publicado no Diário da República n.º 243/2011, Série II de 2011-12-21;

Acórdão do TC n.º 50/2003, publicado no Diário da República n.º 90/2003, Série II de 2003-04-16;

Acórdão do TC n.º 340/2013, proc. n.º 817/12;

Acórdão do TCAS, processo n.º 03497/08 de 24 de abril de 2008;

Acórdão do TR do Porto, processo n.º 0210733 de 8 de janeiro de 2003;

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 06-11-2018, processo 22/18.5T8ETZ.E1;

Assento de Fixação de Jurisprudência n.º 1/2003, publicado no Diário da República n.º 21/2003, Série I-A de 2003-01-25;

CASE OF SAUNDERS v. UNITED KINGDOM (Application no. 19187/91).