



1 2 9 0

UNIVERSIDADE D
COIMBRA

**O PRINCÍPIO “AUDIATUR ET ALTERA PARS” NO DIREITO SANCIONATÓRIO PÚBLICO:
PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO, E PROCESSO JUDICIAL. VÍCIOS FORMAIS E MATERIAIS.**
João Carlos Alberto



UNIVERSIDADE D
COIMBRA

João Carlos Alberto

**O PRINCÍPIO “AUDIATUR ET ALTERA PARS” NO
DIREITO SANCIONATÓRIO PÚBLICO:
PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO, E PROCESSO
JUDICIAL. VÍCIOS FORMAIS E MATERIAIS.**

VOLUME 1

Dissertação no âmbito do Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses, na vertente, Direito Administrativo, orientada pelo Professor Dr. Fernando Licínio Lopes Martins, apresentada à Faculdade de Direito, conducente ao grau de mestre.

Janeiro de 2021



UNIVERSIDADE D
COIMBRA

João Carlos Alberto

**O PRINCÍPIO “AUDIATUR ET ALTERA PARS”
NO DIREITO SANCIONATÓRIO PÚBLICO:
PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO, E PROCESSO
JUDICIAL. VÍCIOS FORMAIS E MATERIAIS.**

VOLUME 1

**Dissertação no âmbito do Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses, na vertente,
Direito Administrativo, orientada pelo Professor Dr. Fernando Licínio Lopes
Martins, apresentada à Faculdade de Direito, conducente ao grau de mestre.**

Janeiro de 2021

Agradecimentos

- O que seria eu, sem família, sem amigos, sem os professores que de mim cuidaram desde a primária à escola universitária?

- O que seria de mim, sem a ajuda financeira prestada pelos, SASUC, DGES, Fundação Rangel Sampaio, Fundação Salgado Zenha, OPRÉ-Chavalé)?

A resposta seria simples, continuaria a ser eu, eu mas diferente do eu que até aqui chegou. Agradeço à minha escola do Direito, aos meus queridos professores, da licenciatura ao mestrado, destacando:

- João Loureiro, por me ensinar a sonhar direito
- Pedro Cunha, por me ensinar a compreender economia
- Aroso Linhares, por me ensinar a falar direito
- Jonatas Machado, por me ensinar a amar mais o próximo
- Vieira Cura, por me ensinar a amar a origem disto tudo (Direito Romano)
- Rui Marcos, por me ensinar a história do Direito
- Licínio Martins, por me ensinar a “gostar” de Direito Administrativo
- À minha querida professora da primária, por me ensinar a ouvir, a estar calado, sentado e atento.

- Aos funcionários das secretarias (bedel), aos funcionários da biblioteca do catálogo, pelos seus inextinguíveis, carinho, bom trato, e competência a toda a prova

- À minha mãe, ao meu pai, que mesmo ausente, esteve sempre presente, aos meus filhos, Ari, Bruna e Sofia, à minha neta Ariela.

- Um especial agradecimento, à minha esposa Piedade, sem a qual, nada teria sido possível.

A todos quantos contribuíram para tornar este sonho em realidade, um eterno obrigado!

Resumo

Pretende-se uma compreensão mais ampla de como opera o “Princípio do Contraditório”, “A ampla defesa”, o respeito pelos direitos fundamentais, quando estamos perante o “Direito Sancionatório Público”, nos diversos ramos do direito, na fase administrativa e na fase judicial, com especial ênfase na fase administrativa.

Recorrendo à opinião crítico-construtiva de vários autores, com especial incidência no “Direito de Mera Ordenação Social”, regime geral e regimes especiais, no “Direito Penal”, no “Direito Civil/Direito do Trabalho – processo disciplinar”, “Direito Administrativo, o processo disciplinar”.

Aborda-se ao de leve, os recursos, as reclamações, como meios de reverter decisões desfavoráveis, bem como a audiência prévia, “espaços” privilegiados para o exercício do contraditório e da ampla defesa.

Seguindo a “boa doutrina”, criticando as soluções que me parecem menos acertadas, invocando jurisprudência dos tribunais superiores (Relações e supremo), lançando um olhar para o outro lado do atlântico (brasil), é neste turbilhão de pontos de vista convocados que pretendo fazer emergir uma ideia comum, ou pelo menos orientada numa determinada direcção, centralizada no princípio da dignidade humana, no Estado de Direito Democrático, no princípio da igualdade, no princípio do contraditório e da audiência prévia, assente na ampla defesa, sempre que se estiver em presença de um arguido, ao qual possa a vir ser decretada uma determinada sanção pelo Direito Sancionatório Público, quer na fase administrativa, quer na fase judicial.

Palavras chave:

- Princípio do Contraditório
- Ampla defesa
- Fase administrativa
- Fase judicial
- Adequação procedimental
- Princípio da igualdade
- Audiência prévia
- Doutrina
- Jurisprudência

- Direitos fundamentais
- Constituição
- Direito Humanos
- Direito Europeu
- Direito Brasileiro

Abstract

It is intended a broader understanding of how the "Principle of Contradictory" operates, "The broad defense", respect for fundamental rights, when we are dealing with the "Public Sanctioning Law", in the various branches of law, in the administrative phase and in the judicial stage.

Using the critical - constructive opinion of several authors, with special focus on the "Law of Mere Social Order", general and special regimes, on "Criminal Law", on "Civil Law/Labour Law - disciplinary procedure", "Administrative Law, the disciplinary process".

The appeals, complaints are lightly addressed as means of reversing unfavorable decisions, as well as the prior hearing, privileged "spaces" for the exercise of adversarial proceedings and full defense.

Following the "good doctrine", criticizing the solutions that seem to me to be less correct, invoking the jurisprudence of the superior courts (Relationships and Supreme Court), looking to the other side of the Atlantic (Brazil), it is in this whirlwind of points of view that I intend to bring out a common idea, or at least oriented in a certain direction, centered on the principle of human dignity, on the democratic rule of law, on the principle of equality, on the principle of contradictory and prior hearing, based on ample defense, whenever it is in the presence of an accused, to whom a specific sanction may be decreed by the Public Sanctioning Law, either in the administrative or in the judicial phase.

Key words:

- Contradictory Principle
- Wide defense
- Administrative phase
- Judicial phase
- Procedural adequacy
- Principle of equality
- Prior hearing
- Doctrine
- Jurisprudence
- Fundamental rights

- Constitution
- Human Rights
- European law
- Brazilian Law

Lista de siglas e abreviaturas

CRP – Constituição da República Portuguesa

CP - Código Penal

CPP – Código de Processo Penal

DL – Decreto-Lei

DUDH – Declaração Universal dos Direitos Humanos

CEDH – Convenção Europeia dos Direitos do Homem

TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia

Ibidem – da mesma obra

n.º - número

Ob. Cit. – Obra citada

Cit., cits. – Citado, citada, cita-se; citação, citações

P., pp. – Página, páginas

S., ss. – Seguinte, seguintes

AA.VV. – Vários autores

Cf. – Confrontar

GG – Grundgesetz (Lei Fundamental/Constituição da República da Alemanha)

StGB – Strafgesetzbuch (Código Penal Alemão)

SASUC – Serviços de Ação Social da Universidade de Coimbra

OPRÉ- Chavalé – Programa Operacional de Promoção da Educação (bolsa de estudo)

DGES – Direcção Geral de Ensino Superior (bolsa de estudo)

Índice

Resumo	2
Abstract.....	4
Lista de siglas e abreviaturas	6
Introdução:	8
Doutrina e jurisprudência	10
Proposta metodológica.....	62
Conclusão.....	63
Bibliografia	64
Jurisprudência (Relações / STJ).....	66
Anexos.....	69

Introdução:

O tema proposto nasce da curiosidade de compreender como seria o Direito Sancionatório Público, se existiria verdadeiro Direito, num procedimento administrativo ou num processo judicial que comina-se uma sanção, sem o pleno exercício do Princípio do Contraditório, sem o princípio da ampla defesa (AUDIATUR ET ALTERA PARS) ou sem o efectivo respeito pelos direitos fundamentais, com efectiva violação do princípio da dignidade humana, e nessa medida procurei saber o que pensava a doutrina e a jurisprudência nacional, juntando um “pisar de olhos” ao que se pensa no Brasil.

A proposta revelou-se uma verdadeira aventura bibliográfica, dada a quantidade de obras que pelo menos ao de leve aborda o tema.

Raramente lhe é dedicado um capítulo por inteiro, a dificuldade está nas escolhas, e em encontrar obras que tivessem uma dedicação exclusiva, escasseiam.

A bibliografia apresentada e estudada está toda disponível na biblioteca do catálogo, biblioteca geral e sala de revistas da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Partindo do ponto de vista de certos autores, realizámos os comentários que se impunham, numa dialéctica que pretende uma contribuição na compreensão actual e quiçá futura do princípio do contraditório, iluminado pela Constituição, artigo 32.º, n.º 5 (princípio do contraditório) e n.º 10 (direitos de audiência e defesa) in fine.

Aborda-se o procedimento administrativo, e o processo judicial, as suas implicações na correcta observância do princípio do contraditório, na fase administrativa e na fase judicial, com um breve périplo pelo tema dos recursos, assim como no Direito de Mera Ordenação Social (RGCO, e regimes contra-ordenacionais especiais).

A linha de pensamento, segue o correcto exercício do princípio do contraditório, a contrário senso, atribui-se menor importância ao incorrecto exercício do princípio do contraditório.

São abordadas algumas disposições legislativas dos códigos que se revelem especificamente importantes nesta matéria, a Constituição, decisões jurisprudenciais. Estará sempre presente o estudo do reforço das garantias de defesa, assente especialmente no princípio do contraditório e na audiência prévia.

No diálogo entre figuras próximas, procurar-se-á estabelecer a viabilidade pelo princípio da adequação formal, ao exercício do princípio do contraditório, tendo em conta

a boa gestão do procedimento pelo instrutor (agente administrativo), à maior concretização e eficiência prática da realização do princípio do contraditório.

Na verdade a índole administrativa é inquisitória, a questão está em como se pode fazer nascer nesta conformação um Direito centrado na pessoa, sujeito de direitos e deveres, humanizado, figura central do processo ou do procedimento.

Teremos que fazer um esforço sério na separação de quem investiga, instrui, acusa e condena na fase administrativa (separação das fases entre instituições), como reforço da garantia de um processo mais justo e com maior reforço das garantias de defesa do acusado, transformando a índole inquisitória em acusatória¹.

Para que tudo isto revista de facto condições de exequibilidade, ter-se-á que garantir a participação activa do sujeito (mesmo sem processo, como nos judiciais), protegida pelas garantias reais de tutela efectiva dos direitos², sempre que contra si se dirijam pretensões cujos efeitos jurídicos comprimam direitos ou imponham deveres coercivamente, como é o caso de sanções aplicadas pelo direito sancionatório público.

Com este poder de participação activa na marcha do procedimento ou do processo, pretende-se, sujeitos com deveres e com direitos, que sendo parte interessada na causa, participem na decisão final que os afecte, incorporem psicologicamente a mesma como uma decisão justa e adequada (Due Process of law)³.

Há um processo de inclusão⁴ a desenvolver, quando o decisor com clarividência, chama à responsabilidade, constrói bilateralmente a decisão que ao visado se imporá, transmitindo por esta via o sentimento de decisão justa, por vezes construindo ele próprio caminhos e soluções não previstas nas regras, mas de essencial importância para a marcha do procedimento e decisão do mesmo.

Proponho maior flexibilidade por quem dirige o procedimento (o instrutor, agente da administração), em que fase ou fases seria pacífica esta abordagem, através de uma compreensão do “iter” convocando o princípio da adequação procedimental⁵.

Procuró evidenciar a importância da intervenção do arguido, à luz do princípio do contraditório, contribuindo para uma visão actualizada

¹ Ver a este propósito, Antunes, Maria João, *Direito Processual Penal*, 3ª Edição, p. 25

² Ver a este propósito, *Constituição da Republica Portuguesa*, art.º 20, n.º 5, art.º 2.º CPTA

³ Ver a este propósito, *Constituição da Republica Portuguesa*, art.º 20, n.º 4

⁴ A preocupação do cumprimento voluntário como processo endógeno

⁵ *Artigo 7.º-A, n.º 1 do CPTA*, “o poder-dever do julgador

Doutrina e jurisprudência

De seguida, fazendo-se uma leitura atenta de como o princípio do contraditório está legislativamente explanado na constituição temos, o “Habeas Corpus”, que nos permite reagir a decisões ilegais, que ponham em causa a liberdade, um direito fundamental, por esta via permite o exercício dos direitos de audiência e contraditório.

As garantias do processo criminal, maximiza-se quanto possível, a possibilidade de realização da ampla defesa, contrastando com um processo de índole inquisitória, onde quem condena, é quem investiga e acusa, sendo que diz a constituição que nos ilícitos contra-ordenacionais, o direito de audiência e defesa é assegurado ao arguido, o que eu duvido. Só por lei pode ser dispensada a possibilidade do arguido contraditar, o regime da função pública, nada impede o visado no procedimento, oferecer provas, solicitar diligências, audição de testemunhas, no entanto quem faz isto tudo é um instrutor, e não um juiz, sem lei processual, mais ou menos entregue a si próprio.

Por outro lado, segundo a opinião do Professor Alexandre Soveral Martins⁶, o n.º 3 do art. 17.º-G também terá de ser considerado inconstitucional se interpretado no sentido de que a insolvência do devedor (agora empresa) pode ser declarada sem ter sido concedido o direito de exercer o contraditório. O crivo da proporcionalidade também o exigirá.

Tudo isso já deveria merecer intervenção célere do legislador. Mas outros motivos há para que surjam alterações ao art. 17.º-G do CIRE. (...) E a referência à declaração de insolvência pelo juiz (n.º 3) deveria surgir após aquela comunicação pelo administrador judicial provisório (sendo aberta a possibilidade de exercício do contraditório pela empresa antes de a sentença ser proferida, com eventual produção de prova).

- Da leitura do acórdão, sem anotação, e da leitura do acórdão anotado pelo Sr. Professor, verificamos duas soluções para o mesmo caso, em que no acórdão à uma preterição expressa do princípio do contraditório, constituindo uma verdadeira ofensa aos direitos de defesa da pessoa colectiva, sem poder exercer oposição à decisão do Administrador de insolvência, quando este solicita ao tribunal a declaração de insolvência.

⁶ Anotação ao acórdão n.º 675/2018 do *Tribunal Constitucional*

A posição defendida pelo Sr. Professor Soveral Martins, vai no sentido de não estar acautelado na lei, nesta fase do processo de revitalização da pessoa colectiva, a possibilidade de a mesma em face da morte anunciada, poder exercer o contraditório, salvando-se da extinção. Por isso critica a ausência de previsão legislativa e propõe uma solução, que a meu ver, espelha a concretização formal e material do princípio do contraditório, realizando por esta via a tutela efectiva dos direitos da pessoa colectiva.

Ana Paula Gonzatti da Silva⁷, da leitura da sua tese, nasce a compressão ou mesmo a supressão do princípio da ampla defesa e em especial do contraditório no auxílio directo entre países em cooperação judiciária, configura uma grave e latente violação de um direito fundamental do visado (concernido)⁸.

O princípio do contraditório ao sofrer este tipo de agressões, configura na prática uma ofensa ao estatuído no n.5 do artigo 20º da C.R.P. (acesso ao direito e tutela jurisdicional efectiva), colocando por esta via em causa o próprio sentido de Estado de Direito Democrático (artigo 2º da Constituição).

Com este tipo de actuação as entidades judiciárias interestaduais materializam uma ofensa inadmissível a um direito fundamental, o direito do acusado a defender-se.

Ao dissipar ou inexistir o princípio do contraditório fica em causa o próprio processo penal infirmado pela inerente índole acusatória, esbarrando inevitavelmente na presunção de inocência e no seu corolário de “in dúbio pró réu”.

Deixando de se observar estas balizas, estes limites, estando o princípio do contraditório no núcleo duro do próprio processo acusatório, deixando de o ser tornar-se-á a relação processual desequilibrada (ofensa ao princípio de igualdade de armas⁹ e princípio da proporcionalidade¹⁰).

Reis Friede¹¹, refere que o contraditório material, como o próprio nome sugere, alude à plenitude da máxima jurídica de que somente é possível (e, mesmo, lícito) decidir uma lide meritória (resolver um conflito de interesses) após a prévia (e, portanto, anterior)

⁷ “O Auxílio Directo à Luz dos Princípios da Ampla Defesa e do Contraditório”.

⁸ Concernido é o mesmo que requerido (réu; arguido)

⁹ Princípio da igualdade de armas, *artigo n.º 4 C. P. C.*

¹⁰ Princípio da proporcionalidade, *n.º 2 do artigo 18.º, 266.º n.º 2 da C. R. P., art.º 7 C. P. A.*

¹¹ *Do princípio constitucional do contraditório: vertente material e formal: à luz da evolução jurisprudencial e legislativa do regramento processual civil*

oitava das alegações, fundamentos e provas de ambas as partes litigantes, constituindo-se, portanto, em um instrumento de nítido conteúdo substancial e que se estabelece necessariamente a priori. Significa, em termos práticos, que em processo não pode haver surpresas, circunstância, esta, que impõe, sempre, e de forma insuperável, seja, em qualquer hipótese, ouvida previamente a parte contrária antes do decisum (audiatur et altera pars).

Como visto, a concepção moderna do princípio constitucional do contraditório entende que “não se pode mais, na actualidade, acreditar que o contraditório se circunscreva ao dizer e contradizer formal entre as partes, sem que isso gere uma efectiva ressonância (contribuição) para a fundamentação do provimento.

Conforme analisámos, há duas vertentes em que se desdobra o princípio constitucional do contraditório: o contraditório material (alusivo ao direito material controvertido – e, conseqüentemente, ao aspecto jurisdicional próprio, de carácter meritório) e o contraditório formal (relativo a aspectos exclusivamente processuais).

O contraditório material (verdadeiro) é sempre observado a priori, ou seja: qualquer decisão (antecipada ou não) de natureza meritória somente pode ser efectuada com a oitava prévia das partes contentoras.

Já, o contraditório formal (ficcional e impróprio), embora também deva ser observado, em regra, à priori, pode ser efectivado, excepcionalmente, a posteriori, ou, em outras palavras: a decisão processual (não meritória) pode ser, à guisa de exceção, tomada sem a oitava de uma das partes (ou até eventualmente de ambas – decisões ex officio), e somente após sua plena efetivação permitir vistas à outra parte (ou ambas as partes).

Pelo que nos parece, pode-se comparar entre a perspectiva constitucional portuguesa, e a perspectiva constitucional brasileira deste autor em relação à classificação, determinação e exercício efectivo do princípio do contraditório, não se apresentam pontos de divergência significativos.

Quiçá, possamos mesmo afirmar que a amplitude de liberdade de intervir através da invocação do princípio do contraditório e da ampla defesa seja mais efectivo no Brasil do que em Portugal. Em face do cumprimento do princípio da legalidade que é levado mais a sério em Portugal do que no Brasil, as partes em regra têm a sua intervenção conformada

por lei, tornado também por esta via, e não defraudando a segurança jurídica, os procedimentos menos flexíveis.

Augusto Silva Dias¹², refere que em relação, aos princípios da presunção de inocência, *ne bis in idem*, *nemo tenetur se ipsum accusare*, proibição da *reformatio in pejus*, no direito contraordenacional, que o artº 32º, n.º 10 da CRP estabelece que «nos processos de contra-ordenação, bem como em quaisquer processos sancionatórios, são assegurados ao arguido os direitos de audiência e de defesa».

Trata-se de uma afirmação do princípio do Estado de Direito no processo contraordenacional da qual emana a directiva constitucional de aplicar ao processo contraordenacional a vertente do modelo acusatório respeitante ao estatuto do arguido como autêntico sujeito e não mero objecto processual e todos os corolários que daí decorrem. Nas palavras de Gomes Canotilho e Vital Moreira, aquele preceito constitui uma irradiação para o Direito sancionatório público «requisitos constitutivos do Estado de direito democrático». O n.º 10 constitui a via através da qual alguns direitos e garantias do processo penal, designadamente os consagrados no art. 32.º da CRP, obtém aplicação ao processo contraordenacional dos “direitos de defesa”, esta expressão não se cinge estritamente aos direitos do suspeito ou do arguido a conhecerem os factos que lhes são imputados, requererem a produção de novos meios de prova, ou serem assistidos por defensor, pois é consensual a ideia de que a interpretação de disposições constitucionais respeitantes a direitos e garantias não deve pautar-se pela literalidade mas por critérios de máxima efectividade.

Na verdade, o direito do arguido a defender-se não pode ser concebido em separado das “defesas”, isto é, dos princípios, regras e recursos argumentativos por meio dos quais a defesa pode ser estruturada e desenvolvida. Aquela expressão engloba assim, como, de resto, temos vindo a assinalar, as garantias de defesa que se afigurem plenamente pertinentes e adequadas ao processo contraordenacional como a presunção de inocência, o *ne bis in idem*, o *nemo tenetur se ipsum accusare*, ou a proibição da *reformatio in pejus*.

É por esse motivo que pensamos que, integra-se no direito de defesa o princípio do contraditório, e por maioria de razão, sempre que há a aplicação de uma sanção pelo

¹² *Direito das Contra-Ordenações* - 2019 Reimpressão (Almedina)

direito público, independentemente do ramo do direito (penal ou de mera ordenação social), objectivando a maximização das garantias de defesa do arguido, operam ou deveriam operar por transposição as garantias de defesa a um processo justo (fair trial, due process), e direito a uma decisão em tempo razoável, útil (justice delayed is justice denied).

Nessa medida, como as garantias do processo penal são mais fortes para o arguido, esse nível mais elevado de protecção quando importado para o direito de defesa aplicado ao direito das contra-ordenações, suaviza o processo administrativo de cariz inquisitório, modelando-o a um processo de cariz acusatório sem deixar de o ser em termos de tramitação, onde apesar dessas vicissitudes já abordadas (quem investiga, instrui e acusa é a mesma entidade, mesmo que por órgãos diferentes), realizar-se-á por esta via o princípio do Estado democrático e o respeito pelo princípio da dignidade da pessoa humana, valor axiológico irreduzível!

Dai o autor afirmar que, o segredo de justiça não pode suprimir a prestação ao suspeito de todas as informações que importem ao exercício dos seus direitos de defesa. O art. 46.º do RGCO dispõe que as decisões e medidas tomadas pelas autoridades administrativas devem ser comunicadas às pessoas (singulares ou colectivas) a quem possam interessar. E os arts. 15.º, n.º1, e 59.º, n.º1 da Lei da Concorrência, e 7.º, n.º1 do Regime Sancionatório do Sector Energético obrigam as autoridades reguladoras respectivas a instruírem os seus pedidos de informações com as indicações da qualidade em que o visado é solicitado, e dos motivos e das finalidades do pedido. Entre as medidas, motivos e finalidades mencionados contam-se (não há razão alguma para os excluir) elementos relativos à investigação e à prova.”

Por conseguinte afirmamos que, há um mínimo irreduzível de informação a prestar ao visado/arguido, quando declarado o segredo de justiça¹³, na defesa das finalidades do mesmo ou dos intervenientes. Mesmo reconhecendo que existe um segredo de justiça interno e outro externo, leva-nos a pensar se acabando o segredo de justiça externo no processo administrativo, se o segredo de justiça interno se deve manter?

Mesmo assim, a preservação da informação (inalcançabilidade) terá que ter necessariamente garantida uma defesa suficientemente ampla o quanto baste para permitir

¹³ *Segredo de justiça*, art.º 20.º, n.º 3 da C. R. P.

que o arguido a possa exercer sem uma compressão tal que os seus direitos fundamentais se coloquem em causa, não sem antes atender ao princípio da proporcionalidade e a uma certa ponderação prática dos valores conflituantes!

A possibilidade do exercício de defesa do visado não é igualmente exercitável em todos os ramos (em que intervém) do direito contra-ordenacional¹⁴ (de mera ordenação social).

Em parte, tem a ver com a índole e especificidade da matéria e do campo de actuação da entidade que investiga, acusa e pune com coima o ilícito. A variação do valor da coima, pode ir das dezenas às centenas, das centenas aos milhares ou milhões, basta ver as coimas aplicadas pela entidade reguladora da concorrência, ou pela CMVM, ou pelo Banco de Portugal.

No entanto, para que não se frustre a finalidade da aplicação da coima (reparação e persuasão à não reincidência), mesmo assim há um limiar de actuação das entidades administrativas que têm que garantir a segurança jurídica das decisões a tomar futuramente, tendo por base a preservação e respeito pelo princípio democrático e do Estado de direito, o princípio da legalidade da actuação da Administração¹⁵.

A preservação dos direitos fundamentais do arguido/visado, o princípio do contraditório, a ampla defesa, as garantias jurisdicionais do processo e do agente, que à partida e sem se ter formado decisão irrecorrível, se presume inocente.

Esta forma de ver as coisas, tem também perspectivas diferentes consoante se apresente como realizador do ilícito, uma pessoa singular ou uma pessoa ficcionada sob a forma jurídica de pessoa colectiva (artº 7º, 17º/nº.1 e 2 do DL n.º 433/82, de 27 de Outubro).

Augusto Silva Dias afirma, sem pretender aproximar ou confundir o processo contra-ordenacional com o processo penal, sempre que no processo contra-ordenacional a revelação de meios de prova seja indispensável para o exercício efectivo do direito de defesa, o que acreditamos ser frequente nos processos por infracções contra o mercado dos valores mobiliários, deve a autoridade administrativa indicá-los na nota de ilicitude. Nas palavras do Acórdão do TC n.º 99/2009, que corrobora esta posição, é justamente na

¹⁴ Princípio da proporcionalidade (ver nota 8)

¹⁵ Art.º 3.º do C. P. A. E 266.º da C. R. P.

medida em que ao arguido é reconhecida a faculdade de no âmbito do pronunciamento previsto no artº 50º do RGCO. E para o fim aí previsto, exercer o contraditório sobre toda a prova produzida nos autos, que esta pode ser considerada no momento do apuramento dos pressupostos da responsabilidade”.

Assim, com o autor, leva-nos a pensar que, apesar do Direito Contra-ordenacional e o Direito Penal defenderem a protecção de bens jurídicos da mais variada índole, as sanções aplicadas são de espécie diferente, e valores pecuniários diferentes, o direito contra-ordenacional comina em coima a ilicitude praticada (artº 1º do RGCO)¹⁶, o Direito Penal em penas ou medidas de segurança (artº 40º C.P.). Logo por aqui se estabelece uma diferenciação genética.

O que é de realçar, tanto num caso como no outro, quando se determina a aplicação de uma sanção por uma entidade pública, não havendo oposição à decisão (recurso, impugnação, reclamação), a mesma é para cumprir, atingindo o património do visado, ou como no Direito penal, a própria liberdade.

A reacção do direito sancionatório público como “acto” que resulta de uma decisão, que inelutavelmente se vai impor ao visado, a sua legitimidade é carente da observância e cumprimento dos direitos de garantia de uma defesa efectiva, e por isso se torna incontornável o exercício do contraditório pleno e efectivo quer o arguido/visado se encontre no Direito Contra-ordenacional ou no Direito Penal. As preterições de formalidades que visem o reforço das garantias de defesa, não podem ser afastadas pelo aplicador/julgador, excepto nos casos previstos expressamente pelo legislador, no meu entender para menos não, para mais sim.

Refere Augusto Silva Dias que, a imposição de um limite de três testemunhas na fase de impugnação judicial seria fortemente limitativo dos direitos da defesa, mormente em processos complexos que têm por objecto contra-ordenações “modernas”. É ao juiz que cabe avaliar, em função da complexidade do processo e das concretas necessidades de prova, se é necessário que todas as testemunhas arroladas sejam ouvidas em audiência.

¹⁶ DL n.º 433/82, de 27 de Outubro

A nosso ver, nos processos de grande complexidade, é compreensível que quem afira da complexidade seja o juiz que vai julgar e decidir a causa. A celeridade e eficiência processual deve ser uma prerrogativa que norteie o processo, impondo-se para que se alcance uma decisão em tempo útil, com a justeza que se lhe exige. Nestas situações é de concordar quanto ao número de testemunhas, ou são limitadas por lei, ou no silêncio da lei, por decisão do julgador, quando na sua convicção para a boa decisão da causa basta um determinado número de testemunhas, assim como, por dever de ofício o juiz pelo princípio da oficialidade¹⁷ e investigação¹⁸ determinar certa diligência, inquirição de testemunha ou determinação de um certo meio de prova (perícia), essa aquisição processual contribuirá para o apuramento da verdade material e realização da justiça. Numa situação assim, em nada sai beliscada as garantias de defesa e o direito ao exercício do contraditório.

Augusto Silva Dias afirma que nem, todas as garantias de defesa do processo penal são transponíveis para o processo de contra-ordenação, mas parece-nos incontestável que o direito ao recurso é uma garantia do processo sancionatório público. Sendo a proibição da reformatio in pejus uma decorrência e ao mesmo tempo um suporte do direito ao recurso (em sentido amplo), enquanto direito de defesa, entendemos que ela vigora também no processo de contra-ordenação por via do art.º 32.º, n.º 10 da CRP.”

O que nos leva a pensar que quando alguém recorre (interpõe recurso) de uma sanção que lhe é desfavorável, é porque se sente desfavorecido, prejudicado.

Se o princípio da proibição da reformatio in pejus, apesar de não ter consagração expressa na constituição, sendo uma formulação doutrinal, plena de sentido e respeitada pela jurisprudência, quando aplicada aos recursos em Direito Penal vigora como um verdadeiro princípio e limite na proibição de agravação da sanção, no entanto, pode verificar-se um aumento do valor a pagar, por via de eventualmente o recorrente, à data possua uma situação económica mais avantajada do que na altura da determinação do valor inicial¹⁹.

¹⁷ Princípio da oficialidade; Antunes, Maria João, *Direito Processual Penal*, 3ª Edição p. 72

¹⁸ Princípio da investigação; Antunes, Maria João, *Direito Processual Penal*, 3ª Edição p. 185

¹⁹ Proibição da Reformatio in Pejus; art.º 72.º-A, n.º 2 do R. G. C. O.

Integrando-se também nas garantias de defesa do arguido/visado em processo de contra-ordenação, por maioria de razão também aqui deve ser respeitado esse limite, apesar de num caso e noutro, a constituição nada dizer de forma expressa.

Jónatas Eduardo Machado²⁰, refere que, em boa verdade pode dizer-se que o acolhimento do modelo napoleónico pela tradição jurídica portuguesa só veio retardar o processo de democratização e aprofundamento dos direitos de liberdade e igualdade de todos os cidadãos, já que contribuiu, em grande medida, para consolidar e reforçar o poder do executivo, tornando-o relapso a um controlo jurisdicional efectivo e consequente, baseado nos direitos dos cidadãos, e colocando-o numa posição especialmente vulnerável à instrumentalização por ideologias políticas totalitárias.

Embora a Revolução Francesa tenha legado ao mundo os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade (em grande parte recebidos do republicanismo anglo-americano de Oliver Cromwell e Thomas Jefferson), o certo é que as forças autoritárias e anti-democráticas cedo se aperceberam da existência, no seio do entendimento francês desse mesmo legado, de um mecanismo institucional e processual adequado para retardar o avanço desses ideais: a Administração executiva acompanhada de uma “justiça” administrativa parcial, dependente, débil e, em muitos casos, inócua. Assim sucedeu, em boa medida, entre nós.

Nessa medida pensamos que, por este excerto se compreende a herança acolhida pela nossa “máquina Administrativa” de inspiração francesa, que na verdade era forte contra os fracos, os administrados, em que não se dotava os tribunais de uma justiça administrativa forte o suficiente para impor como limite de actuação e tomada de decisões, o respeito pelos direitos fundamentais dos particulares, o princípio da igualdade, a tutela jurisdicional efectiva, o princípio do contraditório, a igualdade de armas, enfim o próprio Estado de Direito Democrático, alicerçado nos seus valores fundamentais, na sua prova rainha, o princípio da dignidade humana.

A Administração que tínhamos, assentava numa opção política, “tudo a favor do Estado, nada contra o Estado”.

²⁰ *Breves considerações em torno do âmbito da Justiça Administrativa*; STUDIA IURIDICA 86; COLLOQUIA – 15

Este tipo de pensamento naturalmente típico de uma ditadura comprime, restringe, esmaga os direitos fundamentais dos administrados, no qual obviamente se integra o princípio do contraditório tanto nos procedimentos administrativos como nos processos judiciais. Em causa fica por esta via o direito a uma defesa efectiva, ampla e justa, eficaz, tal é o desequilíbrio entre os entes com interesses conflitantes. Isto só começaria a mudar com a transição da ditadura para a democracia.

Os atrasos sofridos, fruto deste tipo de mentalidade, ainda pesam na Administração apesar das várias reformas do sistema de Administração pública, bem como a criação de verdadeiros tribunais Administrativos, independentes, autónomos e de pleno direito, consagrando a defesa dos direitos fundamentais dos administrados contra a violação dos mesmos pela Administração, garantido uma verdadeira e efectiva tutela jurisdicional.

Jónatas Eduardo Machado refere que, com efeito, numa ordem constitucional livre e democrática, estruturada toda ela com base no valor da dignidade da pessoa humana, e do Estado de Direito, a distinção entre direito público e direito privado tende a esbater-se, à semelhança do que já se verificava, em boa medida, no direito anglo-saxónico, com especial relevo para o direito norte-americano. Todo o direito visa a harmonização e a concordância prática dos direitos fundamentais entre si e de todos eles com os diferentes bens e interesses da comunidade e do Estado constitucionalmente protegidos, numa perspectiva de harmonização teórica, concordância prática e máxima efectividade normativa.

Nessa medida pensamos que, o nosso sistema jurisdicional é dual, duas ordens de tribunais, os judiciais ou comuns, e os Administrativos. Garantem, em tese, aos seus administrados (réu, arguido, visado) uma tutela efectiva dos seus direitos. No entanto persistem dúvidas, quer no processo quer no procedimento, facilmente podemos encontrar deficiências na concretização efectiva na defesa dos interesses dos visados, em especial por violação do princípio do contraditório ou na dispensa sem justificação da audiência prévia.

Relembra-se a propósito que nos tribunais administrativos, são decididos os actos impugnados, numa relação exígua, comparativamente aos tribunais judiciais, que apreciam e julgam a maioria das acções impugnatórias vindas da Administração.

No procedimento administrativo á uma clara insuficiência em assegurar o contraditório por parte dos interessados/visados, fruto da herança que ainda promana do modelo francês que Portugal adoptou, no entanto, no processo judicial, as garantias de tutela efectiva dos direitos são mais fortes, imperando um princípio do acusatório e um princípio do contraditório, com expressão material no princípio da presunção de inocência, as pessoas só são culpadas quando as decisões jurisdicionais transitarem em julgado.

Jónatas Eduardo Machado, ensina que, todos os tribunais nacionais são “tribunais de direitos humanos em sentido amplo”. O novo figurino da justiça administrativa apresenta-se especialmente adequado a esta noção de que cada tribunal nacional, seja ele comum, administrativo ou outro, deve autocompreender-se como um tribunal de direitos humanos em questões jurídico-administrativas concretas”

Na nossa perspectiva, Portugal como país subscritor da “Convenção Europeia dos Direitos do Homem”²¹, integra no seu ordenamento jurídico por essa via e em sintonia com a Constituição, os valores e princípios defendidos na mesma (artigo 8º/n.2 e 4 da C. R. P.).

Ao considerar-se assim nestes termos, qualificando os tribunais nacionais todos e quaisquer uns como tribunais de direitos humanos (em sentido amplo), atende-se ao princípio da dignidade da pessoa humana como preceito iluminador de qualquer processo nos tribunais administrativos ou nos tribunais comuns (judiciais), cuja violação se torna pelo menos tendencialmente intransponível, quase proibitiva, prevalecendo um núcleo irreduzível de direitos fundamentais do arguido a preservar o mais possível, atendendo às finalidades do processo, sendo aqui que se terá que realizar a ponderação prática dos direitos conflitantes, como ensina Figueiredo Dias, sem esquecer que as finalidades do processo penal são antinómicas e antitéticas, e eu atrever-me-ia a dizer que esta perspectiva em certa medida também é válida no processo nos tribunais administrativos, e até nos procedimentos administrativos (fora dos tribunais, na fase administrativa), quer sejam de índole contra-ordenacional, no ilícito de mera ordenação social, nos procedimentos disciplinares (com a nota de culpa, e o direito de defesa), independentemente da instrução e decisão a cargo das entidades reguladoras ou outras com poder sancionatório público.

²¹ https://echr.coe.int/documents/convention_por.pdf

Pensar assim não é meter tudo no mesmo saco, é sim perspectivar toda a tramitação e filosofia processual e procedimental a partir da óptica do julgador, do réu, do arguido, do infractor, atendendo sempre em consonância com o tipo de ramo de direito onde as situações concretas se localizam, com os seus “modus” e “tempus” de realizar o direito, com especial enfoque na preservação e estimulação da realização mais conseguida possível da ampla defesa do arguido, do acusado (CEDH, artigo 6º/n.3), em que mais uma vez, a realização plena do direito ao contraditório nas suas mais variadas vertentes (audiências prévias, audiências públicas, solicitação de diligências, oferecimento de provas, invocação de testemunhas, etc.) se perspectiva fundamental para a tomada de decisões justas particularmente dirigidas ao indivíduo.

Procura-se uma proposta de abertura dos processos e dos procedimentos em que os intervenientes/visados possam interferir mais, mais influir, pelo princípio da participação e do dever de colaboração para a descoberta da verdade e realização da justiça, construindo um sentimento e tomada de consciência de que a decisão que se lhes dirige tem muito de seu.

As decisões comparticipadas que nos são desfavoráveis, transmitem “per si” o desvalor do nosso comportamento, é o reverso da nossa irresponsabilidade, a vantagem é que na sua construção, o visado a quem a decisão se vai impor, pelo facto de na mesma ter tido a oportunidade de influir, melhor assimilada será, nessa compreensão do quê e porquê também se explicará o para quê.

Refere o citado autor, um dos subprincípios concretizadores do princípio do Estado de Direito diz respeito ao princípio da legalidade da Administração. Este tem subjacente a noção de que num Estado de direito democrático não pode existir um desfasamento entre a *law in the books* e a *low in action*, ou seja entre os actos normativos de natureza legislativa e os actos da Administração que procedem à sua regulamentação, execução e aplicação.

Um dos subprincípios deste princípio consiste no princípio da prevalência de lei, o qual, por sua vez, se concretiza nos princípios da legalidade negativa e da legalidade positiva. No primeiro caso, estamos perante a exigência de não contradição, nos termos da qual os regulamentos e os actos administrativos não podem ser contrários à lei nem contraditórios com ela. No segundo caso, estamos perante a obrigação, que impende sobre

a Administração, de emanção e prática de todos os regulamentos, actos administrativos e actos materiais necessários à boa execução da lei.

Na nossa opinião, fica clarificada a legitimidade da actuação da Administração, no que pode e no que não pode fazer por seu livre arbítrio. Essa legitimidade reside na lei (em sentido amplo) (artigo 161º da C. R. P.), na lei da Assembleia da república e no poder legislativo do governo (Dec. Lei) (artigo 198º da C. R. P.), governo que por inerência é o órgão máximo da Administração pública (artigo 182º C. R. P.).

É um poder do Estado, o poder político (A. R., governo) a controlar e ditar as regras a outro poder do Estado, a máquina do Estado. A Administração pela precedência de lei, tendo a jusante os tribunais, na realização do controlo jurisdicional da legalidade da actuação da Administração, quer seja através das impugnações judiciais de actos ou contractos, ou pelo direito de acção a fazer valer os seus direitos e a repor a legalidade da Administração (por acção ou omissão), artigo 4º do ETAF.

O próprio direito de acção contra a Administração também é por si só mais uma valência para que o lesado possa reagir e exercer o contraditório, perante uma decisão que se lhe depara desfavorável e com a qual não concorda.

Evidentemente que cabe em certas matérias e em certas situações uma certa margem de discricionarieidade no agir da administração com os seus administrados, por forma à concretização material da normatividade aplicada à realidade que se vai desenrolando nesta convivência (uma certa margem de discricionarieidade, sempre que possível, na realização de ambos os interesses conflituantes, interesse público/interesse particular), com respeito e limite pelos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados²².

Sacrifícios sempre haverá, a aceitabilidade terá que levar em conta o quantum de um em prol do outro deva ser restringido, observando o princípio da proporcionalidade, nessa adequação, sem pré dispensar o princípio da segurança jurídica, por uma questão de mínima certeza das decisões passíveis de antecipar ao cidadão médio, funcionando como garantia.

²² Regime dos Direitos Liberdades e Garantias, art.º 17.º da C. R.P.

Miguel Prata Roque²³ refere que, não só a emergência de um “movimento discriminizador” conduziu à sedimentação de um regime jurídico específico de verificação e de punição de ilícitos de mera ordenação social (“sanções contraordenacionais”), como o paralelismo substantivo das posições que os particulares ocupam em certas situações jurídico-públicas justificou a aplicação de (algumas) garantias penais e administrativas a processos que incorporam o exercício de poderes sancionatórios.

Ora, a restrição de um direito fundamental implica sempre a sua prévia, certa e esclarecedora previsão, seja quando esteja em causa um “direito, liberdade e garantia” (cfr. Artigo 18º, n.ºs 2 e 3, da CRP), seja quando esteja em confronto um “direito social”, pois assim o exige o “princípio do Estado de Direito” (cfr. artigo 2.º da CRP). Assim sendo, independentemente do específico substrato material do “princípio da igualdade penal”, certo é que nenhuma “norma sancionatória” pode furtar-se ao estrito respeito do “princípio da legalidade.

De onde decorre não ser necessário lançar mão daquele princípio mais específico para garantir o vínculo de previsibilidade a que estão sujeitas todas as “normas sancionatórias públicas”. Não raras vezes, procura-se extrair das “garantias de defesa em processo penal” a certeza acrescida de que os sujeitos passivos das sanções públicas não penais não se vêem privados de direitos fundamentais tão essenciais quanto o “direito de audiência” e o “direito ao contraditório” (incluindo a “proibição da indefesa”). E, com efeito, a própria Lei Fundamental cura de o esclarecer, sem margem para dúvidas (cfr. artigo 32.º, n.º 10, da CRP).

Contudo, não é demais realçar que, mesmo que tal expressa previsão constitucional não vigorasse, sempre se extrairia tal protecção das normas encarregues de reger a impugnação jurisdicional de actos administrativos.

Sendo configuráveis como “decisões administrativas”, as decisões sancionatórias já gozariam de uma ampla tutela jurisdicional efectiva, decorrente do n.º 4 do artigo 268.º da CRP.

Cumulação de poderes instrutórios e de poderes de decisão sancionatória, um último indício da autonomia juscientífica do Direito Sancionatório Público (não penal) resulta da inexistência de uma regra específica que determine a segmentação entre a

²³ O direito sancionatório público enquanto bissetriz (imperfeita) entre o direito penal e o direito administrativo: a pretexto de alguma jurisprudência constitucional

identidade do órgão encarregue do exercício de “competência instrutória” e do exercício de “competência decisória”.

Com efeito, ao contrário do que sucede no âmbito do Direito Penal (cfr. artigo 32.º, n.º 5, da CRP), não pode dizer-se que vigore, de modo directo, um “princípio do acusatório”, nos termos do qual quem investiga o cometimento do “ilícito administrativo” não pode, de igual modo, decidir acerca da sua comissão e da sua eventual punição.

Uma adequada solução dos dilemas colocados por esta inovadora e crescente metodologia sancionatória – com protecção simultânea do “interesse público” e das “garantias dos particulares” – exige um esforço multidisciplinar que permita uma síntese reconstrutiva dos parâmetros que balizam o Direito Sancionatório Público.

Assim dizemos que é mais confortável para quem tem que se defender de uma acusação, quando exista uma norma escrita, invocável e com força geral obrigatória, como é o caso do n.º 10 do artigo 32.º da C. R. P., no entanto, a maturidade do direito contemporâneo já nos autoriza a dizer que mesmo não havendo num determinado momento, num determinado processo ou procedimento, normativo expresso para a realização do exercício do contraditório, o mesmo deve ser permitido ou rejeitado pelo juiz, pelo instrutor, por quem julga, por quem instrui, por quem acusa, se e na medida em que não se revele uma “excepção dilatória”, que sirva para atrasar a marcha do processo ou do procedimento, ou torne a diligência escusada ou inútil. Seria por esta via, olhar para a realidade, e de certa forma, com a permissão da defesa, realizar materialmente o princípio do contraditório.

A vertente formal do princípio do contraditório, deve funcionar como um garante mínimo do exercício do contraditório.

A vertente formal do princípio do contraditório, é uma decorrência do princípio da legalidade, feita pelo homem-legislador, a vertente material é uma decorrência do princípio da dignidade humana, que em cada um de nós emerge.

Yduan de Oliveira May, Mauricio da Cunha Savino Filó²⁴, ensinam-nos que na Teoria Garantista, almeja-se proteger os direitos indisponíveis pela actuação controlada do

²⁴ *Os princípios do contraditório e da ampla defesa como instrumentos históricos garantidores da eficácia e legitimidade do processo administrativo disciplinar*

Estado. O processo administrativo disciplinar garante o servidor acusado contra decisões injustas e proporciona um clima de segurança e de legalidade Pública.

A constituição não assegura somente com o processo administrativo. Alia-o ao contraditório e à ampla defesa e seus meios e recursos inerentes.

Sem contraditório e ampla defesa não há processo administrativo, pois não se poderia falar em processo. O contraditório e a ampla defesa, como meios inerentes ao processo, qualificam o agir estatal no âmbito da processualidade, sintetizando-o em garantia de meios e resultados.

Celso Ribeiro Bastos sustenta, por ampla defesa deve-se entender o asseguramento que é feito ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade. A tudo terá de ser assegurado o direito do réu de contraditar, contradizer, contraproduzir e até mesmo de contra agir processualmente.

É pela afirmação e pela negação sucessiva que a verdade se levanta. Nada poderá ser inquestionável ou irrefutável. No Estado de Direito ninguém poderá ser julgado e penalizado sem uma defesa contraditória.

O conteúdo da defesa consiste em o réu ter iguais possibilidades às conferidas ao autor, para repelir o que é contra ele acusado. Tal igualação não pode ser absoluta, porque o autor e o réu são posições diferentes. Uma mesma faculdade conferida a um e a outro poderia redundar em extrema justiça.

A própria posição específica de cada um já lhes confere vantagens e ônus processuais. O autor pode escolher o momento da propositura da acção. Cabe-lhe o privilégio da iniciativa, e é óbvio que esse privilégio não pode ser estendido ao réu, que há de o acatar e a ele se submeter.

Daí a necessidade da defesa poder propiciar meios compensatórios pela perda da iniciativa. A ampla defesa visa, pois, a restaurar um princípio de igualdade entre partes que são essencialmente diferentes.

O contraditório, por sua vez, se insere dentro da ampla defesa. O contraditório é, pois, a exteriorização da própria defesa.

O acusado no processo administrativo disciplinar, tem o direito de se defender não por que seja culpado, mas porque é protegida a sua defesa, não interessando o fundamento da oposição, mas a oportunidade de fazer valer suas razões.

Na nossa opinião, a amplitude que a constituição brasileira oferece no exercício da ampla defesa, onde se integra o princípio do contraditório, mas não se esgotando nela, como por exemplo o direito de audiência, e a promoção de diligências para provar a verdade material dos factos, é mais favorável ao arguido do que o que expressa a nossa constituição.

Que em abono da verdade não especifica os moldes em que esse contraditório deve operar, o que faz, fá-lo de forma restritiva. Assistimos por comparação a uma assimetria em que em Portugal prevalece a vertente formal do princípio do contraditório, com clara insuficiência da vertente material, muito “encostada” ao princípio da legalidade na estrita assunção da palavra, já no Brasil ocorre a situação inversa, claramente se privilegia a vertente material do princípio do contraditório, funcionando a vertente formal como uma garantia mínima desse exercício.

O estado do nosso direito formal administrativo (escrito) ainda está muito ligado ao Direito Administrativo de inspiração francesa, sofrendo cumulativamente um “amadurecimento” pelo regime ditatorial que o tornou ainda mais legalista. Aos poucos e poucos tem procurado fazer o seu caminho..., coma criação de tribunais especializados, novos tipos de acções, novas tecnologias, profissionais com mais e melhor formação.

Anunciamos alguns dos preceitos legislativos do código do procedimento administrativo com importância para o exercício do princípio do contraditório, a exemplo, Acordos endoprocedimentais, e que a disponibilidade das partes em conformar o procedimento para melhor exercer o princípio do contraditório.

Aqui se procura à partida perante as especificidades da causa a julgar, a conformação dos procedimentos por vontade das partes com a devida anuência do decisor, tendo em vista maior eficiência e eficácia na tomada de decisões em especial através da definição e fixação de audiências prévias e o exercício do princípio do contraditório, estando sempre no horizonte a boa decisão da causa em tempo útil. O direito de audiência de interessados, direito de ser ouvido e de influir na decisão que lhe diz respeito, o princípio da participação, direito de audiência como dever da administração pública em permitir ao administrado uma intervenção efectiva na defesa dos seus interesses, constituindo-se assim um dever ex-ofício para a administração em relação aos seus administrados, a audiência de

interessados e audiência pública, é a prova rainha onde o interessado/visado pode exercer o seu direito ao contraditório e oferecer provas, solicitar diligências. A importância do princípio da oralidade e da imediação, a defesa directa dos seus interesses. Esta figura ganha grande importância na definição dos acordos endoprocedimentais, a admissibilidade de medidas provisórias, as medidas provisórias não carecem de audiência prévia, mas são impugnáveis nos tribunais administrativos, configurando-se por esta via “prima facie” um desvio ao princípio do contraditório, a audiência de interessados, em que os interesses podem defender-se por escrito e ou oralmente, o direito de audiência prévia, a imprescindibilidade da audiência de interessados, salvo raras excepções, excepções favoráveis ao visado, constituindo-se por isso mesmo um dever da administração e um direito do interessado, a dispensa de audiência de interessados, aqui se elencam os casos em que é a própria norma que habilita a administração à dispensa “ex-lege” da audiência de interessados. São situações específicas e que ou beneficia o administrado ou a pedido do mesmo, por outra parte, situações que se comprometem com a eficiência, eficácia e utilidade do próprio procedimento, desde que acautelados os princípios da proporcionalidade e segurança jurídica, mas mesmo assim, não deixa de ser um desvio à regra.

No código do processo nos tribunais administrativos, também aqui há normas que curam do exercício do contraditório, como por exemplo, o dever de gestão processual, a especial importância do princípio do contraditório, mesmo quando em questões irrecorríveis se estas contenderem com as garantias de defesa, os prazos de impugnação, a especial importância do princípio do contraditório, na impugnação de actos anuláveis, quando não se possa exigir a um cidadão medianamente diligente, em face da indução em erro pela administração.

Á uma dilação até 3 meses após a tomada de conhecimento do erro, audiência prévia, a conformação e adequação procedimental de praticamente todo o processo, com envolvência das partes sob direcção do juiz, ou do instrutor do processo, a não realização da audiência prévia, em face de certas especificidades consagradas na lei o juiz pode prescindir da audiência prévia.

Esta especificidade de lei prévia e lei escrita (princípio da legalidade) transpõe como limite e fundamento a proibição da diminuição das garantias do arguido porque a

não ocorrer configura na prática uma discricionariedade inadmissível do 3º imparcial (o juiz).

Essa decisão cabe em exclusividade pela legitimação democrática, ao legislador, a audiência final, nas alegações orais, os advogados podem contraditar uma vez. Por esta via realiza-se a expressão material do princípio do contraditório, objecto e limites da decisão, a dilação do prazo para que se possa exercer cabalmente o princípio do contraditório, a tramitação, por vezes face a determinadas circunstâncias, impõe-se uma audiência pública por razões de celeridade e procura de uma decisão justa e em tempo útil, quando se refere a prazos para o exercício do direito, fala-se em prazos de caducidade do direito, caso contrário preclui, a adopção de medidas provisórias, a realização do contraditório é uma exigência pelo direito de defesa, na medida em que será por aqui que o visado pode trazer a conhecimento a sua versão dos factos.

O mesmo se diga em relação ao Regime Geral das Contra-ordenações, o direito de audição e defesa do arguido, é o próprio legislador a impor limites ao aplicador do Direito, pugnando por garantir o direito de defesa do arguido. Como a norma é imperativa, a sanção pela preterição desta faculdade que assiste ao arguido, é cominada com a nulidade, com a notificação do direito de audição interrompe-se a prescrição, dando-se oportunidade para o exercício do contraditório bem como de outras prerrogativas possíveis da defesa. Note-se que, nos ramos do direito onde em função da sanção, for passível de privação da liberdade, o direito ao exercício do contraditório e audiência não pode ser afastado.

Segundo o professor Diogo Freitas do Amaral²⁵, o Decreto-lei nº, 256-A/77, de 17 de Junho, apresentado pelo Ministro da Justiça, Dr. Almeida Santos, que veio revogar o sistema autoritário de decisão administrativa self-evident, dispensada de qualquer fundamentação escrita mínima, e substitui-lo pelo sistema (mais adequado) da obrigação de fundamentar expressamente, e por escrito, pelo menos todos os actos administrativos que afectem os direitos individuais ou que imponham ou agravem deveres, encargos ou sujeições.

O velho princípio “quem manda, manda bem” foi assim substituído pelo princípio da “autoridade explicativa” – segundo o qual, em democracia, não basta mandar, é preciso explicar constantemente as razões determinantes das decisões que vão sendo tomadas.

²⁵ *Última lição* (A evolução do Direito Administrativo português nos últimos 50 anos)

A inexistência do dever geral de fundamentar os actos administrativos, bem como a falta do dever geral de antepor à decisão final a audiência prévia dos interessados, eram dois grandes factores de enfraquecimento da posição jurídica dos particulares diante da administração, o que tornava bem mais simples para esta a tarefa de governar e administrar nos tempos idos do Estado novo.”

Nessa perspectiva concordamos com o autor, as ditaduras restringem ou subvalorizam os direitos dos cidadãos, as democracias reforçam os direitos dos cidadãos, impõem limites intransponíveis à actuação do Estado (administração). Com esta visão assistimos a um reforço das garantias dos administrados na defesa dos seus interesses, através de tutela jurisdicional efectiva.

Assim refere o autor que, enfim, mencionarei a mais radical, a mais ousada e a mais útil medida inovadora do Código, consagrada aliás em cumprimento de um preceito constitucional (o art.º 268º, nº.3, de então; hoje, art.º 267º, nº. 5): refiro-me ao chamado “direito de audiência prévia” dos interessados, que deve preceder a tomada, pela Administração, de uma decisão presumivelmente desfavorável a um ou vários particulares (arts. 100.º a 105.º).”

Parece-nos obvio que, á época o direito irrenunciável a audiência prévia, constituiu-se como um direito inovador na esfera jurídica do administrado, por outro lado, é um limite é uma compressão à livre actuação da administração pública.

A realização da audiência prévia vem promover o diálogo com a administração, permitindo ao requerente influir na mudança de sentido da decisão que se advinha desfavorável, por esta via configura-se como um instrumento do exercício do contraditório e da tentativa de convencimento em sentido favorável dos órgão decisórios, fortalecendo as garantias de defesa pelo principio da participação, estreitando relações conflituantes “inter-partes”.

Por outro lado a impugnabilidade num tribunal administrativo do acto que decidiu a preterição da audiência prévia sem previsão legal, torna-se uma garantia de defesa “per si”, suscitando a intervenção de um poder do Estado perante outro poder do Estado para restabelecer a legalidade a que está vinculada, e isto é assim porque as decisões judiciais prevalecem sobre as decisões da Administração públicas e sector privado.

O autor refere-se da seguinte forma, todos nós – juristas adeptos do regime democrático – devemos aos que foram nossos professores de Direito Público – todos adeptos do Estado Novo – a isenção e probidade intelectual com que nos inculcaram o gosto do Direito e o amor pela Justiça e a lucidez com que nos transmitiram a noção básica de que a função primordial do Direito Público não é apenas conferir poderes especiais à autoridade para defender o Bem-Comum, mas também regular e limitar os poderes do Estado (e dos entes públicos menores) a fim de garantir o respeito pelos direitos fundamentais dos cidadãos e das suas organizações.

Nessa medida, apraz-nos dizer que, a doutrina “antiga” mesmo que simpatizante com os ideais do Estado Novo, não permitiu que essas convicções perpassassem para as gerações mais novas de docentes universitários. Por essa via permitiu-lhes uma formação intelectual e jurídica adequada a colocar acima de quaisquer convicções pessoais ou ideológicas o sentido de justiça, o que se reflectiu nas novas soluções propostas e consagradas pelo legislador na defesa dos direitos e garantias dos administrados e os poderes e deveres da Administração.

Os frutos recebidos pela criação académica (doutrina) foram ao longo do Estado de Direito Democrático um caminhar que se foi construindo e adaptando a novas mentalidades, a novas realidades, a novas necessidades que a própria vida exigia, revogando direito antigo, obsoleto, e consagrando novas soluções jurídicas, um direito moderno, actualizado.

Refere o autor, o direito Administrativo não é apenas um instrumento de liberalismo frente ao Poder, é ao mesmo tempo o garante de uma acção administrativa eficaz. Por isso (...), aquilo que caracteriza genericamente o Direito Administrativo é a procura permanente de harmonização das exigências da acção administrativa, na prossecução dos interesses gerais, com as exigências de garantia dos particulares, na defesa dos seus direitos e interesses legítimos.

Pensamos que o Direito Administrativo nascendo com o liberalismo, como meio de protecção do cidadão, contra um poder do Estado, a Administração é o “dever ser” com que o David pode obrigar o Golias a ser, a agir, a adoptar o comportamento devido.

É nesta perspectiva que se pretende harmonizar o poder e o dever de agir (comportamento) da Administração na relação com os administrados, tendo sempre como pano de fundo os direitos fundamentais dos cidadãos e os interesses colectivos a prosseguir pela acção da Administração, a prossecução do interesse público, e este com respeito pelos interesses dos particulares (art.º 4º CPA).

A administração prossegue o interesse colectivo, o particular prossegue os seus próprios interesses, estamos em presença de um interesse egoísta e um interesse altruísta, no entanto a prossecução do interesse altruísta é realizado por um ente forte a administração, o interesse egoísta é prosseguido por um ente fraco, daí a necessidade de reforço das garantias de defesa da parte mais fraca por forma a compensar esta relação desequilibrada, onde a “acção administrativa” é prova rainha, com as suas audiências, e a possibilidade de exercício do contraditório, por impugnação de actos administrativos lesivos dos direitos dos administrados (art.º 3.º do CPTA).

A fase administrativa tem carácter inquisitório (artº 58º CPA), a entidade que investiga, acusa e determina a sanção é a mesma, mesmo que por órgãos diferentes, logo por ai comparativamente à fase judicial existe uma diminuição das garantias de defesa, no qual se integra o princípio do contraditório. Note-se que quando se fala em “exigências da acção administrativa”, o sentido que se procura esclarecer é a prática e não as acções nos tribunais administrativos.

Freitas do Amaral questiona, porque aceitam os Homens, a fim de viverem em sociedade, que algumas das suas liberdades naturais sejam limitadas, para que um poder legitimo, fundado no consenso geral, a todos proteja da insegurança, a todos garanta a Justiça e em todos se apoie para conseguir melhorar as condições de vida dos mais desfavorecidos?

Parece-nos que mesmo o homem mais perfeito e forte, nasce frágil e indefeso, carente de protecção, poder-se-á levantar a questão, de que vale um só ser contra muitos unidos, pois nada..., a razão e a justiça andando de mãos dadas farão do mais fraco tão forte como qualquer outro singular ou colectivo (principio da igualdade).

Operando como mecanismo compensatório na protecção de valores elevados à categoria de direitos fundamentais que por todos sejam respeitados transcendendo a singularidade e a todos se impondo, esta é a essência do Direito, o nosso abdicar de parte da liberdade para ganhar protecção e segurança. A imposição de limites intransponíveis a este poder que sobre todos impende é uma exigência imposta por um princípio de humanidade e Estado de Direito Democrático, onde reside por inerência, um princípio do acusatório e por volte face, um princípio do contraditório que se integra nas garantias de defesa do acusado, do arguido. É nesta relação singular, mas que a todos diz respeito importando a todos e a cada um em particular, o reforço das garantias de uma tutela jurisdicional efectiva dos direitos fundamentais (20º da CRP) colocados em conflito entre este ente colectivo que a todos protege e sanciona e este ser individual frágil e carente de protecção.

É isto que nos ensina o legado do Sr. Professor Diogo Freitas do Amaral. O Direito imperfeito que por essa característica estará sempre em constante actualização, fruto da evolução humana.

Manuel Simas Santos, Jorge Lopes de Sousa²⁶, comenta os artigos do Regime Geral das Contraordenações, em relação ao Direito de audição e defesa do arguido, refere, os direitos de audiência e defesa do arguido em processo de contra-ordenação estão expressamente assegurados pelo n.º 10 do art.º 32.º da CRP, a não concessão ao arguido da possibilidade de ser ouvido sobre a contra-ordenação que lhe é imputada e sobre a sanção ou sanções em que incorre parece dever considerar-se uma nulidade insanável, trata-se de faculdades que ele utilizará ou não conforme entender e da forma que entender, em relação á proibição da *reformatio in pejus*, refere, Impugnada a decisão da autoridade administrativa ou interposto recurso da decisão judicial somente pelo arguido, ou no seu exclusivo interesse, não pode a sanção aplicada ser modificada em prejuízo de qualquer dos arguidos, ainda que não recorrentes.

O disposto no número anterior não prejudica a possibilidade de agravamento do montante da coima, se a situação económica e financeira do arguido tiver entretanto melhorado de forma sensível, para poder agravar-se a coima ao abrigo desta disposição não basta a melhoria sensível da situação económica do arguido, sendo também necessário

²⁶ *Contra-ordenações: anotações ao regime geral*, 6ª Edição, Áreas Editora, 2011

que tenha ocorrido uma melhoria sensível da situação financeira, pelo que haverá que atender não só às alterações patrimoniais da situação do arguido, mas também às alterações de disponibilidade de meios pecuniários.

A agravação da coima não poderá ocorrer sem proporcionar ao arguido a possibilidade de se pronunciar sobre ela, como decorre do direito de audiência do arguido, constitucionalmente assegurado (art.º 32.º, n.º 10, da CRP). Esta disposição aproxima-se do art.º 409.º do CPP que impõe, para o domínio do processo penal, o princípio da proibição da *reformatio in pejus*, e deve ser conjugada com a alteração introduzida pela Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto, ao n.º 3 do art. 402.º do CPP que prescreve que “o recurso interposto apenas contra um dos arguidos, em casos de comparticipação, não prejudica os restantes”, disposição também aqui aplicável, por força do disposto no art. 41.º do RGCO

Luís Guilherme Catarino²⁷, ensina-nos que, a Constituição e a lei regulam a aplicação de princípios materiais e procedimentais inerentes ao direito punitivo mediante o “transvase” dos princípios do direito penal e processo penal para o regime dos ilícitos de mera ordenação social.

No entanto, defendemos a sua integração num direito público sancionatório mais vasto e aplicação directa e não apenas com um regime de subsidiariedade daquele perante este (cfr. Os arts 32º e 41, n.º 1 do RGCORD). Tal movimento iniciado pelo TEDH torna-o especialmente garantístico e cumpridor dos “mandamentos” da jurisprudência e doutrina contemporânea de que os direitos de defesa sejam respeitados, desde logo, perante a autoridade administrativa com poderes sancionatórios.

Ao que nos parece, o autor fala em termos que não invoca uma autonomia e independência do Direito Contra-ordenacional em relação ao Direito Penal. Quando se deve criticar a ausência de um regime próprio que tona-se desnecessária a aplicação subsidiária do Direito Penal, tal como expressamente consagrado no art.º 32º do RGCO (DL n.º 433/82, de 27 de Outubro). Crítica dirigida ao legislador, que nestes 47 anos de democracia já poderia e deveria ter cuidado desta questão.

²⁷ A hetero-regulação dos mercados bolsistas pela CMVM e as garantias processuais fundamentais: da justiça administrativa às autoridades administrativas independentes

Apesar de idealizado nos anos 60 por Eduardo Correia, com a contribuição decisiva de Figueiredo Dias, só com este diploma entrou em vigor no nosso ordenamento jurídico, com inspiração no ordenamento jurídico alemão.

O direito contra-ordenacional especial (fora do RGCO), têm um poder superior ao projectado pelos seus ideólogos, basta ver as coimas aplicadas que por vezes violam de forma grosseira o princípio da proporcionalidade, colocando em causa o próprio direito penal como direito subsidiário e de última ratio, no sentido em que podem causar ao sujeito que praticou o ilícito, uma lesão de tal ordem que as reacções criminais do direito penal, comparativamente, algumas, são menos onerosas em termos reais. Falando-se, inclusive a este propósito de erosão do direito penal como direito subsidiário do direito de Mera Ordenação Social.

Vital Moreira e Catarina Sarmiento e Castro²⁸, a nosso ver, da leitura da obra ressalta que neste hiato temporal, 1974 – 1999, os tribunais Administrativos estavam muito concentrados nas grandes cidades, tornando-se na prática um entrave à realização da justiça. Quanto mais longe das populações estiverem as instituições, mais desapegada das pessoas estarão também as decisões judiciais, com claro prejuízo para as mesmas.

Graças à vontade política, e a actos concretos, nos anos que se seguiram operou-se uma verdadeira revolução com a dispersão dos tribunais pelo território, aproximando mais a administração da justiça dos administrados.

A justiça administrativa pós 25 de Abril ganhou autónoma personalidade ao longo do tempo, vindo a ser reconhecida como realizada em verdadeiros tribunais especializados em razão da matéria, assim consagrada por lei, no ETAF, em especial no artigo 4º, com a definição do que pertence e não pertence à jurisdição administrativa apreciar e julgar.

Este relatório elaborado por estes dois jurisconsultos, estabeleceram o ponto da situação, e com as suas recomendações, lançaram os alicerces para um caminho que ainda hoje inacabado, tem vindo a dar os seus frutos, no sistema judiciário ao que à justiça administrativa diz respeito.

²⁸ *A justiça administrativa em Portugal: 1974 a 1999*, p. 165 a 169

O autores Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias, Paulo de Sousa Mendes²⁹, observam o seguinte, feita a distinção principal nos modelos sancionatórios das autoridades reguladoras estrangeiras, proponho-me agora considerar brevemente o processo sancionatório não criminal, sendo devido, desde logo, ter em conta que é jurisprudência constante do Tribunal Internacional dos Direitos do Homem que tais processos e sanções aplicáveis, não sendo criminais porque são organizados perante uma autoridade administrativa, equiparam-se ao processo e sanções penais, sendo-lhes conferidas, em sede de processo, as garantias e direitos previstos nas disposições da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, em especial as que se consagram no seu artigo 6º para as sanções aplicáveis em processos tipicamente penais. É aquilo que chamam, e foi já reconhecido em mais que um acórdão deste Tribunal, das “sanções criminais por natureza” (criminal in nature).”

Quanto a nós, pensamos que, na senda da compreensão do autor supra citado, também eu pugno por uma equiparação, o mais próxima possível, do processo e do procedimento, na tramitação e fases processuais do processo administrativo ao processo judicial, no que concerne inclusive às fases processuais, às garantias do arguido, como se de uma fase judicial se trata-se, perante uma entidade administrativa investida do poder sancionatório público (extra judicial). As regras, “prima facie”, devem partir da observância da protecção e defesa do arguido perante a autoridade administrativa.

Logo por aqui ter-se-ia que espartilhar por entidades diferentes, por um lado, a investigação, e a acusação, e por outro, a instrução e a decisão de aplicação da sanção. Claramente, afastando toda a tramitação a decorrer nos diversos órgãos de uma mesma entidade, afastamo-nos de um processo de cariz inquisitório, aproximamo-nos de um processo de cariz acusatório, muito mais garantidor dos direitos fundamentais do cidadão de pleno direito, na conformação com o processo e com um reduto inultrapassável pela Administração.

Nesta perspectiva, o princípio do contraditório, da presunção de inocência, o direito ao recurso, à impugnabilidade das decisões da Administração, o direito a um processo equitativo, a uma decisão em tempo útil, ganhariam expressão real, material, deixando de ser meramente boas intenções.

²⁹ *Direito Sancionatório das Autoridades Reguladoras*, Coimbra editora, 2009

Na senda dos autores, em matéria de sanções privativas da liberdade, apenas previstas para crimes de mercado, não há grandes diferenças nos modelos norte-americano, europeu continental, ou do Reino Unido.

Há, sim, especialidades e estas de grande relevo no que toca a critérios de aplicação de sanções pecuniárias quer sejam impostas no âmbito de um procedimento administrativo, quer no âmbito de um processo penal.

Dai pensarmos que, tanto no Direito Penal como no Direito contra-ordenacional, a sanção firma a sua existência na culpa, sem culpa não à sanção, e por isso o arguido têm que beneficiar da presunção de inocência até decisão que se torne “caso julgado”, irrecorrível, definitiva, inatingível.

A convocação do princípio da proporcionalidade torna-se imperativo na determinação da sanção, a ilicitude não pode por si significar pretexto e fundamento para o abuso do direito.

A formação da decisão que se impõe ao visado deve nascer no diálogo construtivo e imanente à relação jurídica valorativa, no debate e rebate, na argumentação e contra-argumentação, na prova e contraprova, no contraditório e do acusatório, e assim se vai forjando aquela peça única e exemplarmente emergente do processo a que chamaremos decisão final.

Na mesma perspetiva os autores referem que é necessário, especialmente a respeito do Direito sancionatório das autoridades reguladoras, porfiar no desenvolvimento de um progressivo “cosmopolitismo jurídico”, pondo em causa a separação dos modelos da “common law” e “civil law” e acentuando, em termos práticos, as possibilidades de coabitação de ambos.

Concordamos, á um fundo de verdade na afirmação do pensamento do autor, o que nos transparece resultar da observação da prática na resolução dos litígios, daí o apelo que o mesmo faz dirigido à informalidade, e à reconstrução das soluções inspiradas no caso prático concreto e nessa medida recorrendo às soluções mais ajustadas criadas pelo decisor (imanência constitutiva), o que nem sempre é mau, mas por outro lado ao prescindir-se de uma certa estabilidade formal oferecida por lei prévia, fica em causa a

segurança jurídica como argumento ansiolítico das decisões que os arguidos/visados podem e em certa medida devem contar, a meu ver.

A ser assim, teríamos que percorrer um caminho à muito abandonado, conferindo ao julgador/decisor competências que no nosso sistema jurídico actual pertencem a outros órgãos constitucionais com poder legislativo, estaríamos verdadeiramente perante uma transferência de competências (entre o legislador e o STJ).

Haverá por ventura um certo modelo híbrido a ser forjado, renascido desta dialéctica entre os dois sistemas, os quais poderão conviver harmoniosamente com o que de melhor possa ter um e outro, sem desvirtuar a razão de ser do processo, do procedimento, com pleno respeito pelos direitos fundamentais do arguido, atendendo em especial à sua condição fragilizada, onde se torna imperativa a garantia de um direito de defesa forte, o mais amplo possível, com efectiva observância do princípio do contraditório, e por esta via realizando-se um Estado de direito realmente livre e democrático.

Refere o Paulo de Sousa Mendes, à falta de separação entre a instrução e a decisão.

Dir-se-á, porventura, que os “freios e contrapesos”, no sistema actual, acabam por funcionar através da possibilidade de impugnação judicial das decisões da AdC (autoridade da concorrência). É pouco: a própria fase administrativa do procedimento sancionatório especial por infracções às regras de concorrência devia ter estrutura acusatória o que implicaria uma separação total entre a entidade que investiga e a entidade que tem o poder decisório.

Disso também damos conta, os ramos do direito, na actualidade, em alguma medida por mais ténue que seja socorrem-se uns dos outros convivendo como se de uma comunidade se trata-se, a que inevitavelmente chamaríamos “sitematicidade”, cujos elementos agregadores são precisamente os princípios transpositivos, dando por esta via um sentido normativo indispensável à realização do direito.

O processo de índole inquisitória, como é o processo administrativo (extrajudicial, na fase administrativa), é muito menos garantidor dos direitos e liberdades fundamentais do arguido/acusado do que no processo acusatório, na fase judicial.

A tendência deve seguir a proposta de um processo administrativo acusatório na fase administrativa, vendando a uma determinada entidade que tenha o poder de investigar, instruir, acusar e sancionar.

Na perspectiva actual pelo facto de estarmos na fase administrativa do processo, perante um sistema inquisitório, a diminuição das garantias efectivas de defesa do arguido não raras vezes, perante uma administração intransigente e forte com os fracos, redundando em decisões injustas ou em impugnações judiciais, ou então, recursos para os tribunais judiciais ou administrativos.

O sistema como está desenhado é por si só promotor de litigância precisamente pela relação desequilibrada que ainda persiste entre a autoridade administrativa com poder sancionatório público e o infractor. Pugna-se por, na fase administrativa do processo, a separação entre entidades que investigam e acusam e as que sancionam aplicando a coima e as medidas acessórias, com privilégio e reflexo directo na transparência, isenção, imparcialidade, e com toda a probabilidade na decisão mais justa, realizando uma verdadeira justiça, em nome de todos e a que todos estarão sujeitos.

Frederico de Lacerda da Costa Pinto³⁰, refere, a execução plena do programa político-criminal desenhado nos anos sessenta, debatido durante a década seguinte e legislativamente concretizado nos anos oitenta, supunha que estes três níveis de autonomia do ilícito de mera ordenação social se mantivessem e se consolidassem, o que no plano da articulação com o sistema penal conduziria a uma bipolarização clara entre o ilícito de mera ordenação social e o ilícito criminal.

No âmbito do Direito de Mera Ordenação Social segue-se um princípio de equiparação entre pessoas físicas colectivas para efeitos de atribuição de responsabilidade (art. 7.º, n.º1, do regime geral) pelo que a responsabilidade de um dos agentes não exclui a do outro e, portanto, mesmo que o facto seja cometido por uma pessoa física em nome de uma pessoa colectiva ele é susceptível de ser imputado pessoalmente a cada um dos sujeitos.

Tudo ponderado, a conclusão só pode ser a seguinte; a teoria do domínio do facto não deve ser acolhida no Direito de Mera Ordenação Social por incompatibilidade substancial com a matriz dogmática do conceito extensivo de autoria consagrado no art.

³⁰ *O ilícito de mera ordenação social e a erosão do princípio da subsidiariedade da intervenção penal*

16.º, n.º 1, do regime geral das contra-ordenações e uma clara insuficiência dogmática de origem perante as realidades específicas do Direito de Mera Ordenação Social em sede de

A invocação do Direito Penal como Direito subsidiário nos termos do art. 32.º do Decreto-lei n.º 433/82, de 27 de Outubro, só é possível e legítimo «em tudo o que não for contrário à presente lei...». O que em matéria de comparticipação significa que o conceito extensivo de autor decorrente do art. 16.º, n.º1, do regime geral, não pode ser contrariado pelas modalidades típicas de comparticipação criminosa, nem tão pouco pode ser desvirtuado ou inutilizado pela invocação de uma base teórica (como seja, por exemplo, a teoria do domínio do facto) que, podendo explicar eficazmente as modalidades de envolvimento de várias pessoas num crime, não decorre expressamente da lei, nem se pode sobrepor àquela já vigente no sistema legal das contra-ordenações.

A evolução do Direito de Mera Ordenação Social entre nós, especialmente durante a última década, desviou-se ostensivamente destas linhas de força. O que se pode identificar é o alargamento das zonas de intervenção deste sistema sancionatório, o aumento da gravidade das sanções aplicáveis e, em algumas áreas específicas, uma crescente complexidade do seu regime substantivo pelas matérias regulamentadas.

Apesar deste fenómeno de expansão não houve uma evolução do regime geral do ilícito de mera ordenação social no sentido de conciliar a eficácia dos mecanismos de atribuição de responsabilidade pelas autoridades administrativas com a garantia da esfera de liberdade e expectativas dos particulares. Entre a garantia e a eficácia o legislador tem optado, talvez correctamente, por privilegiar a primeira.

Uma Administração ineficaz é nestas áreas, como noutras, sinónimo de um «vazio de poder» que na realidade o não é pois, como foi já notado por Batista Machado, outras forças não legitimadas nem controladas preencherão essas áreas de poder.

Assim pensamos que, com a ausência de institutos próprios, preenchidos supletivamente, inclusive por remissão legal (artigo 32.º) para o Código Penal, o ilícito de mera ordenação social perde por esta via autonomia, confundindo-se e indesejavelmente aproximando-se do Direito Penal, por via ordinária, sem respaldo axiológico na Constituição.

Crítica seja feita ao legislador, na medida em que estas questões já deveriam estar devidamente tratadas, tendo em atenção a sua etimologia e especificidades, até em

obediência ao princípio da legalidade na vertente de lei prévia e estrita. Daqui se subtrai uma natural conclusão, não é possível que operem correctamente as garantias de defesa consagradas na constituição, por força da distorção de base na “formatação do processo” na fase administrativa quando se importam os mecanismos pensados para o direito penal e não em específico para o Direito de Mera Ordenação Social.

O autor refere, o programa político-criminal de criação de duas grandes modalidades de ilícitos sancionatórios (crimes e contra-ordenações), que tenderiam a extremar-se nas previsões da doutrina, encontra-se iludido e contrariado por esta tendência dogmaticamente perversa de «aproximação» ao Direito Penal, de que a reforma de 1995 é o exemplo mais próximo.

Diríamos que, no regime das contra-ordenações, quando se invoca a título subsidiário, as disposições do C. P., pelo facto, já configura “per si” uma adaptação, cuja maior incompatibilidade é verificável na determinação do regime da autoria, participação, cumplicidade, com claro prejuízo para o ente colectivo, em relação às garantias de defesa e do exercício do princípio do contraditório, porque este age e reage através das pessoas individuais (de carne e osso).

Quanto ao direito fiscal, o legislador também não se esqueceu de consagrar normas para que se exerça o princípio do contraditório, a este propósito, o artigo 45.º n.º 1 do CPPT, A relação íntima e concretizadora do princípio do contraditório, a participação na formação da decisão com carácter de pessoalidade, uma participação activa.

Na audiência oral, a importância do princípio da oralidade e da imediação, quando assim aconteça, as declarações são reduzidas a termo (escrito). Ou nas presunções, quando o interessado pretender ilidir uma presunção, pode exercer o contraditório como garantia de defesa, se esta for uma presunção ilidível, ou em relação às testemunhas, os depoimentos são prestados em audiência de contraditória.

Bem assim também no direito processual civil, a necessidade do pedido e da contradição, o dever do tribunal cumprir e fazer cumprir o princípio do contraditório, o Contraditório do requerido, no procedimento cautelar comum, a dispensa excepcional da audição do requerido, é um desvio à regra, Inversão do contencioso, a dispensa do procedimento sem contraditório prévio, é uma excepcionalidade imposta por lei,

contraditório subsequente ao decretamento da providência, o exercício do direito ao contraditório subsequente ao decretamento da providência cautelar, é um desvio à regra, no entanto é o próprio legislador que a consagra expressamente, termos posteriores aos articulados nas acções de valor não superior a metade da alçada da Relação, é assegurado o exercício do contraditório nas excepções não debatidas nos articulados, despachos que não admitem recurso, não é lícito ao juiz prescindir do direito ao contraditório ou quando exista ofensa ao princípio da igualdade, mesmo em questões em que à partida não seria admissível, o exercício do contraditório no arbitramento de indemnização contra o Estado, o contraditório é meramente formal, nada obriga a havendo concordância que se tenha que exercer na realidade o contraditório

Lucinda D. Dias da Silva³¹ comenta a relação entre a valoração da prova difícil e o direito ao contraditório, da seguinte forma, o Tribunal quedou, pois, numa situação de dúvida, incapaz de ser superada com base em prova directa, como que oscilando entre seda e jade.

O problema da prova difícil assume natureza central no plano das garantias processuais, na medida em que o direito à prova representa, na sua essência, uma manifestação, em segundo grau, do direito das partes a pronunciarem-se e a exercerem o contraditório.”

Consideramos que não havendo prova, ou havendo prova indirecta, há uma dificuldade acrescida de validar a mesma, por causa do objecto, e das valorações possíveis que se lhe podem atribuir para valer como prova, nesta indecisão têm que ser o julgador a decidir, se a prova é válida ou não, tendo em causa o caso concreto, o que não se pode é cair no limbo.

Isabel Alexandre³², refere que, a citação do réu é um acto obrigatório e objecto de regulação minuciosa (arts. 3.º, n.º 1, parte final e 219.º e segs.), as partes têm o direito de responderem a pedidos e questões suscitadas pela parte contrária (arts, 3.º, n.ºs 1 e 4, 569.º e segs. e 584.º e sgs.), as partes têm o direito de se pronunciarem sobre as provas

³¹ *Entre seda e Jade: prova difícil e ónus da prova*

³² *O contraditório no processo civil português análise de algumas questões à luz do direito interno e do direito europeu*

apresentadas pela parte contrária (art.º 415.º), o juiz não pode apreciar pedidos e decidir questões suscitadas pela parte sem que a outra parte seja ouvida (art. 3.º, n.ºs 2 e 3, 1ª parte). O juiz não pode decidir questões de conhecimento oficioso sem que as partes sejam ouvidas (art. 3.º, n.º3, 2ª parte). Estas expressões do contraditório podem ser condensadas ou traduzidas em duas vertentes do princípio do contraditório conforme ensina M. Teixeira de Sousa, seriam elas o direito de resposta (que aglutinaria a primeira, a segunda e a terceira das referidas expressões) e o direito à audição prévia (que aglutinaria a quarta e a quinta).

Ora, na ausência, no CPC, de uma posição como a do art. 129.º do CPP sobre o depoimento testemunhal indirecto – que só permite a sua valoração em certas condições, mas nunca a permite se o depoente não indicar a sua razão de ciência -, a jurisprudência portuguesa tem discutido a possibilidade de o mesmo ser valorado em processo civil, à luz do princípio do contraditório. E em geral tem respondido afirmativamente. Assim, por exemplo, no ac. do Tribunal da Relação de Lisboa de 22-5-2014 (Proc. 3069/06; Esaguy Martins), em cujo sumário se lê que “(O) chamado depoimento indirecto, exigindo maiores ou menores cautelas e reservas, na sua livre valoração, consoante as matérias e contextos a que reporte, não é objecto de desvalorização ou limitação no processo civil, (neste sentido consulte-se, por exemplo, o ac. do Supremo Tribunal de Justiça de 5-7-2018 (Proc. 97/12; Fernanda Isabel Pereira) - , deve valer também para o processo civil a regra que está consagrada no n.º 3 do art. 129º do CPP, segundo a qual é proibido valorar o depoimento indirecto (em sentido impróprio, isto é, o depoimento de ouvir dizer) quando o depoente não indica a sua fonte. Decisão-surpresa, ac. do TRE de 6-4-2017 (Isabel Peixoto Imaginário; Proc. 137/15), em cujo sumário se lê: O regime processual civil não permite decisões-surpresa; A enunciação dos temas da prova constitui um instrumento processual que permite orientar os sujeitos processuais no desenvolvimento da fase de produção de prova, com vista a que se alcance o fim desta: o apuramento da verdade e a justa composição do litígio;

Contraditório e reconhecimento de decisões estrangeiras.

A violação, de alguma forma, do princípio do contraditório ou de audiência prévia, deve influir na decisão do juiz europeu no reconhecimento das decisões dos tribunais estrangeiros, no não reconhecimento dessas decisões precisamente por violação

do direito de defesa no qual se integra o princípio do contraditório. Acórdão do TJ de 2-4-2009 (Marco Gambazzi, Proc. C-394/07). Esta jurisprudência – que encontra agora acolhimento expresso em vários regulamentos europeus que arvoram em fundamento de recusa de reconhecimento de decisões estrangeiras o desrespeito pelo princípio do contraditório (veja-se, por exemplo, o art. 23.º, alínea d) do Regulamento (CE) 2201/2003 do Conselho de 27 de Novembro de 2003, ou o art. 45.º, n.º 1, alínea b), do Regulamento (EU) n.º 1215/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho de 12 de Dezembro de 2012), o que justifica pela circunstância de o respeito pelo princípio do contraditório ser, como tem afirmado a jurisprudência europeia, condição de confiança mútua na administração da justiça nos Estados-Membros em que os institutos do reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras se traduzem, e, nesta medida, condição da criação e manutenção de um espaço sem fronteiras internas.

Pensamos que o que extrai desta obra, é a noção de que os países europeus não devem reconhecer as decisões (sentenças e acórdãos) de outras jurisdições fora da União Europeia, por violação do princípio do contraditório. Quanto ao espaço europeu e às decisões do espaço europeu, existe uma uniformização que tem vindo a ser trabalhada pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, pelo princípio do reconhecimento mútuo, para que as decisões dos tribunais no espaço europeu, se não violarem os direitos fundamentais, devem ser imediatamente reconhecidas.

Lucinda D. Dias Da Silva³³ refere-se ao processo cautelar comum nestes termos, , assistindo hoje ao autor (exequente, recorrente ou requerente) o direito ao exercício da actividade jurisdicional e a que o fruto desta se revista de efeito útil (direito à tutela jurisdicional efectiva), tal sujeito tem direito a que o processo assegure, não apenas que a actividade jurisdicional possa ser *adequadamente desenvolvida* (conduzindo a uma decisão que consubstancie uma solução justa), como ainda que tal exercício tenha lugar em termos que preservem a sua *utilidade* ou *eficácia prática*.

O processo é, portanto, instrumento de resolução da situação subjectiva carecida de tutela e de realização concreta do direito substantivo, ao nível da *declaração* judicial e da *prática*.”

³³ *Princípio do contraditório e Dispensa de Audição Prévia do Requerido*, Coimbra Editora 2009

A nós parece-nos que a justiça, salvo raras excepções em que se admite a acção directa, realiza-se num processo justo, adequado e em tempo útil.

O processo é em si mesmo o “espaço formal” onde é dada a oportunidade às partes para realizar a integração e reconhecimento dos seus direitos e obrigações, com a garantia de uma decisão justa e adequada proferida por um terceiro imparcial, que não sendo parte, tem interesse na causa, porque se pretende com a realização da justiça, a pacificação da comunidade e a afirmação da validade da norma com os seus valores prático-normativos reafirmados, e o restabelecimento possível da relação que se tornou desequilibrada por força da violação de um direito subjectivo. Nesta medida, a instrumentalidade do processo, tem tanto de necessário como de imprescindível para que se assegure tanto na pretensão como na contradição, as garantias a um processo jurisdicional justo e adequado onde se integra indispensável e necessariamente o princípio do contraditório. Se assim não fosse ficar-nos-ia a certeza de que certezas não teríamos.

O princípio da segurança jurídica ficaria em crise, e em crise ficaria o próprio Estado de Direito.

Por outro lado, o processo tem uma determinada organização processual (tramitação processual), onde se inserem as diversas peças jurídicas, passíveis de serem consultadas pelas partes, e em caso de recurso, voltarem a ser reapreciadas e validadas, tornando-se a base para a decisão em fase de impugnação ou recurso.

Associando o princípio do contraditório ao princípio do Estado de Direito, NICOLOPOULOS refere: “Hoje o princípio do contraditório é tido como o “esquema fundador” do Estado de Direito e dos regimes democráticos. Tende a aplicar-se a todos os processos jurídicos (judiciários, arbitrais ou disciplinares) de todos os ramos de direito.” “La procédure devant les juridictions répressives et le principe du contradictoire”, *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, n.º. 1, Jan-Mar, 1989, p. 2. Também no sentido de que «... o direito a ser ouvido é inerente a toda a função jurisdicional.», Franz Matscher, “Le principe du contradictoire”, *Documentação e direito comparado*, Lisboa, n.º 75-76, Lisboa, 1998, p. 120. Na mesma linha de raciocínio, F. Ferrand refere representar o contraditório, «... uma regra processual objectiva insusceptível de ser negligenciada, qualquer que seja o tipo de processo» ”.

A este propósito podemos afirmar que para que se chegue a uma decisão justa, comunitariamente vinculativa, o processo é condição indispensável, exigida pelo Estado de Direito democrático na realização da justiça. A herança jurídica e a nossa história democrática não se compadecem com o faz de conta num processo equitativo onde não se justifique o princípio da ampla defesa e do contraditório.

É inimaginável que o réu, o arguido, o visado, seja colocado numa posição de sujeição tal que o “desnude de direitos fundamentais” na pretensão de realização de justiça saloia, ditatorial, ofensiva do reduto inatingível do princípio da dignidade humana. O princípio do contraditório é indispensável na realização da justiça, em si mesmo é garantidor do Estado de Direito e realiza-o materialmente, é incindível de um processo justo na realização da justiça.“

A autora refere que são estas, em suma, as garantias mínimas, cuja verificação se pressupõe para que um processo se possa qualificar como adequado ou equitativo, em suma, como processo devido.

Due process of law, na expressão anglo-saxónica. Sobre as origens e sentido do direito a um processo equitativo, J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 6ª Edição, 2003, pp. 488 e ss. Sobre a previsão, na Constituição espanhola, do princípio da “interdicción de indefensión”, vide José Manuel B. SANCHEZ-CRUZAT, *Derecho fundamental al proceso debido y el tribunal constitucional*, Aranzadi Editorial, 1992, pp. 233 e ss.

Parece-nos que processo equitativo, acima de tudo ou para além de tudo, é igualdade de oportunidades entre as partes que podem ser desiguais, na marcha do processo, no oferecimento de provas, nas diligências, na capacidade de intervenção, e na medida do que se demonstre necessário a afirmar um certo equilíbrio formal e material perante os factos trazidos ao processo, valorizando por esta via uma intervenção que se possa assumir na contribuição para a decisão final no processo.”

A autora refere, a observância do princípio do contraditório, enquanto princípio de que decorre o direito a responder, enquadra-se, assim, no âmbito do patamar mínimo de

garantias que são simultaneamente valências da própria noção de jurisdição e que, por isso, se dizem nucleares.

Tratando-se de um princípio, cuja inclusão no quadro principiológico de uma dada ordem jurídica processual é condição inderrogável para que se torne possível a afirmação de existência de um processo viabilizador do exercício da actividade jurisdicional, configura-se como um princípio processual essencial, que não como um princípio cuja selecção ou mobilização se revele facultativa, em função da particular fisionomia que se queira atribuir ao sistema processual em causa.

Dir-se-ia mesmo que em qualquer procedimento tendente à prolação de uma decisão que se possa prever desfavorável a qualquer uma das partes litigantes, é obrigatória a presença do princípio do contraditório, inevitavelmente, se se quiser realizar o Estado de Direito com respeito pelos direitos fundamentais. As garantias de defesa deverão ser sempre as máximas possíveis, salvo raras excepções consagradas expressamente pelo legislador, ou sempre que admissível, com a expressa concordância da parte com direito ao exercício do princípio do contraditório, por exemplo, não oferecendo contraditório quando concorde com a acusação ou não lhe seja possível refutar.

Refere a autora, potenciando a adequação entre o caso e a decisão, o princípio do contraditório é, também a este nível, pelo apuramento que permite dos factos e do direito (por via do diálogo entre as partes), motor de incremento do nível de verdade processual alcançado e, nesta medida, instrumento de validade de legitimação do conteúdo do juízo decisório, pelo que serve a primeira condição de plena vigência do direito substantivo e, ainda mais amplamente, da realização de justiça.

Dir-se-á, em suma, que os valores que através do princípio do contraditório se prosseguem são fundamentalmente dois: a) a igualdade material (no contraditório horizontal) e b) a validade material da decisão (em ambos os tipos de contraditório).

Ou seja, pela possibilidade de discussão (e o subsequente influência ao nível da conformação do resultado) que permite.

Concordando, o direito emergente ao exercício do princípio do contraditório, permite que os interesses conflituantes promovam o diálogo entre as partes e o próprio tribunal. Desta dialéctica vai sendo construída a verdade processual, que se pretende o

mais genuinamente semelhante à factualidade real. Assim se vai forjando a decisão no processo que se imporá às mesmas.

Refere a autora que o princípio do contraditório tem uma dimensão conatural ao processo jurisdicional e constituindo a existência de um processo, com essa natureza, uma característica necessariamente associada à tutela cautelar, também nesta a essencialidade da observância daquele princípio assume natureza inderrogável.

Contudo é aceitável imaginar que, há circunstâncias especiais que numa primeira fase, tendo por finalidade assegurar o efeito útil da providência, o contraditório é diferido, podendo numa fase ulterior à adopção das medidas ser plenamente exercido. Esta especificidade, na prática é uma excepcionalidade, na medida em que na ponderação entre o exercício do direito ao contraditório e o efeito útil da providência, pesa mais o efeito útil da providência.

A autora refere que, a associação entre o diferimento do contraditório e a verificação de pressupostos taxativamente previstos, determina que, sempre que da decisão resulte a dispensa de audiência prévia, nela se devam explicitar, em sede de fundamentação, as razões que permitiram ao tribunal concluir no sentido da verificação dos pressupostos excepcionais de que a lei faz depender a adopção de tal medida.

A nós parece-nos que, a democracia e legitimidade são inseparáveis!

Nessa perspectiva quem poderá determinar uma diminuição das garantias de defesa é o legislador. Para que inexista arbitrariedade, e se permita através da própria normatividade, discricionariedade, é o próprio legislador que através da exigência do preenchimento dos pressupostos, permite esta contracção, com a devida fundamentação de facto e de direito tipicamente conformador de um Estado de Direito Democrático, respeitador dos direitos fundamentais. A ponderação que se permite ao decisor, no “espaço de discricionariedade”, permite-lhe a adequação normativa ao caso concreto, e por esta via realiza-se assim o carácter perpetua das normas, resistindo às variações operadas pela decorrência dos valores e práticas comunitárias, contributo essencial para a sua vigência como verdadeiro direito.”

A Autora refere, os processos cautelares e o diferimento do contraditório geram ainda uma outra consequência comum: conduzem a que se eleve a possibilidade de vir a ser proferida uma decisão materialmente injusta. Tal acrescida probabilidade decorre, nos processos cautelares, da sumariedade da apreciação e da menor exigência, ao nível do grau de convicção (mera verosimilhança) do tribunal relativamente à verificação dos factos (quando concebidos na sua plenitude) e, no caso de diferimento do contraditório, da restrição da base decisória resultante da unilateralidade da pronuncia (apenas proporcionada ao requerente).

Parece-nos que, o decisor, o juiz perante os factos e o direito que se lhe apresenta, terá que proferir decisão ainda que meramente preliminar, instrumental, provisória. Esta decisão é recorrível. Fruto da necessidade de tornar útil e urgente a diligência, justificando-se a medida de acordo com a proporcionalidade dos valores carecidos de ponderação no caso concreto.

Pela tomada de decisão, não se antevê que se possa realizar um juízo de censura. O recorrido cujo diferimento do princípio do contraditório corre contra si, vê por esta via um dos seus direitos de defesa comprimidos ou adiados momentaneamente. Não se vislumbra que outra solução se pudesse adoptar, cujo efeito prático fosse precisamente o mesmo.

A autora refere que, o princípio do contraditório condensa uma garantia essencial do processo, por constituir uma condição indispensável para que a actividade desenvolvida pelo ente decisor se possa qualificar como jurisdicional: assegura a bilateralidade das partes, ao nível da relação jurídica processual, e a sua bilateralidade efectiva (enquanto corolário do principio da igualdade, observável ao longo de todo o processo) ao nível dos elementos integrantes da base da decisão, com o que, nesse domínio, assegura a posição de equidistância ou independência objectiva que o juiz deve conservar relativamente a ambas as partes.

Pensamos que, o princípio do contraditório, para além de integrar o grupo de princípios da prossecução processual, tem como efeito colateral, “fixar” os intervenientes

no raio de acção que a cada um pertence, e por esta via é garantidor de um espaço de liberdade delimitada no processo.

Num regime democrático, é materialmente impossível justificar a ausência do princípio do contraditório quando no processo ou no procedimento a decisão final pode ser desfavorável a uma das partes, se assim fosse, não estaríamos em presença de um Estado de Direito respeitador dos direitos fundamentais, estaríamos sim, perante uma violação inadmissível do princípio da dignidade humana.

A autora refere que, por intermédio do princípio do contraditório, se pretende conceder às partes a possibilidade de, pronunciando-se, poderem influenciar o sentido da decisão, a observância do dever de audição dele decorrente deve ter lugar em momento anterior àquele em que se conclua o processo de construção da decisão, pelo que o direito a interpor recurso se não confunde com o direito a exercer o contraditório.

Resta-nos pensar que, o dever de conceder audiência prévia onde se possa exercer o princípio do contraditório, na antecâmara de uma decisão que se afigura desfavorável, é um procedimento imperativo.

Nessa medida, há um dever do decisor permitir o exercício desta liberdade, sendo que esta não depende da vontade do decisor. Pelo contrário, o direito ao recurso, sendo a decisão recorrível, compete à parte vencida, grosso modo, a decisão de recorrer ou não recorrer cabe à parte vencida e não ao juiz.

No caso do exercício do princípio do contraditório, este acontece antes da decisão final estar formada, no caso do recurso, a decisão já está formada e a decisão de recorrer é posterior à intervenção no processo para o exercício do contraditório.

Como se compreende, da inobservância do princípio do contraditório decorre uma nulidade processual.

Por aqui se pode afirmar a imperatividade deste princípio, na medida em que não cabe ao decisor por sua vontade afastar esta verdadeira faculdade primacial do processo, caso se venha a verificar a sua inobservância ocorre uma nulidade inultrapassável.

Maria João Antunes³⁴, de acordo com o princípio do contraditório, toda a prossecução processual deve cumprir de forma a fazer ressaltar as razões da acusação e da defesa. Mas deste princípio decorre também o dever de ouvir qualquer sujeito do processo penal ou mero participante processual quando deva tomar-se qualquer decisão que pessoalmente o afecte. A participação processual penal que este princípio permite, correspondendo-lhe, em bom rigor, um verdadeiro direito de audiência, significará mesmo uma forma de participação constitutiva na declaração do direito do caso quando o participante tenha estatuto de sujeito processual.

Quando perspectivado da parte do arguido, este princípio é uma das garantias de defesa que o processo criminal lhe deve assegurar (artigo 32.º, n.º1, da CRP). Quando considerado como princípio geral da prossecução processual, o princípio surge enquanto princípio característico do processo penal de estrutura acusatória (artigo 32.º, n.º 5, primeira parte, da CRP), intimamente conexionado com a finalidade processual penal de protecção dos direitos fundamentais das pessoas (incluindo o arguido).

O princípio do contraditório vale também para o debate instrutório, onde tem lugar uma discussão perante o juiz, por forma oral e contraditória, sobre se do decurso do inquérito e da instrução resultam indícios de facto e elementos de direito suficientes para justificar a submissão do arguido a julgamento (artigo 298.º do CPP, e ainda, artigos 289.º, n.º 1, 301.º, n.º 2, e 302.º do mesmo Código). Relativamente aos actos de instrução, vale o disposto no n.º 2 do artigo 289.º do CPP, nos termos do qual o ministério público, o arguido, o defensor, o assistente e o seu advogado podem assistir aos actos de instrução por qualquer deles requeridos e suscitar pedidos de esclarecimento ou requerer que sejam formuladas as perguntas que entenderem relevantes para a descoberta da verdade.

A compatibilização entre o segredo de justiça e o princípio do contraditório é uma das características que se pode apontar ao processo penal português desde a versão primitiva do CPP. Ainda que de forma limitada, o princípio foi acolhido nesta versão, apesar de a regra ser então a do secretismo da fase de inquérito.

O nosso comentário é simples, melhor descrição, da operacionalidade do princípio do contraditório, principio que é da prossecução processual, é precisamente a descrição

³⁴ *Direito Processual Penal*, 20213ª edição - Reimpressão

feita pela professora Maria João Antunes, com a qual concordo até nas vírgulas, nada a acrescentar.

Inês Fernandes Godinho³⁵, refere-se nos seguintes termos, o princípio do contraditório traduz a união destes dois vértices, na medida em que representa o direito que tanto a acusação como a defesa têm de oferecerem provas para sustentarem as suas teses processuais e se pronunciarem sobre as alegações ou iniciativas processuais ou os actos tanto de uma como de outra, e a directriz de que tais contributos deverão integrar a ponderação do tribunal.

Nas palavras de Maria João Antunes, o dever de ouvir qualquer sujeito do processo penal ou mero participante processual quando deva tomar-se qualquer decisão que pessoalmente o afecte. A participação processual penal que este princípio permite, correspondendo-lhe, em bom rigor, um verdadeiro direito de audiência, significará mesmo uma forma de participação constitutiva na declaração do direito do caso quando o participante tenha o estatuto de sujeito processual.

O princípio do contraditório corresponde, portanto, a uma “certa forma de organizar a dialéctica judicial do processo penal e, em termos mais substanciais, a uma forma específica de construir a decisão final.

Corporiza, pois, a realização de uma ideia de igualdade no âmbito de um processo penal justo e equitativo, assumindo-se, deste modo, como corolário de um direito humano.

Como refere Figueiredo Dias: “O princípio do contraditório opõe-se, decerto, a uma estrutura puramente inquisitória do processo penal, em que o juiz pudesse proferir a decisão sem previamente ter confrontado o arguido com as provas que contra ele houvesse recolhido – e não faltaram exemplos históricos de processos penais assim estruturados – ou sem lhe ter dado, em geral, qualquer possibilidade de contestação da acusação contra ele formulada”.

O processo penal português tem, desde a promulgação do Código de Processo Penal de 1987, esta estrutura, sendo o princípio do acusatório um dos princípios estruturantes da constituição processual penal (art.º 32.º, n.º 5, da Constituição da República Portuguesa).

³⁵ *Considerações a propósito do princípio do contraditório no processo penal português*
<https://revistas.ulusofona.pt/index.php/rfdulp/article/view/6306>

Ora, tendo como fundamento a própria estrutura acusatória do processo penal, o princípio do contraditório significa que ninguém pode ver tomada uma decisão que afecte a sua esfera jurídica sem para tanto lhe ter sido dada a possibilidade de ser ouvido (*nemo potest inauditum damnari*).

O pináculo do princípio do contraditório encontra-se reflectido, através da própria formulação da norma constitucional, na audiência de julgamento: estando a audiência de julgamento e os actos instrutórios que a lei determinar subordinados ao princípio do contraditório.

O princípio do contraditório tem uma vocação instrumental da realização do direito de defesa e do princípio da igualdade de armas: numa perspectiva processual significa que não pode ser tomada qualquer decisão que afecte o arguido sem que lhe seja dada a oportunidade para se pronunciar; no plano da igualdade de armas na administração das provas, significa que qualquer um dos sujeitos processuais interessados, nomeadamente o arguido, deve ter a possibilidade de convocar e interrogar as testemunhas nas mesmas condições que os outros sujeitos processuais (a parte adversa).

Ainda considerando a fase de julgamento, o princípio do contraditório deve sempre ser respeitado no âmbito do princípio da investigação (ou princípio da verdade material), enquanto poder-dever do tribunal de investigar, independentemente das contribuições da acusação e da defesa, plasmado no art.º 340, n.º1, do CPP. Com efeito, qualquer produção de prova necessária à descoberta da verdade e à boa decisão da causa terá de poder ser contraditada, máxime, pelo arguido, para que se possa considerar cumprido o imperativo constitucional ínsito no art. 32.º, n.º 5, da CRP e reiterado no art. 327º do CPP quanto ao julgamento.

Atendendo à proximidade que o princípio do contraditório com o princípio da verdade material e com o próprio direito de defesa do arguido, pode o mesmo ser também compreendido como direito de audiência (*audiatur et altera pars*) – enquanto condição para ser possível pensar-se e experimentar-se a igualdade no seu sentido jurídico – à semelhança do que vem constitucionalmente consagrado na Lei Fundamental alemã (art. 103, 1 GG).

Na verdade, o princípio do contraditório, ... o seu fundamento axiológico poderá, antes, ser encontrado no postulado de um processo justo e equitativo, consagrado como

direito humano, tanto na Declaração Universal dos Direitos Humanos (art.º 10), como na Convenção Europeia dos Direitos Humanos (art. 6º §1).

Por todo o recurso percorrido até agora, todas as considerações tecidas, levam-nos a aceitar que a ausência do princípio do contraditório, à excepção da fase de inquérito, inquisitória por excelência, em todas as outras fases do processo penal, não é admissível a preterição do princípio do contraditório. Caso assim não aconteça, sai afectada a presunção de inocência, o próprio princípio da igualdade, o princípio da dignidade humana, colocar-se-ia em causa o próprio Estado de Direito Democrático, na aparência estaríamos em presença de um Estado autoritário.

Rui Pereira³⁶, O processo penal português tem uma estrutura acusatória e a audiência de julgamento e “outros actos determinados pela lei” – o debate instrutório e as declarações para memória futura – estão sujeitos ao princípio do contraditório (artigo 32.º n.º 5, da Constituição). Esta opção constitucional seria compatível com duas soluções: um processo acusatório puro, de partes, como o norte-americano, ou um processo acusatório mitigado pelo princípio da investigação. Ora, o Código de Processo Penal de 1987 enveredou pelo segundo caminho.

O processo penal possui estrutura acusatória e está subordinado ao princípio do contraditório, mas o Ministério Público é o titular do inquérito, sendo absurdo falar em “igualdade de armas” nessa fase do processo.

Ainda no domínio da prisão preventiva, devem ser ponderados os prazos máximos de duração, que se estendem de seis meses a quatro anos e nove meses, se bem que esta última hipótese se refira apenas a procedimentos excepcionalmente complexos e relativos a crimes especialmente graves, nos quais já haja sido proferida sentença condenatória e haja recurso, por exemplo, para o Tribunal Constitucional. Prazos tão longos são dificilmente conciliáveis com uma Ordem Jurídica” que apenas admite que a prisão preventiva seja

³⁶ *A reforma do processo penal: entre a celeridade e as garantias de defesa*

aplicada se houver fortes indícios da prática do crime. O caminho a percorrer entre a recolha destes indícios e a documentação dos “indícios suficientes”, de que depende a dedução de acusação pelo Ministério Público e que pronunciam uma possibilidade razoável de condenação, não parece ser tão longo que justifique prazos muito dilatados de prisão preventiva até ao termo do inquérito.

Assim resta-nos concluir, quanto aos prazos de prisão preventiva, não posso concordar com o autor, na medida em que, o legislador favoreceu a investigação até à acusação, e esqueceu que quem está privado da liberdade é uma pessoa que se presume inocente.

Daí, tal como na Alemanha, o prazo máximo deveria ser um ano. A descoberta da verdade não pode justificar uma ofensa com uma extensão ofensiva do princípio da proporcionalidade e acima de tudo, ofensa à dignidade da pessoa humana. Um ano para investigar e acusar tem que ser suficiente para que se tome uma decisão.

Nuno Brandão³⁷, refere, o Tribunal de Almada não deixou de responsabilizar e punir criminalmente parte dos arguidos pelos factos penalmente relevantes que se provaram. Factos graves e obviamente merecedores de censura penal, mas que nada têm que vêr com o crime de terrorismo, previsto no art. 4.º/1 da Lei do Combate ao Terrorismo (Lei n.º 52/2003, doravante LCT), constituindo antes crimes comuns de introdução em lugar vedado ao público, de ofensa à integridade física qualificada e de ameaça agravada.

O juiz de instrução, concordando com requerimento do Ministério Público nesse sentido, aplicou a prisão preventiva à generalidade dos arguidos, invocando, para o efeito, a existência de fortes indícios da prática de crime de terrorismo (art. 4.º /1 da LCT).

Não teria sido possível sujeitá-los a prisão preventiva... A imputação do terrorismo abriu ainda caminho a que se lançasse mão de meios de obtenção de prova que, não fora o recurso à suspeita de terrorismo, não seriam legalmente admissíveis, como buscas domiciliárias nocturnas.

³⁷ O caso do ataque à academia de Alcochete sob a perspectiva do crime de terrorismo: anotação ao Acórdão do Juízo Central Criminal de Almada

Para adquirir uma natureza terrorista, o facto deve, portanto, transcender as pessoas por ele imediatamente afectadas, projectando-se para além delas, sobre o Estado ou sobre um determinado universo da população. Pois só nesse caso o facto será apto a afectar gravemente o Estado ou a população que se visa intimidar e assim, do mesmo passo, a paz pública.

Logo por aqui se vê que o caso do ataque à Academia de Alcochete é estranho à lógica do terrorismo. Não tendo procurado instilar um sentimento de pavor em pessoas diferentes das que agrediram, os arguidos não actuaram com a intenção a que o art. 2.º/1 da LCT se refere.”

Assim pensamos que, a incorrecta qualificação/tipificação jurídica dos factos, em si mesma, viola o princípio do contraditório, na medida em que só por força de recurso, o arguido se pode defender correctamente. Lamenta-se que os tribunais ao arrefecimento da comunicação social, mediatize as decisões jurídicas, com violação dos direitos fundamentais.

Juliana Filipa Sousa Campos³⁸, refere que admissibilidade do malware no ordenamento jurídico português. Requisitos para a sua admissibilidade... requerer-se-ia a intervenção do legislador para que operasse a concordância prática das finalidades em conflito, “de modo a que de cada uma se salve, em cada situação, o máximo conteúdo possível, optimizando os ganhos e minimizando as perdas axiológicas e funcionais”.

Entendemos ainda que o legislador deverá prever medidas que pretendam assegurar o respeito pelo princípio do contraditório, entendido como uma das garantias de defesa que o processo penal deve assegurar ao arguido (n.º.1 do artigo 32º da CRP).

Deve notar-se ainda que a utilização do malware deverá estar subordinada ao respeito do princípio da subsidiariedade (como se observa na Espanha, na Itália e na Alemanha), no sentido em que apenas se deverá recorrer a este meio de obtenção da prova se não existir um outro meio “aberto” que permita a recolha de elementos probatórios.

De facto, a conclusão não poderia se outra, atendendo ao princípio da reserva de juiz ou monopólio da função jurisdicional (n.º 4 do artigo 32.º CRP e artigos 17.º, 268.º e

³⁸ *O Malware como Meio de Obtenção da Prova em Processo Penal* (a investigação oculta em ambiente digital)

269.º do CPP), que estabelece que na fase de inquérito, não obstante a sua direcção caber ao MP, é ao juiz de instrução que cabe a prática de actos instrutórios que se prendam directamente com direitos fundamentais. Assim. Ainda que se exija uma reserva de juiz formal, é fundamental, sobretudo, uma “reserva material.

Assim, uma parte da doutrina admite que a lei não é expressa sobre este ponto, permitindo-se que o MP realize uma apreensão cautelar, ainda que não tenha existido um despacho judicial prévio, dado que as mensagens posteriormente seriam entregues ao juiz para que este ordenasse a respectiva apreensão e junção ao processo, o que estaria mais de acordo com as “exigências práticas dos casos concretos”, assim Verdelho, Pedro, ao passo que outra parte da doutrina defende que a apreensão só pode ser efectuada mediante a existência de um despacho judicial prévio, atendendo à redacção do artigo 17.º da LC e à remissão para o regime da apreensão de correspondência (n.º1 do artigo 179.º do CPP), assim Neves, Rita Castanheira, *As ingerências nas comunicações electrónicas em processo penal. Natureza e respectivo regime jurídico do correio electrónico enquanto meio de obtenção da prova*, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 275 e Fidalgo, Sónia, “A recolha de prova em suporte electrónico – em particular, a apreensão de correio electrónico”, *Julgar*, n.º 38 (maio/agosto), 2019, pp. 157 a 158.

Entendemos que, o malware é um meio oculto de obtenção de prova, só por si já viola a autodeterminação da pessoa, na vertente de reserva da intimidade da vida privada, um direito de personalidade que integra perfeitamente o núcleo de direitos fundamentais que a constituição pretende que sejam invioláveis à priori.

Acontece que a doutrina está dividida, uns a favor outros, contra a competência ser de um procurador para autorizar a sua utilização no inquérito aos OPC, Pedro Verdelho a favor, Maria João Antunes e Sónia Fidalgo contra. Quanto a mim, sou terminantemente contra, na actualidade tal como está configurado, é ao Juiz de Instrução que cabe autorizar ou não estes meios invasivos de obtenção de prova (oculta) entanto, a não ser assim está em causa os direitos liberdades e garantias, constituição, n.º 4 do art.º 32.

De futuro não me chocará que com a intervenção do legislador se acomode legislativamente esta possibilidade, criando-se respaldo legal. Mas assim sendo, ganha a investigação na vertente descoberta da verdade, por outro lado perde o investigado quando vê a sua privacidade posta em causa com a obtenção de prova através destes meios ocultos

de obtenção de prova, perdemos todos, liberdade na nossa privacidade porque não imaginamos que podemos estar a ser “espiados”.

Inês Godinho³⁹, refere, como indica Anne weyembergh, o reconhecimento mútuo, tal como configurado no mandato de detenção europeu, acaba por suprimir as ocasiões de verificar se as garantias processuais mínimas que impõem a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e Carta dos Direitos Fundamentais da União foram efectivamente respeitados.”

Como salienta Anabela Miranda Rodrigues, “é preciso equacionar a protecção dos direitos fundamentais ao nível das garantias processuais e do seu controlo jurisdicional. Défice que o mandado de detenção europeu (...) põe a descoberto”.

Importa, nesta matéria, referir o disposto no art. 33.º, n.º 6, da Constituição da República Portuguesa, nos termos do qual “não é admitida a extradição, nem a entrega a qualquer título, por motivos políticos ou por crimes a que corresponda, segundo o direito do Estado requisitante, pena de morte ou outra de que resulte lesão irreversível da integridade física”. Trata-se de um “comando” imposto constitucionalmente à autoridade judiciária nacional de zelo por estes direitos fundamentais.

O combate ao terrorismo – legítimo, é certo – não pode, todavia, legitimar os sucessivos atropelos que vem fazendo dos direitos fundamentais. Pois que queremos um Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça e não um espaço de segurança, justiça e liberdade.

Parece-nos que, o sistema jurisdicional da União Europeia ainda não atingiu uma convergência suficiente que se possa dizer que à uniformidade plena na aplicação do direito. O que nos leva a considerar, se o pleno respeito pelo princípio do contraditório e pelos direitos fundamentais do arguido estão assegurados, só porque um país da união

³⁹ *O mandato de detenção europeu e a “Nova Criminalidade”*: a definição da definição ou o pleonasma do sentido

européia pede a extradição de um determinado sujeito. Faço minha as reservas da professora Anabela Miranda. A cooperação judiciária e até diplomática não pode valer mais do que os direitos fundamentais do visado, se com a sua entrega ao país requisitante, se antevê a violação dos mesmos, pugno pela não extradição.

José Piedade⁴⁰, refere que, o procedimento Processual Penal tem por finalidade, última e primordial, a produção de uma decisão justa e acertada que com respeito pelos direitos de defesa do Cidadão-acusado, assegure o estabelecimento da Paz Jurídica e da segurança da Colectividade.”

O Tribunal Constitucional (Ac. N.º 573/98 de 13/10/98 publicado no DR 2ª série de 15/11/2000) julgava conforme à Constituição o sistema de recursos que já enunciámos. Efectivamente considerava que o Tribunal Colectivo, tendo em conta as regras do seu próprio modo de funcionamento e as que comandam a audiência de discussão e julgamento, constituía, ele próprio, uma primeira garantia de acerto no julgamento da matéria de facto. Considerava, por outro lado que o sistema de revista alargada do S.T.J. constituía válvula de segurança suficiente contra erros grosseiros de julgamento. Por ela, o processo penal, ao mesmo tempo que assegura ao Estado a possibilidade de realizar o seu *jus puniendi* oferece aos cidadãos as garantias necessárias para os proteger contra abusos que possam cometer-se no exercício desse poder punitivo, designadamente contra a possibilidade de uma sentença injusta.

As decisões de 1.ª instância deveriam ser imediatamente executórias, excepto se padecessem de erro manifesto.

Como é evidente não se pode concordar, as decisões apressadas, potenciam a preterição de certos actos, diligências, e suficiência de meios de prova, em proveito da celeridade da tomada de decisões no processo. Neste deambular afasta-se o tempo natural da realização da justiça, por esta compressão, atinge-se a maturidade que as decisões devem padecer, com claro prejuízo para o exercício das garantias processuais, como por exemplo, a proibição da indefesa e em termos concretos, o princípio do contraditório,

⁴⁰ *Processo penal: a perspectiva de um juiz*

inclusive, na definição exemplar da devida adequação procedimental, tornando o processo equitativo desequilibrado em prejuízo do acusado.

A justiça tem um tempo próprio para a sua realização, apressá-la será por ventura correr o risco de debitar decisões menos justas. Também é compreensível que na tomada de decisões por um tribunal colectivo, a margem de erro seja menor, face à toma de decisões por um único juiz, até porque, apresentado o problema, na pluralidade de juízes naturalmente cada um determinará uma decisão percorrendo um certo caminho, e por esta via, a amplitude de dissecação do problema em busca da solução jurídica será naturalmente mais abrangente em relação a hipotéticos erros nas decisões judiciais.

No que reporta às decisões de 1ª instância, considero que todas as decisões deveriam ser imediatamente executórias, desde que essa fosse a sua índole, sem efeito suspensivo, na medida em que considero que cada tribunal, cada decisão judicial, vale por si e representa em si mesma um exemplar do sistema de justiça com valor e poder executório. Quanto ao recurso, observar-se-ia os regimes vigentes estatuídos na lei.

Nessa medida, concordo com o autor, desde que todas as garantias de defesa tivessem sido efectivamente propiciadas às partes, ou à parte, na medida da sua carência.

Refere o autor em relação á prisão preventiva, a maior ou menor aplicação da prisão preventiva depende essencialmente da forma como o juiz interpreta os requisitos legais, mais do que propriamente do que qualquer alteração legislativa.”

Pensamos nós que esta liberdade de interpretação, “cada cabeça sua sentença” no limite, colide com o princípio da segurança jurídica e com um dos direitos fundamentais do arguido, a liberdade. Esta conflitualidade prática, viola o princípio da proporcionalidade (art. 18.º, n.º 2 da C. R. P.) em sentido estrito.

Nesta discricionariedade que o legislador, ao que me parece, concedeu ao julgador, suprimiu por essa via a capacidade de intervenção para contraditar, exercer oposição à decisão da determinação da longevidade da medida. Talvez aqui se reclame a intervenção do legislador, com legitimidade para impor limites mais concretos a outro poder do Estado, o poder jurisdicional, na protecção dos direitos fundamentais do arguido.

Refere o autor em relação ao segredo de justiça, o segredo de justiça encontra-se regulado de forma equilibrada no nosso Código de Processo Penal, conciliando-se os interesses protegidos, nomeadamente o interesse da investigação, da descoberta da verdade e da punição dos criminosos e, por outro lado, o da descoberta da verdade e da punição dos criminosos e, por outro lado, o da presunção da inocência dos arguidos.”

Diremos nós, compreende-se que durante a fase de inquérito, até à acusação, o processo se encontra em segredo de justiça. Fase investigatória por excelência.

Nessa medida, toda a formulação de juízos públicos com origem em informação que se encontra em segredo de justiça, viola o direito ao contraditório por parte do visado, na medida em que não tendo acesso ao processo não se pode defender, até porque ainda não foi acusado, mas já foi julgado em “praça pública”, sofrendo danos dificilmente reparáveis, ou até mesmo irreparáveis.

A punibilidade por violação de segredo de justiça dever-se-ia estender, do intraneus ao extraneus.

Nuno Castro Luís⁴¹ refere que, O artigo 11.º, n.º2 do Código Penal consagra “As pessoas coletivas e entidades equiparadas, com exceção do Estado, de pessoas coletivas no exercício de prerrogativas de poder público e de organizações de direito internacional público, são responsáveis pelos crimes

A pessoa colectiva, enquanto arguido, deverá ter um acervo de direitos equivalentes aos de uma pessoa individual, incluindo-se, pois, o direito ao silêncio. Este direito não poderá ser excluído ou minimizado no caso de um ente colectivo, sob consequência de uma eventual não concordância axiológica constitucional na aplicação do processo penal à verificação da sua responsabilidade.

Parece-nos que apesar de uma visão específica sobre o tema da aplicabilidade das garantias de defesa em processo penal às pessoas colectivas, não poderá deixar de se dizer

⁴¹ Implicações processuais penais da responsabilidade das pessoas colectivas

que a aplicação analógica “tout court”, como se de uma pessoa singular, de “carne e osso” se trata-se, revelar-se-ia disforme em função das suas especificidades e diferenças.

Volvidos tantos anos após o fim da ditadura, custa compreender como ainda não existe na nossa Constituição um bloco de “direitos, liberdades e garantias” específicos das pessoas colectivas, que pode-se ser desenvolvido por lei ordinária!

É nesta confusão e inexistência de regras que, o espaço garantido ao princípio do contraditório das pessoas colectivas, através dos seus representantes, é afectado negativamente.

Proposta metodológica

A observância do princípio do contraditório, impõe-se sempre que no horizonte se apresente a possibilidade de aplicação de uma sanção. A sua operacionalidade está assegurada por uma vertente formal mínima, pela constituição e pela lei, em cada ramo específico do direito.

O princípio do contraditório, como princípio da prossecução processual, identifica-se como instrumento da realização da justiça material, sempre que na prática cada interessado, trás para o processo ou para o procedimento, a sua versão dos factos, a sua defesa, a sua contradição da acusação, oferece provas, suscita a inquirição de testemunhas, promove diligências etc.

É nessa medida que independentemente de estar ou não estar prevista formalmente a possibilidade do exercício do contraditório, materialmente este deve ser admitido, sempre que não se revele inútil a intervenção, e mais, na fase administrativa, que é aquela em que se revela mais importante esta questão do princípio do contraditório, o instrutor do inquérito têm que se “virar”, pois não à lei processual do processo administrativo, nesta fase administrativa, o instrutor é um agente administrativo, não é como na lei processual para os tribunais, que basta seguir o “guião”, considero que seria de repensar os poderes que lhe são conferidos para nesta vertente do princípio do contraditório, poder ir mais além, na realização do princípio do contraditório material!

Nessas situações, o julgador ou quem dirige o procedimento deve estar habilitado, sem norma expressa mas implicitamente a decidir da pertinência da intervenção, sem que se levante a questão da legalidade por falta de norma prévia.

Com esta ideia estou em querer que se estende para além dos formalismos, sendo necessários por uma questão de segurança e certeza jurídica, a melhor forma de expandir as garantias de defesa efectiva dos direitos do arguido pelo pleno exercício do princípio do contraditório, na formação e realização do Direito e da justiça no caso concreto, tendo por escopro, a DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA!

Conclusão

Aqui chegado, o resultado é reflexo do caminho percorrido, nas obras e artigos científicos, dos meus professores, de professores que nunca conheci, de outros autores que nunca ouvi sequer falar, mas a que a todos agradeço por me ensinarem a olhar para o tema que tão querido lhes foi, e que tanto trabalho me deu entender e apresentar.

O Princípio do contraditório, não se esgota numa questão semântica, vai muito para além disso, é o veículo da realização do próprio Estado de Direito Democrático, nos processos judiciais ou nos procedimentos administrativos.

Ultrapassa a questão da legalidade, a questão formal, é uma reclamação do princípio da dignidade humana.

- Haverá justiça, sem defesa, sem audiência, sem o princípio do contraditório?

Sem contraditório, sem defesa, a pessoa sujeita-se simplesmente à decisão, sofrendo um tratamento como se coisa fosse, sem alma, sem espírito, um mero repositório de decisões externamente impostas, parte-se do princípio de que é culpado não beneficiando de presunção de inocência, e se assim fosse todos e cada um de nós seríamos reduzidos à condição de objecto.

O princípio do contraditório é esperança, é a luz ao fundo do túnel, pelo qual o acusado reage procurando provar a sua inocência, é por isso que privar o sujeito do exercício do contraditório, é roubar-lhe a alma, nessa medida é uma ofensa à dignidade da pessoa humana.

O Estado que se intitule de Direito, defende os direitos liberdades e garantias, e Democrático, porque os tribunais, como poder de Estado, estes não podem esquecer que a soberania reside no povo, então a dignidade e legitimidade das suas decisões são fundadas nos valores axiológicos prático-normativamente estabilizados, num determinado tempo e lugar.

A questão torna-se simples de encerrar, na aplicação do Direito Sancionatório Público, sempre que se determine uma sanção, é imperativo o exercício do princípio do contraditório, caso assim não seja, termos uma decisão desprovida de Direito, mesmo que o processo tenha índole inquisitória.

Bibliografia

- **FREDERICO DE LACERDA COSTA PINTO** - O direito de mera ordenação social e a erosão do princípio da subsidiariedade da intervenção penal, in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 7 (1997) n.º1 (republicado in Direito Penal Económico e Europeu, Vol. I, Problemas Gerais, Coimbra, Coimbra Editora, 1998

-**MIGUEL PRATA ROQUE** - O direito sancionatório público enquanto bissectriz (imperfeita) entre o direito penal e o direito administrativo – a pretexto de alguma jurisprudência constitucional, Revista de Concorrência e Regulação, Ano IV, n.º 14/15, 2013

- **AUGUSTO SILVA DIAS**, Direito das Contra-Ordenações (reimpressão), Almedina, Coimbra, 2019

- **FERNANDA PALMA/A. SILVA DIAS/P. SOUSA MENDES** - Direito Sancionatório das Autoridades Reguladoras, Coimbra Editora, Coimbra, 2009

- **MANUEL SIMAS SANTOS/JORGE LOPES DE SOUSA** - Contra-ordenações: anotações ao regime geral, 6ª ed., ed. Áreas, 2011

- **LUIS GUILHERME CARVALHO DE PINA CATARINO** – A Hetero-regulação dos mercados bolsistas pela CMVM e as garantias processuais fundamentais: da justiça administrativa às autoridades administrativas independentes, Tese de Doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas apresentada à Fac. De Direito da Univ. de Coimbra, 2008 (Biblioteca do catálogo, Cota: DD-1-1-78 c.2)

- **ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS** – Os direitos de defesa e de contraditório entre o Tic e o Tac: acórdão n.º 675/2018, Tribunal Constitucional (anotação), Revista de Legislação e de Jurisprudência, Coimbra (sala de revistas da FDUC)

- **NUNO BRANDÃO** – O caso do ataque à Academia de Alcochete sob a perspectiva do crime de terrorismo: anotação ao acórdão do Juízo Central Criminal de Almada (Juiz 3) de 28 de Maio de 2020, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Coimbra (sala de revistas da FDUC)

- **LUCINDA DIAS DA SILVA** – Entre seda e jade: prova difícil e ónus da prova, Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Joaquim de Sousa Ribeiro/Apresentação Manuel da Costa Andrade, Coimbra, Almedina (Biblioteca do catálogo, Cota: Gab. 1-2-42-3 Vol. 2)

- **INÊS FERNANDES GODINHO** – Considerações a propósito do princípio do contraditório no processo penal português, Revista da Faculdade de Direito e Ciência

Política, n.º 10 (2017) Universidade Lusófona do Porto
(<https://revistas.ulusofona.pt/index.php/rfdulp/article/view/6306>)

- **ISABEL ALEXANDRE** – O contraditório no processo civil português: análise de algumas questões à luz do direito interno e do direito europeu, Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Joaquim de Sousa Ribeiro/Apresentação Manuel da Costa Andrade, Coimbra, Almedina (Biblioteca do catálogo, Cota: Gab. 1-2-42-3 Vol. 2)

- **JOSÉ PIEDADE** – Processo penal: a perspectiva de um juiz, Politeia: Revista do Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna. Lisboa (sala de revistas da FDUC)

- **YDUAN DE OLIVEIRA MAY / MAURICIO DA CUNHA SAVINO FILÓ** – Os princípios do contraditório e da ampla defesa como instrumentos históricos garantidores da eficácia e legitimidade do processo administrativo disciplinar, (<https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/670/265>) Faculdade de Direito de Vitória, Brasil.

- **REIS FRIEDE** – Do princípio constitucional do contraditório: vertentes material e formal: à luz da evolução jurisprudencial e legislativa do regramento processual civil, Revista trimestral de Direito Público, São Paulo (sala de revistas da FDUC)

- **Rui Pereira** – A reforma do processo penal: entre a celeridade e as garantias de defesa, Politeia: Revista do Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna. Lisboa (sala de revistas da FDUC)

- **INÊS GODINHO** – O mandado de detenção europeu e a “Nova Criminalidade”: a definição da definição ou o pleonasma do sentido, Politeia: Revista do Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna. Lisboa (sala de revistas da FDUC)

- **NUNO CASTRO LUIS** – Implicações processuais penais da responsabilidade das pessoas colectivas, Politeia: Revista do Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna. Lisboa (sala de revistas da FDUC)

Jurisprudência (Relações / STJ)

- Acórdão Tribunal Constitucional n.º 61/99 (Acórdão Tribunal Constitucional n.º 221/2007)

- Acórdão do TC n.º 652/2017, de 11 de Outubro (Proc. 251/2017, Teles Pereira)

Acórdãos TRI

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa

Processo:	286/09.5T2AMD-BL1-1
Relator:	ANTÓNIO SANTOS
Descritores:	EXPROPRIAÇÃO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO NULIDADE PROCESSUAL DECISÃO JUDICIAL RECURSO RECLAMAÇÃO
Nº do Documento:	RL
Data do Acórdão:	11-01-2011
Votação:	UNANIMIDADE
Texto Integral:	S
Meio Processual:	APELAÇÃO
Decisão:	NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO
Sumário:	I - A violação do disposto no nº 3 do artigo 3º do Cód. de Proc. Civil, integrando a violação do princípio do contraditório, é susceptível de consubstanciar a prática de uma nulidade processual, quando a subjacente irregularidade cometida se mostre capaz de influir no exame ou decisão da causa.

<u>Acórdãos STJ</u>	Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça
Processo:	3008/14.STTLSB.L1.S1
Nº Convencional:	4ª. SECÇÃO
Relator:	GONÇALVES ROCHA
Descritores:	PROCEDIMENTO DISCIPLINAR PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO DIREITO DE DEFESA IRREGULARIDADE DO PROCEDIMENTO DISCIPLINAR
Data do Acórdão:	16-06-2016
Votação:	UNANIMIDADE
Texto Integral:	S
Privacidade:	1
Meio Processual:	REVISTA
Decisão:	NEGADA
Área Temática:	DIREITO DO TRABALHO - CONTRATO DE TRABALHO / CESSAÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO / DESPEDIMENTO POR INICIATIVA DO EMPREGADOR / DESPEDIMENTO POR FACTO IMPUTÁVEL AO TRABALHADOR. DIREITO CONSTITUCIONAL - DIREITOS E DEVERES FUNDAMENTAIS. DIREITO PROCESSUAL LABORAL - PROCESSO DE DECLARAÇÃO / SENTENÇA (NULIDADES). DIREITO PROCESSUAL CIVIL - PROCESSO DE DECLARAÇÃO / RECURSOS.
Doutrina:	- Gomes Canotilho e Vital Moreira, “Constituição da República Portuguesa” Anotada, 526. - Pedro Furtado Martins, Cessação do Contrato de Trabalho, Princípa, 3.ª ed., 223.
Legislação Nacional:	CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (CPC): - ARTIGOS 615.º, N.º 1, ALÍNEA E). CÓDIGO DE PROCESSO DO TRABALHO (CPT): - ARTIGOS 74.º, 77.º. CÓDIGO DO TRABALHO (CT) / 2009: - ARTIGOS 355.º, N.º 1, 356.º, N.º 1, 389.º, N.º 2, 390.º, 391.º, N.º 1. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA (CRP): - ARTIGOS 13.º, 18.º, 32.º, N.º 10, 53.º.

<u>Acórdãos STJ</u>	Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça
Processo:	65/14.8YREVR.S1
Nº Convencional:	5ª SECÇÃO
Relator:	JOÃO SILVA MIGUEL
Descritores:	EXTRADIÇÃO FUNDAMENTAÇÃO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO PRINCÍPIO DA IGUALDADE DE ARMAS TRADUÇÃO NULIDADE SANÁVEL COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL NULIDADE INSANÁVEL
Data do Acórdão:	09-07-2015
Votação:	UNANIMIDADE
Texto Integral:	S
Privacidade:	1
Meio Processual:	EXTRADIÇÃO
Decisão:	ANULADO O ACÓRDÃO RECORRIDO
Área Temática:	DIREITO PROCESSUAL PENAL - ACTOS PROCESSUAIS (ATOS PROCESSUAIS) / FORMA E DOCUMENTAÇÃO / NOTIFICAÇÕES / NULIDADES. DIREITO EUROPEU - COOPERAÇÃO JUDICIÁRIA EM MATÉRIA PENAL / EXTRADIÇÃO. ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA - TRIBUNAIS DA RELAÇÃO / COMPETÊNCIA.
Doutrina:	- Figueiredo Dias, Direito Processual Penal, 1974, Coimbra Editora, 149. - Germano Marques da Silva, Direito Processual Penal Português, Noções Gerais – Sujeitos Processuais e Objecto, Vol. I, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2013, 86-87. - Ireneu Cabral Barreto, A Convenção Europeia dos Direitos do Homem anotada, Coimbra Editora, 3.ª edição, 2005.

<u>Acórdãos STJ</u>	Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça
Processo:	3325/17.2T8LSB-B.L1.S1
Nº Convencional:	6.ª SECÇÃO
Relator:	GRAÇA AMARAL
Descritores:	DECISÃO SURPRESA PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO PRINCÍPIO DA ECONOMIA E CELERIDADE PROCESSUAIS RECLAMAÇÃO PARA A CONFERÊNCIA ATO INÚTIL NULIDADE PROCESSUAL
Data do Acórdão:	12-01-2021
Votação:	UNANIMIDADE
Texto Integral:	S
Privacidade:	1
Meio Processual:	REVISTA (COMÉRCIO)
Decisão:	INDEFERIDA A RECLAMAÇÃO.
Sumário :	I - A proibição das decisões surpresa não pode significar mais do que a obrigação do juiz facultar às partes a possibilidade de aduzirem as suas razões perante uma situação e/ou enquadramento legal com que não tivessem podido razoavelmente contar. II - Sempre que a parte tenha tido conhecimento/oportunidade de se pronunciar, não assume cabimento enveredar-se por um procedimento formal para dar lugar a novo contraditório que, nessa medida, se revela dispensável.

<u>Acórdãos STJ</u>	Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça
Processo:	01P3059
Nº Convencional:	JSTJ00042614
Relator:	ARMANDO LEANDRO
Descritores:	PENA DE EXPULSÃO ESTRANGEIRO ACUSAÇÃO PRONÚNCIA PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO NULIDADE ABSOLUTA
Nº do Documento:	SJ200201160030593
Data do Acórdão:	16-01-2002
Votação:	MAIORIA COM 1 VOT VENC
Tribunal Recurso:	6 V CR LISBOA
Processo no Tribunal Recurso:	260/00
Data:	09-03-2001
Texto Integral:	N
Privacidade:	1
Meio Processual:	REC PENAL.
Decisão:	PROVIDO PARCIAL.
Área Temática:	DIR PROC PENAL.
Legislação Nacional:	CP95 ARTIGO 65 N1. DL 224/98 DE 1998/08/08 ARTIGO 101 N1. CONST97 ARTIGO 32 N5. CPP98 ARTIGO 119 B.
Sumário :	Se, da acusação ou da pronúncia, não constar a exposição dos motivos de facto e de direito que, no caso, podem fundamentar a aplicação da pena acessória de expulsão, esta não pode ser decretada, sob pena de violação do princípio do contraditório e da

Acórdãos STJ	Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça
Processo:	1937/15.8T8BCL.S1
Nº Convencional:	2ª SECÇÃO
Relator:	ABRANTES GERALDES
Descritores:	INVESTIGAÇÃO DA PATERNIDADE RESPOSTA À EXCEÇÃO DE CADUCIDADE AUDIÊNCIA PRÉVIA NULIDADE DA DECISÃO VIOLAÇÃO DO CONTRADITÓRIO CADUCIDADE DA ACÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1817º Nº 1 DO CC
Data do Acórdão:	23-06-2016
Votação:	UNANIMIDADE
Texto Integral:	S
Privacidade:	1
Meio Processual:	REVISTA
Decisão:	NEGADA A REVISTA
Área Temática:	DIREITO CIVIL - DIREITO DA FAMÍLIA / FILIAÇÃO / ESTABELECIMENTO DA FILIAÇÃO / RECONHECIMENTO JUDICIAL / ACÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. DIREITO PROCESSUAL CIVIL - PROCESSO DE DECLARAÇÃO / ARTICULADOS / RECURSOS / RECURSO PER SALTUM.
Doutrina:	- Abrantes Gerales, Recursos no NCPC, 3.ª ed., 25. - Amâncio Ferreira, Manual dos Recursos em Processo Civil, 8.ª ed., 52. - Paulo Pimenta, ..., 207 - Teixeira de Sousa, no comentário ao Ac. da Rel. de Évora, de 10-4-14 (www.desi.nt). em bloginnc.blogspot.nt - escrito

Acórdãos STJ	Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça
Processo:	2641/13.7TTL.SBL1.S1
Nº Convencional:	4ª SECÇÃO
Relator:	MELO LIMA
Descritores:	PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO NULIDADE PROCESSUAL FUNDAMENTAÇÃO DE FACTO PODERES DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Data do Acórdão:	02-07-2015
Votação:	UNANIMIDADE
Texto Integral:	S
Privacidade:	1
Meio Processual:	REVISTA
Decisão:	CONCEDIDA EM PARTE
Área Temática:	DIREITO PROCESSUAL LABORAL - APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DAS NORMAS DO PROCESSO CIVIL - RECURSOS. DIREITO PROCESSUAL CIVIL - PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS - RECURSOS.
Doutrina:	- Antunes Varela, J. Miguel Bezerra, Sampaio e Nora, Manual de Processo Civil, 2.ª Edição Revista e Actualizada, Coimbra Editora, 1985, pp. 391, 393. - Isabel Alexandre, "Código de Processo Civil" Anotado, Volume 1.º, 3.ª Edição, Coimbra Editora, 2014, p. 7. - Lebre de Freitas, Introdução ao Processo Civil, Conceito e Princípios Gerais à Luz do Novo Código, 3.ª Edição, Coimbra Editora, 2013, pp. 124 e 125. - Manuel de Andrade, Noções Elementares de Processo Civil, 1976, Coimbra Editora, p. 175.
Legislação Nacional:	CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (NCPC): - ARTIGOS 3.º, 195.º, 595.º, N.º 1, AL. A), 607.º, N.º4, 608.º, N.º2, 615.º, N.º1, AL. D), 662.º, 663.º, N.º2, 674.º, N.º3, 679.º, 682.º. CÓDIGO DE PROCESSO DO TRABALHO (CPT): - ARTIGOS 1.º, N.º 2. AL. A). 77.º.

Acórdãos STJ	Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça
Processo:	392/14.4.T8CHV-A.G1.S1
Nº Convencional:	1.ª SECÇÃO
Relator:	ANTÓNIO MAGALHÃES
Descritores:	DECISÃO SURPRESA PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO NULIDADE DE ACÓRDÃO EXCESSO DE PRONÚNCIA NULIDADE PROCESSUAL CONVOLUÇÃO
Data do Acórdão:	13-10-2020
Votação:	UNANIMIDADE
Texto Integral:	S
Privacidade:	1
Meio Processual:	REVISTA
Decisão:	INDEFERIDA A RECLAMAÇÃO
Indicações Eventuais:	TRANSITADO EM JULGADO
Sumário :	1. A violação do princípio do contraditório do art. 3º, nº 3 do CPC dá origem não a uma nulidade processual nos termos do art. 195º do CPC, que origina a anulação do acórdão, mas a uma nulidade do próprio acórdão, por excesso de pronúncia, nos termos arts. 615º, nº 1, al. d), 666º, nº 1, e 685º do mesmo diploma; 2. A arguição da nulidade processual não pode ser convalidada para nulidade do acórdão, não sendo caso do art. 193º, nº 3 nem do art. 5º, nº 5 do CPC.

Anexos

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/8600b88a92b6fb8380257fd50047ee91?OpenDocument>

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/71713757a2799e048025842e0033fe19?OpenDocument>

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/b04c4e3861d2868180257eff005452c5?OpenDocument>

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/ec353ed13ff9e4d78025865b004e33fd?OpenDocument>

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/b68b31c8fa81aed380256d180041c49a?OpenDocument>

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/28aecc3ed519c50280257cee0032d057?OpenDocument>

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/d15a21700afd6d5580257fdb0049c8db?OpenDocument>

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/93c59c25ca7f06e780257d0b003af034?OpenDocument>

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/0524903f91724d4480257e7b002ce081?OpenDocument>

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/f243de2d1b27362980258712005172be?OpenDocument>

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/8600b88a92b6fb8380257fd50047ee91?OpenDocument>

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/d18335d09ab8ee8c8025863e00545616?OpenDocument>

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/1d8fe1c88ac882c48025782a004da5af?OpenDocument>