

Por um sistema contra-ordenacional a diferentes velocidades^{**}

Nuno Brandão
*Professor Auxiliar da Faculdade de Direito
da Universidade de Coimbra*

Resumo: Tendo em conta as profundas transformações do sistema contra-ordenacional português nas duas últimas décadas, assumido como o direito sancionatório por excelência do Estado Regulador, com a emergência das chamadas grandes contra-ordenações, propõe-se uma reforma desse sistema que volte a fazer do Regime Geral das Contra-Ordenações a verdadeira parte geral do nosso direito e processo contra-ordenacional, nele instituindo regimes diferenciados, sobretudo de índole processual, em função da pequena, média ou elevada gravidade das contra-ordenações e respectivas sanções.

Palavras-chave: Reforma do direito contra-ordenacional / Grandes contra-ordenações / Estado Regulador / Imparcialidade

1. Neste breve estudo procura-se ponderar a necessidade de uma reforma do direito das contra-ordenações português. Para o efeito, teceremos algumas considerações acerca da génese e evolução do nosso direito contra-ordenacional e seu enquadramento constitucional e sugeriremos possíveis vias de rumo para o futuro.

Estando mais do que feita a história do aparecimento do direito das contra-ordenações no sistema jurídico português, não repisaremos aqui o que já é por demais sabido¹. Permitimo-nos, em todo o caso, chamar a atenção para o seguinte:

* O presente artigo corresponde à comunicação apresentada no "Colóquio sobre Contra-Ordenações – reforma: precisa-se?", organizado pelo "Forum Penal – Associação de Advogados Penalistas" e que teve lugar na Assembleia da República, em Março de 2017.

** Por vontade expressa do Autor, o texto segue a grafia anterior ao novo acordo ortográfico.

¹ Sobre a recepção do direito das contra-ordenações na ordem jurídica portuguesa, NUNO BRANDÃO,

O ordenamento contra-ordenacional foi erigido a partir de um diploma quadro, que não tipificou qualquer específica infração contra-ordenacional. Nele procurou-se antes definir o regime geral quer de direito substantivo, quer de direito processual do novo sistema sancionatório. Referimo-nos, naturalmente, ao Regime Geral das Contra-Ordenações (RGCO) constante do DL n.º 433/82, de 27/10, que sucedeu ao DL n.º 232/79, de 24/7.

Se hoje poderá porventura dizer-se que aquele DL n.º 433/82 teve um envolvimento precoce, revelando dores de crescimento e indisfarçáveis insuficiências, não se poderá, de todo modo, deixar de sublinhar um ou outro mérito dessa peça legislativa. Pese embora as enormes dúvidas de constitucionalidade sobre os mais diversos aspectos que rodearam o seu aparecimento, o certo é que as traças mestras do sistema contra-ordenacional permaneceram incólumes nos diversos embates em que foram postas à prova perante o Tribunal Constitucional². Além disso, as linhas estruturantes do regime geral contra-ordenacional traçadas no DL n.º 433/82 mantiveram-se até hoje e parecem-nos estar para durar: por exemplo, a definição do facto punível contra-ordenacional à semelhança da infração penal, sem prescindir da imputação de um ilícito-típico e de um juízo de censurabilidade; ou a atribuição de poderes de processamento e de decisão à administração, em primeira linha.

E todavia, é manifesto que o Regime Geral das Contra-Ordenações carece de uma ampla e profunda reforma. Reforma que deve englobar o sistema contra-ordenacional como um todo.

É incompreensível que há mais de 20 anos não haja uma revisão de fundo do Regime Geral das Contra-Ordenações. Esta inércia legislativa tem sido altamente negativa para a coerência interna do ordenamento contra-ordenacional. Tal realidade ocorreu nem mais nem menos do que num período em que o direito das contra-ordenações sofreu uma verdadeira revolução, manifestada numa mutação de paradigma, no sentido próprio do termo³. Nas últimas décadas emergiu o cha-

² *Crimes e Contra-Ordenações: da Cisão à Convergência Material. Ensaio para uma Reapreciação da Relação entre o Direito Penal e o Direito Contra-Ordenacional*, Coimbra, Coimbra Editora, 2016, pp. 113 e segs.

³ Fundamentais, os Acórdãos n.º 56/84 (AcsFC 3.º, pp. 153 e segs.) e 158/92 (AcsTC 21.º, pp. 713 e segs.).

⁴ Identificando este rumo logo no alvor deste movimento, CARLO ENRICO PALIERO, "La sanzione amministrativa come moderno strumento di lotta alla criminalità economica", in *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia*, 1993, pp. 1021 e segs.; e FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO, "O ilícito

mado Estado Regulador, no quadro de profundas transformações estruturais da organização e regulação económicas, fruto da privatização e liberalização da economia, fundamentalmente sob o impulso da integração europeia. E o direito contra-ordenacional foi nele legalmente instituído como o seu sistema sancionatório por excelência⁴.

Este movimento foi acompanhado pela criação de numerosas entidades reguladoras, com poderes sancionatórios contra-ordenacionais, e consubstanciou-se numa alteração substancial da intervenção contra-ordenacional. Por um lado, o direito das contra-ordenações entrou em inúmeros novos domínios normativos, tendo sido atribuído estatuto contra-ordenacional às mais graves ofensas a alguns dos mais importantes bens jurídicos da Constituição económica. Por outro lado, e do mesmo passo, o valor das coimas cominadas para tais infracções foi em muitos casos fixado em níveis astronómicos, prevendo-se ainda, em regra, sanções acessórias severamente restritivas de direitos profissionais ou de actividade económica.

Surpreendentemente, toda esta revolução fez o seu curso à margem do Regime Geral das Contra-Ordenações. Foi no âmbito das chamadas codificações sectoriais⁵ das mais diversas áreas da regulação económica e social que a mutação do paradigma se operou. Um método que potenciou uma pulverização de soluções normativas, a cada passo encontrando-se nos mais diversos domínios regulações substancialmente distintas, e não raro diametralmente opostas, para questões materiais similares. A isso não terá sido alheio, supomos, o facto de os processos legislativos dessas codificações sectoriais contarem, na prática, com um envolvimento marcante das autoridades reguladoras respectivas⁶. Além de ques-

de mera ordenação social e a erosão do princípio da subsidiariedade da intervenção penal", in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal (RPCC)*, 1/1997, pp. 7 e segs.

⁴ Sobre esta evolução, NUNO BRANDÃO, *Crimes e Contra-Ordenações: da Cisão à Convergência Material. Ensaio para uma Reapreciação da Relação entre o Direito Penal e o Direito Contra-Ordenacional*, cit., pp. 401 e segs., e JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, "Sobre as «grandes contraordenações»", in *Estudos em Homagem ao Senhor Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade* (em curso de publicação).

⁵ FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO, "As codificações sectoriais e o papel das contra-ordenações no direito penal secundário", in *Themis*, ano III, n.º 5, 2002, pp. 95 e segs.

⁶ Paradigmático, JOSÉ ANTÓNIO VELOSO, "Boas intenções, maus resultados: notas soltas sobre investigação e processo na supervisão financeira", in *Revista da Ordem dos Advogados*, 2000, p. 80, a propósito da sua actividade "legiferante" enquanto funcionário do Banco de Portugal: "Pessoalmente, depois de muito termos legislado...". Em sentido crítico, EDUARDO PAZ FERREIRA, "Em torno da regulação económica em tempos de mudança", in *Revista de Concorrência e Regulação*, n.º 1, 2010, p. 51.

tionável sob a perspectiva do princípio da separação de poderes – pois, na realidade, temos a mesma entidade, administrativa, a conformar de modo substancial o quadro legal que depois lhe competirá aplicar –, essa participação favoreceu o aparecimento de várias “quintas”. Corremos o risco de sermos injustos, mas por vezes fica-se com a sensação de que determinada legislação sectorial é encarada pela respectiva autoridade reguladora como uma sua coutada, sobre a qual se arrogava uma espécie de prerrogativa de interpretação autêntica. Colhe-se ainda a impressão de que esse poder de influência leva à adopção de soluções através das quais se procura maximizar a eficácia da investigação da autoridade reguladora respectiva e dificultar um efectivo escrutínio judicial da decisão com que se põe termo à fase administrativa.

2. Estas e outras razões são reveladoras da premência de uma reforma global do direito contra-ordenacional português. Tal reforma deverá voltar a colocar o Regime Geral das Contra-Ordenações no lugar central que lhe deve caber. Deverá ainda pôr termo às desarmonias que grassam nas diversas leis sectoriais da regulação económica e social, definindo regimes relativamente uniformes para as matérias que guardem semelhanças ou afinidades materiais entre si. E deverá ser aproveitada para actualizar o Regime Geral, pondo fim a certos incompreensíveis anacronismos que caracterizam a regulação geral do sistema contra-ordenacional. Isto tanto no plano substantivo, em matérias como, sem pretensões de exaustão, o critério de imputação do facto à pessoa colectiva, os limites supletivos das coimas, os prazos de prescrição do procedimento e a perda do benefício ilegítimo; como também no plano processual, clarificando os termos da intervenção processual do arguido na fase administrativa, atenuando a matriz inquisitória dessa fase e regulando autonomamente a audiência de julgamento na fase judicial.

3. Na definição das linhas de orientação de uma tal reforma deverão, naturalmente, tomar-se em devida e real consideração os princípios constitucionais que imediatamente se projectam sobre a esfera contra-ordenacional⁷. Designadamente, e uma vez mais sem pretendermos ser exaustivos, numa dimensão substantiva, o

⁷ NUNO BRANDÃO, *Crimes e Contra-Ordenações: da Cisão à Convergência Material. Ensaio para uma Revisão da Relação entre o Direito Penal e o Direito Contra-Ordenacional*, cit., pp. 872 e segs. e 880 e segs., e FIGUEIREDO DIAS, “Sobre as «grandes contra-ordenações»”, cit., IV.

princípio da legalidade criminal, o princípio jurídico-constitucional da culpa, o princípio *ne bis in idem*, o princípio da proibição de sanções de duração ilimitada ou indefinida, o princípio da intransmissibilidade da responsabilidade contra-ordenacional e o princípio da proibição dos efeitos automáticos das sanções. E numa dimensão processual, o princípio do processo equitativo e seus corolários garantidores de um efectivo direito de defesa do arguido, o princípio da presunção de inocência e o princípio da tutela jurisdiccional efectiva.

À Constituição não poderá pedir-se, todavia, um certo e determinado conceito de contra-ordenação, susceptível de a partir dele ser conformado o conteúdo do facto contra-ordenacional e o respectivo regime processual. Ao contrário do que, de forma mais ou menos assumida, sustentam a doutrina e a jurisprudência dominantes entre nós, a Constituição portuguesa não postula um critério ético-social de contra-ordenação entre crimes e contra-ordenações de acordo com o qual, por definição, factos que *per se* sejam axiologicamente relevantes estão pré-destinados a receber estatuto criminal e factos que o não sejam devem inexoravelmente remeter-se para a esfera contra-ordenacional⁸. Não faltam exemplos de condutas eticamente censuráveis independentemente de qualquer proibição legal às quais é atribuído o estatuto de contra-ordenação. E até hoje nunca nenhuma dessas contra-ordenações mereceu dos nossos tribunais, incluindo o Tribunal Constitucional, um juízo de inconstitucionalidade fundado numa eventual inadmissibilidade constitucional de tipificação como contra-ordenação de factos correspondentes a condutas portadoras de um indiscutível lastro ético-social⁹. Assim, não sendo esse o critério constitucional que preside às escolhas de criminalização ou de contra-ordenacionalização, não deve ser a essa luz ético-social que deverá conformar-se o regime legal contra-or-

⁸ Na direcção de um critério ético-social de contra-ordenação entre as esferas penal e contra-ordenacional, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral, Tomo I: Questões Fundamentais; A Doutrina Geral do Crime*, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2007, 7.º Cap., §§ 9 e segs.; JOSÉ DE FARIA COSTA, *Notas Fundamentais de Direito Penal (Fragmenta Iuris Penalis)*, 4.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2015, Cap. 2, §§ 20 e segs.; e ALEXANDRA VILELA, *O Direito de Mera Ordenação Social. Entre a Ideia de “Recorrência” e a de “Erosão” do Direito Penal Clássico*, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, *passim*. Sobre a jurisprudência do nosso Tribunal Constitucional, cf. NUNO BRANDÃO, *Crimes e Contra-Ordenações: da Cisão à Convergência Material. Ensaio para uma Revisão da Relação entre o Direito Penal e o Direito Contra-Ordenacional*, cit., pp. 280 e segs.

⁹ Aliás, como nota OTTO LACODNY, “Human dignity and its impact on german substantive criminal law and criminal procedure”, in *Israel Law Review*, 1999, p. 587, na sua escolha entre uma solução penal ou uma solução contra-ordenacional dificilmente o legislador incorrerá em inconstitucionalidade.

denacional. O que vale ainda, aliás, para os planos da interpretação das normas contra-ordenacionais e da fiscalização da sua constitucionalidade.

Serão igualmente de recusa eventuais propostas de reforma do sistema contra-ordenacional fundadas numa pretensa, mas inexistente, diversidade estrutural entre crimes e contra-ordenações. Referimo-nos à ideia, relativamente difundida entre nós, de que os factos penais e contra-ordenacionais apresentam uma diferenciação estrutural no plano das suas relações com o bem jurídico: seja no sentido de que as contra-ordenações não estão ou não devem estar subordinadas a uma lógica de tutela de bens jurídicos¹⁰; seja no sentido de que, ainda que se reconheça uma ligação das contra-ordenações a uma função de protecção de bens jurídicos, nelas estarão apenas em causa condutas que para eles representem um mero perigo remoto e abstracto¹¹. Nada que pudesse admitir-se no verdadeiro ilícito penal, que, por definição, incorporaria o bem jurídico no seu próprio conteúdo e não o deixaria a pairar em pano de fundo, como mero motivo da incriminação. Esta é hoje, porém, uma linha de contraposição que soçobra ante a pluralidade de estruturas típicas que tanto o ilícito penal como o ilícito contra-ordenacional podem legitimamente assumir.

Crítérios apriorísticos como os que enunciámos não orientam, nem devem orientar as escolhas legislativas, nem no momento da tipificação de certo facto como crime ou contra-ordenação, nem no da definição do seu regime jurídico.

Existem, evidentemente, critérios constitucionais que devem orientar a decisão de tipificação, como sejam, entre outros, o dever estadual de protecção de bens jurídicos com referente constitucional, o princípio da proibição da insuficiência e o princípio da proibição do excesso, todos eles fundados no princípio do Estado de direito¹². No plano da contraposição entre os domínios penal e contra-ordenacional, numa perspectiva constitucional relevará sobremaneira, isso sim,

a ideia constitucional de que o sistema contra-ordenacional constitui uma ordem sancionatória não privativa da liberdade¹³. Da Constituição portuguesa resulta, com efeito, uma proibição de imediata ou mediata aplicação de sanções privativas da liberdade pela prática de infracções contra-ordenacionais. Esta característica estrutural do sistema das contra-ordenações é determinante tanto para as decisões legislativas de tipificação de contra-ordenações, como para a conformação da disciplina substantiva e processual que lhes deve ser aplicada.

4. Um exercício de reforma do sistema contra-ordenacional deverá, a nosso ver, tomar em devida consideração estas coordenadas essenciais que marcam o nosso direito das contra-ordenações e evitar ser influenciado por aquilo que, não caracterizando nem devendo caracterizar o modelo vigente, não deverá de igual modo condicioná-lo.

A reforma não poderá abstrair-se das diversíssimas realidades económicas e sociais cobertas pelo direito de mera ordenação social vigente e da acentuada diferença de gravidade das infracções e sanções que dão corpo ao sistema contra-ordenacional. Nesse sentido, vemos com bons olhos uma reforma que assuma de frente esta realidade e institua regulações diferenciadas para domínios contra-ordenacionais materialmente distintos. Será, assim, desejável a institucionalização de sub-ordenamentos contra-ordenacionais pautados por regimes diferentes. Sempre será preferível um sistema a várias, mas poucas, velocidades, cada uma delas dotada de coerência interna e de uma verdadeira unidade de sentido, do que a caótica situação actual, marcada pela pulverização e dessintonia de regimes.

A linha de fronteira entre esses vários subdomínios contra-ordenacionais deverá sobretudo passar, em nosso modo de ver, pela gravidade das sanções aplicáveis, designadamente tendo em conta os limites máximos das coimas abstractamente aplicáveis e as sanções acessórias cominadas. Infracções de pequena e média gravidade devem ter um tratamento legal distinto do das grandes contra-ordenações. Outro factor a considerar será o carácter mais ou menos massificado das infracções tipo de cada sector. Domínios como os das infracções rodoviárias ou tributárias, no âmbito dos quais são abertos milhões de processos anualmente e é por isso imprescindível uma certa automatização informática de vários passos

¹⁰ FREDERICO COSTA PINTO, "O ilícito de mera ordenação social e a erosão do princípio da subsidiariedade da intervenção penal", *cit.*, pp. 58 e segs.

¹¹ Próximos desta ideia - na esteira de RICHARD LANGE, *Das Rätsel Kriminalität. Was wissen wir vom Verbrechen?*, Frankfurt, Metzner, 1970, p. 53 -, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral*, I, 7.º Cap., § 11; e ALEXANDRA VILELA, *O Direito de Mera Ordenação Social. Entre a Ideia de "Recorrência" e a de "Erosão" do Direito Penal Clássico*, *cit.*, p. 212. E associando o ilícito contra-ordenacional a um modelo de ilicitude por desobediência, AUGUSTO SILVA DIAS, "What if everybody did it?": Sobre a «(in)capacidade de responsância» do direito penal à figura da acumulação", in *RPCC*, 3/2003, pp. 336 e segs. e p. 344.

¹² NUNO BRANDÃO, *Crimes e Contra-Ordenações: da Cisão à Convergência Material. Ensaio para uma Reinterpretação da Relação entre o Direito Penal e o Direito Contra-Ordenacional*, *cit.*, pp. 663 e segs.

¹³ NUNO BRANDÃO, *Crimes e Contra-Ordenações: da Cisão à Convergência Material. Ensaio para uma Reinterpretação da Relação entre o Direito Penal e o Direito Contra-Ordenacional*, *cit.*, pp. 830 e segs.

processuais na fase administrativa, carecem de uma regulação legal especial que tome em conta essa sua especificidade estrutural.

A escolha de um critério ético-social para proceder à selecção das infracções ou domínios de infracções que devem seguir um ou outro regime jurídico deste ordenamento contra-ordenacional a várias velocidades parece-nos de rejeitar¹⁴. Não só porque, como já adiantámos, não é nem deve ser esse o critério que a montante deverá presidir à tipificação de contra-ordenações, como ainda também porque uma tal filtragem seria totalmente inexecutável, quer para o legislador, quer para os aplicadores.

Só através de um critério formal, ligado à espécie e/ou medida das sanções cominadas poderá essa segmentação realizar-se de uma forma minimamente operativa. Critério que, de todo modo, não será desprovido de relevo material, dado que, naturalmente, em regra, a gravidade das sanções andará a par da gravidade das infracções respectivas.

5. Este direito contra-ordenacional a distintas velocidades deveria encontrar-se expressamente contemplado no Regime Geral das Contra-Ordenações e materializar-se sobretudo no plano processual, através da previsão de distintas formas processuais para os diferentes blocos de contra-ordenações, como dissemos, seleccionados em função da pequena, média ou elevada gravidade das suas sanções.

5.1. No plano substantivo, no que especificamente respeita à definição dos elementos do facto contra-ordenacional, há muito que é devida uma racionalização e uniformização do critério de imputação da infracção aos entes colectivos. Nesta relevantíssima questão do e para o sistema contra-ordenacional deverá abandonar-se o restritivo regime do actual n.º 2 do art. 7.º do RGCO e será desejável uma aproximação ao regime do art. 11.º, n.º 2, do Código Penal, pelo menos nas grandes contra-ordenações¹⁵. Nas demais, não nos custaria admitir um regime

¹⁴ Corre nesta direcção o cerne da proposta de ALEXANDRA VILELA, *O Direito de Mera Ordenação Social. Entre a Ideia de "Concorrência" e a de "Erosão" do Direito Penal Clássico*, cit., pp. 354 e segs. e *passim*, para um direito de mera ordenação social a duas velocidades. Em sentido similar, agora também FIGUEIREDO DIAS, "Sobre as «grandes contraordenações»", cit., IV.

¹⁵ Como já sucede, por exemplo, na Lei da Concorrência (art. 73.º) – cf. JOSÉ LOBO MOUTINHO/PEDRO GARCIA MARQUES, *in* Manuel Porto et al. (coords.), *Lei da Concorrência: Comentário Comportamental*, Almedina, 2013, art. 73.º.

de imputação ainda mais abrangente e flexível do que o que se prevê no Código Penal.

Será de manter, mesmo para as grandes contra-ordenações, o actual sistema extensivo de autoria constante do art. 16.º do RGCO. Mais do que uma revisão legislativa, o que se impõe aí é uma leitura doutrinal e jurisprudencial consentânea com o verdadeiro conteúdo desse modelo, que não pode dissociar-se da teoria da adequação¹⁶.

5.2. No plano processual, será de manter, em toda a linha, uma das marcas-de-água do sistema contra-ordenacional: a competência da administração para processar e decidir os casos contra-ordenacionais.

Deverá, não obstante, repensar-se, no sentido da sua mitigação, o cunho inquisitório que tradicionalmente lhe vai associado. A administrativização do procedimento leva, em regra, a que se concentrem no mesmo órgão administrativo os poderes de investigar, acusar e decidir o caso contra-ordenacional. Esta feição inquisitória do processo contra-ordenacional constitui um dos principais motivos de crítica ao modelo legal vigente, *maxime* no contexto dos processos relativos a grandes contra-ordenações confiados a autoridades reguladoras¹⁷. Independentemente de uma avaliação empírica sobre a imparcialidade no exercício dos poderes de processamento por essas autoridades em tais casos – avaliação essa que cremos está ainda por fazer¹⁸ –, parece-nos que, objectivamente, por norma haverá razão para duvidar da existência de condições para uma tomada de decisão plenamente isenta em processos de tal natureza.

¹⁶ Parece-nos negligenciar esta imprescindível ligação à doutrina da causalidade adequada (cf. EDUARDO CORREIA, "Problemas fundamentais da comparticipação criminosa", *in* *Revista de Direito e Estudos Sociais*, 1948, n.º 1 e 2, p. 54), assim alargando em demasia a amplitude do conceito extensivo de autoria, FREDERICO COSTA PINTO, "O ilícito de mera ordenação social e a erosão do princípio da subsidiariedade da intervenção penal", cit., pp. 26 e 37 e seg.; e PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Regime Geral das Contra-Ordenações à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2011, art. 16.º, n.º m. 2.

¹⁷ Por outros, JOSÉ ANTÓNIO VELOSO, "Boas intenções, maus resultados: notas soltas sobre investigação e processo na supervisão financeira", cit., pp. 74 e segs.

¹⁸ Cf., não obstante, os números recensados pela Comissão do Mercado de Valores Mobiliários relativos aos seus processos contra-ordenacionais: *Contraordenações e Crimes no Mercado de Valores Mobiliários. O Sistema Sancionatório, a Evolução Legislativa e as Infracções Imputadas*, Coimbra, Almedina, 2015, pp. 8 e segs.

Tanto quanto julgamos saber, a prática habitual passa por atribuir o processo a um determinado funcionário ou a uma certa equipa de funcionários, a quem fica cometido o encargo de levar a cabo a investigação, deduzir a acusação, conduzir as diligências requeridas pela defesa e no final apresentar uma proposta de decisão, que as mais das vezes é acolhida por quem formalmente está investido no poder de decidir. Ora, se nos demais processos contra-ordenacionais normalmente as diligências instrutórias são relativamente poucas e há um escasso envolvimento do instrutor na obtenção e produção dos meios de prova, nos processos relativos a grandes contra-ordenações promovidos pelas entidades reguladoras estamos perante toda uma outra realidade. Estão frequentemente em causa questões tecnicamente difíceis e complexas, dando origem a processos de grande dimensão, no âmbito dos quais há um considerável esforço probatório do próprio instrutor, a quem cabe a dedução da acusação.

Neste contexto, dificilmente poderá negar-se o risco de um definitivo e irremediável condicionamento do instrutor pela decisão acusatória que já tomou. Um risco que fica a pairar sobre as diligências de prova realizadas a requerimento da defesa e sobre a proposta de decisão que, a final, deverá apresentar. A descon-fiança que assim inevitavelmente se instala sobre a imparcialidade da actuação da autoridade administrativa não pode deixar de ser vista como factor de descredibilização do próprio sistema contra-ordenacional, o que sucede logo ali onde mais se questiona a qualificação como contra-ordenação das infracções em apreço, dada a sua gravidade e a severidade das sanções respectivas, em vez da sua qualificação como crime. É muito a este propósito da necessidade de garantir a imparcialidade do julgamento destas graves infracções que para elas se reivindica a via criminal, de modo a que a responsabilização por tais factos caiba em primeira e exclusiva instância aos tribunais judiciais¹⁹.

Será, por isso, da maior conveniência que uma futura reforma do direito contra-ordenacional português dote este bloco das grandes contra-ordenações de regras que, no âmbito da fase administrativa, promovam a imparcialidade de quem dirige o processo após a acusação e propõe a decisão com que essa fase deve ser encerrada. Isso poderia passar pela previsão de órgãos distintos para as etapas

¹⁹ De novo, JOSÉ ANTÓNIO VELOSO, "Boas intenções, maus resultados: notas soltas sobre investigação e processo na supervisão financeira", *cit.*, pp. 73 e segs.

pré- e pós-acusação, dentro da mesma autoridade administrativa ou pertencentes a autoridades administrativas diferentes; ou, pelo menos, passar pelo destacamento de funcionários diferentes para cada uma dessas etapas.

Ainda numa vertente processual, o domínio das grandes contra-ordenações justifica uma reponderação dos poderes processuais da investigação e da defesa. Do lado da investigação, considerando as dificuldades de comprovação das infracções económico-financeiras que nesse domínio estão habitualmente em causa, fará sentido a admissão e regulação de meios de obtenção de prova com um significado de ingerência na esfera da confidencialidade dos negócios e das operações sob investigação, sem prejuízo, como é óbvio, da observância do princípio constitucional da proibição do excesso.

Do lado do arguido, devem ser asseguradas condições para um exercício efectivo do direito de defesa. Para esse efeito, na fase administrativa, após a acusação, deve o arguido ter a possibilidade de consultar ou obter cópias dos autos sem entretes, deve ter uma oportunidade de apresentação e produção de provas que possa fazer jus ao princípio da igualdade de armas, deve poder exercer um contraditório directo sobre a prova testemunhal produzida durante a investigação, mediante reinquirição, e deve poder impugnar judicialmente uma eventual condenação ditada pela autoridade administrativa. Esse direito ao juiz, fundado nos princípios constitucionais da jurisdicionalidade e da tutela jurisdicional efectiva, só poderá ser efectivamente exercido se não for impedido, condicionado ou dissuadido de forma substancial. Nesse sentido, em todas as contra-ordenações, mas nas grandes contra-ordenações em especial, deve valer, por imperativo constitucional, o princípio da proibição da *reformatio in pejus*²⁰ e não deve a admissibilidade da impugnação ficar na dependência da entrega de qualquer valor pecuniário,

²⁰ Assim, LUIS GUILHERME CATARINO, *Regulação e Supervisão dos Mercados de Instrumentos Financeiros*, Coimbra, Almedina, 2010, pp. 764 e segs.; JOSÉ LOBO MOUTINHO/PEDRO GARCIA MARQUES, *Lei da Concorrência: Comentário Conitribucense*, *cit.*, Art. 75.º/4; e NUNO BRANDÃO, *Crimes e Contra-Ordenações: da Cisão à Convergência Material. Ensaio para uma Reapreensão da Relação entre o Direito Penal e o Direito Contra-Ordeneacional*, *cit.*, p. 875, nota 1975; e em sentido diametralmente oposto o Ac. do Tribunal Constitucional n.º 373/2015 (AcsTC 93.º, pp. 439 e segs.) e, pela doutrina maioritária, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do RGCO*, Nota Prévvia ao art. 1.º, n.º m. 64, e Art. 72.º-A, n.º m. 1 e s.; e FÉDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO, "A Proibição de Reformatio in Peius e o Processo de Contraordenação", in *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários - n.º 51, Ensaio de Homenagem a Amândio Ferreira II*, 2015, pp. 137 e segs.

seja a título de antecipação do pagamento da coima, seja a título de caução pela coima aplicada²¹.

Os direitos de defesa ora enunciados devem valer, no essencial, também na fase judicial do processo. Uma fase em que é imperiosa a incorporação no próprio Regime Geral das Contra-Ordenações da regulação da audiência de julgamento, substituindo-se a disciplina do já inenarrável DL n.º 17/91, de 10/1, relativo ao processamento e julgamento de transgressões e contra-venções.

6. Para terminar, e em conclusão, é efectivamente preciso reformar o sistema contra-ordenacional vigente. Reformá-lo em termos consentâneos com a diversidade de realidades normativas cobertas pelo direito das contra-ordenações actual, voltando a fazer do Regime Geral das Contra-Ordenações a verdadeira parte geral do nosso direito e processo contra-ordenacional e nele instituindo regimes diferenciados, sobretudo de índole processual, em função da pequena, média ou elevada gravidade das contra-ordenações e respectivas sanções. E reformá-lo mesmo e não apenas mudá-lo para que tudo fique na mesma.

Crónica do Tribunal da Relação de Guimarães

Vinício Ribeiro
Procurador-Geral Adjunto

Jurisprudência da Secção Criminal

Direito Penal

Prisão subsidiária - Notificação ao arguido através de mandatário - Contraditório - Fundamentação

I - A notificação do arguido para se pronunciar sobre a aplicação de uma pena de prisão subsidiária em consequência do não pagamento da multa em que foi condenado, efetuada na pessoa da sua defensora oficiosa, não viola o princípio do contraditório.

II - A fundamentação é uma exigência de transparência da decisão judicial e o pressuposto da sua capacidade de convencimento e aceitação que, para além de proporcionar o seu controlo por quem a proferiu, permite aos respetivos destinatários e à comunidade compreender os juízos de valor e de apreciação nela levados a cabo.

III - Sendo evidente que o grau de exigência da fundamentação depende da complexidade da concreta questão, da mesma forma que a sua maior ou menor extensão variará em razão da capacidade de exposição e síntese do autor da decisão, em todo o caso, a fundamentação deverá sempre permitir aos destinatários entender o que foi decidido e por que razão assim o foi e só quando tal não sucede é que se pode afirmar a existência de falta de fundamentação da decisão.

IV - *In casu*, dúvidas não restam de que o despacho recorrido indica as razões, de facto e de direito, pelas quais foi determinado que o arguido cumprisse pena de prisão subsidiária pelo tempo correspondente à pena de multa em que foi condenado, reduzida a dois terços.

Acórdão de 8/5/2017 - Proc. 638/14.PC.BRG.G1 - Relator: Desemb. Fernando Chaves - Comarca de Braga - Instância Local - Secção Criminal J1 - Negado provimento ao recurso

²¹ Cf. Ac. do Tribunal Constitucional n.º 269/87 (AcsTC 93.º, pp. 285 e segs.). Em sentido similar, numa questão afim, os Acs. do Tribunal Constitucional n.ºs 674/2016 e 675/2016, divergindo do Ac. n.º 376/2016.

SCIENTIA IURIDICA

REVISTA DE DIREITO COMPARADO PORTUGUÊS E BRASILEIRO



TOMO LXVI
N.º 344 – MAIO/AGOSTO

2017

UNIVERSIDADE DO MINHO
Largo do Paço – 4704-553 Braga (Portugal)

Diretor
Wladimir Brito, Professor da Escola de Direito da Universidade do Minho

Conselho de Redação
Luís Felgueiras, Procurador da República; Maria José Araújo, Advogada;
Maria de Assunção do Vale Pereira, Professora da Escola de Direito da Universidade do Minho;
Maria Miguel Carvalho, Professora da Escola de Direito da Universidade do Minho;
Wladimir Brito, Professor da Escola de Direito da Universidade do Minho

Comissão Científica
António Hespanha
Professor da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa
Rui do Rio Junior
Professor do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Sta. Catarina, Brasil
Carlos Abreu Amorim
Professor da Escola de Direito da Universidade do Minho
Cristina Dias
Professora da Escola de Direito da Universidade do Minho
Wilson Alvisi
Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense, Brasil
Elizabeth Fernandez
Professora da Escola de Direito da Universidade do Minho
Ávia Piovesan
Professora da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense, Brasil
Fernando de Gravato Morais
Professor da Escola de Direito da Universidade do Minho
Ulrich Ewald Horstler
Professor da Escola de Direito da Universidade do Minho
Ana Aguiar e Silva
Professora da Escola de Direito da Universidade do Minho
Aquilino Freitas da Rocha
Professor da Escola de Direito da Universidade do Minho
Joaquim Gomes Canotilho
Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
Virgílio Manuel Coutinho de Abreu
Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
Virgínia Miranda
Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Manuel Costa Andrade
Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
Maria de Assunção do Vale Pereira
Professora da Escola de Direito da Universidade do Minho
Maria Miguel Carvalho
Professora da Escola de Direito da Universidade do Minho
Mário Ferreira Monte
Professor da Escola de Direito da Universidade do Minho
Alicia Moreira
Professora da Escola de Direito da Universidade do Minho
Luís Vasco Pereira da Silva
Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Wladimir Brito
Professor da Escola de Direito da Universidade do Minho

Secrétaria de Redação
Paula Azevedo, Licenciada em Direito

Secrétaria de Administração
Carmelinda Vilaça

Propriedade e Edição
Universidade do Minho (Escola de Direito)
Contribuinte n.º 502.011.378

Administração e Redação
Universidade do Minho
Campus de Gualtar – 4010-057 Braga
Tel. 253 601 800 – Fax 253 601 809 – E-mail: si@direito.uniminho.pt – www.scientia.iuridica.uniminho.com

Primeira Editora e Proprietária, Livraria Cruz (Braga)

Impressão
Empresa do Diário do Minho, Lda. – Braga – Tel. 253 303 170

ISBN: 0870 – 8185
Depósito legal: 381240/14