

# O DIREITO CONTRA-ORDENACIONAL ECONÓMICO NA ERA DA REGULAÇÃO

Nuno Brandão\*

## I. Do Estado de Providência ao Estado Regulador

1. Tanto em Portugal como nos outros países que o adoptaram, os antecedentes, a génese e a subsequente evolução do direito das contra-ordenações constituíram sempre uma expressão do paradigma socio-económico de cada época e do papel que ao Estado aí foi sendo sucessivamente reservado. Se hoje as contra-ordenações estão em todo o lado e as sanções que para boa parte delas se prevêem há muito que assumiram uma severidade considerável, tal ficou essencialmente a dever-se à emergência nas últimas três décadas de um novo paradigma de estadualidade e ao papel que nele foi atribuído ao direito contra-ordenacional.

O extraordinário alargamento do raio de acção do ilícito contra-ordenacional e a acentuação da gravidade das suas sanções correu a par e *foi consequência* de toda uma imparável dinâmica privatizadora e liberalizadora do mercado económico que começou a dar os seus primeiros passos na década de 1980<sup>1</sup> e de um movimento que acompanhou essa tendência económica no sentido da definição de uma cada vez mais apertada malha normativa em âmbitos como os da protecção dos consumidores, da segurança dos produtos, dos trabalhadores ou do meio

---

\* Professor Auxiliar na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

<sup>1</sup> Cf. Livro Verde sobre Serviços de Interesse Geral apresentado pela Comissão Europeia, COM (2003) 270, de 21-05-2003, 5.

ambiente<sup>2</sup>, agregados sob a designação de *regulação social*<sup>3</sup>. Nesses domínios que se deixam cobrir pelos conceitos de regulação económica e de regulação social, o direito das contra-ordenações foi erigido como instrumento sancionatório por excelência ao serviço da efectividade das suas prescrições<sup>4</sup>, aí acabando por residir a razão fundamental desse impressionante crescimento e endurecimento do direito contra-ordenacional.

2. Quando é introduzido no ordenamento jurídico português, o direito contra-ordenacional aparece umbilicalmente ligado a um movimento descriminalizador dirigido a uma purificação do direito penal, mas surge também imerso num modelo de Estado marcadamente dirigista e interventor na economia, inscrito num período em “que se efectuaram transformações profundas de estruturas económicas (nacionalizações dos sectores básicos da economia e dos latifúndios do sul do país) e [em] que se definiu um sentido caracterizadamente socialista, de pendor colectivista, para o projecto de transformação económica”<sup>5</sup>. Uma tendência que no modelo económico plasmado na Constituição de 1976 se exprimia na irreversibilidade das nacionalizações (art. 83.º-1) e na imposição constitucional de sectores vedados à iniciativa privada (85.º-2)<sup>6</sup>.

---

<sup>2</sup> De entre uma bibliografia nacional e estrangeira totalmente inabarcável, cf., na doutrina portuguesa, MOREIRA, Vital, *Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*, Coimbra, Almedina, 1997, p. 17 e ss., GONÇALVES, Pedro Costa, *Entidades Privadas com Poderes Públicos. O Exercício de Poderes Públicos de Autoridade por Entidades Privadas com Funções Administrativas*, Coimbra, Almedina, 2005, p. 137 e ss., FERREIRA, Eduardo Paz / MORAIS, Luís Silva, “A regulação sectorial da economia. Introdução e perspectiva geral”, in: Paz Ferreira et al. (coords.), *Regulação em Portugal: Novos Tempos, Novo Modelo?*, Coimbra, Almedina, 2009, p. 7 e ss., CATARINO, Luís, *Regulação e Supervisão dos Mercados de Instrumentos Financeiros*, p. 15 e ss. e *passim*, e FERREIRA, Eduardo Paz, “Em torno da regulação económica em tempos de mudança”, *C&R*, n.º 1, 2010, p. 31 e ss.

<sup>3</sup> Como bem nota MOREIRA, Vital, *Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*, p. 44, a desregulação económica iniciada na década de 1980 desenvolveu-se a par de um crescimento da área da regulação social: “a era da *economic deregulation* é ainda ao mesmo tempo a «era da *social regulation*»”.

<sup>4</sup> Nesta direcção, FERREIRA, Paz / MORAIS, Silva, “A regulação sectorial da economia”, p. 32, e MONTE, Mário Ferreira, “A regulação no contexto do direito sancionatório. Em especial, os sectores da energia e do ambiente”, in: Maria Fernanda Palma et al. (coords.), *Direito Sancionatório das Autoridades Reguladoras*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 266 e s.

<sup>5</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes / MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 944.

<sup>6</sup> Assim, CANOTILHO, Gomes / MOREIRA, Vital, *CRP*<sup>4</sup>, I, p. 944, que todavia não deixam de acrescentar que nenhum destes traços essenciais da constituição económica originária “resistiu às sucessivas revisões constitucionais”.

Foi também o caldo de cultura do Estado social que na Alemanha concorreu para a criação e expansão do direito de mera ordenação social, sendo o ideário da socialidade levado ao discurso legitimador do sistema contra-ordenacional em autores germânicos que tanto influenciaram o pensamento português como Gallas, Lange, Michels ou Jescheck<sup>7</sup>. Não propriamente, é certo, uma socialidade como aquela para que enveredava a nossa Constituição de 1976, com largas concessões a um socialismo do tipo colectivista, mas antes uma com as feições da social-democracia da Alemanha ocidental do pós-guerra. Foi este modelo do Estado de direito social penetrado pela ideia rectora da *Daseinsvorsorge* em voga na Alemanha e nas demais democracias da Europa ocidental do pós-guerra que, não obstante a deriva colectivista na versão originária da nossa Constituição, foi claramente tido em vista pela doutrina portuguesa que impulsionou a criação entre nós de um direito de mera ordenação social<sup>8</sup> e estabeleceu as suas bases doutrinárias.

O nosso direito contra-ordenacional vai pois colher a sua legitimação não apenas ao ideário liberal que marca o movimento de purificação do direito penal, mas também ao ideário da socialidade caracterizador das sociais-democracias europeias. Nelas, o Estado deve acorrer a uma pretensão de bem-estar que é socialmente assimilada como desígnio fundamental da comunidade<sup>9</sup>. Numa das sínteses insuperáveis de Rogério Soares, agora “o homem médio não espera apenas que o Estado o socorra numa ocasião de infortúnio ou resgate os seus erros ou os das gerações passadas; mais: dá por assente que pode exigir dele a garantia dum certo padrão de vida, quer seja a título de prestações concretas dos poderes públicos, quer seja por meio de providências legislativas que constriam outros particulares mais favorecidos, quer ainda pela extracção em via judicial das últimas consequências das afirmações constitucionais de direitos fundamentais de carácter positivo”<sup>10</sup>. Neste contexto, em que “ninguém tem o direito de ser infeliz”<sup>11</sup>, o

---

<sup>7</sup> Cf. BRANDÃO, Nuno, *Crimes e Contra-Ordenações: da Cisão à Convergência Material*, Coimbra, Coimbra Editora, 2016, p. 60 e ss.

<sup>8</sup> CORREIA, Eduardo, “Direito penal e direito de mera ordenação social”, *BFDUC*, 49.º vol., 1973, p. 268 e *passim*, e DIAS, Jorge de Figueiredo, “A reforma do direito penal português”, *BFDUC*, separata do vol. XLVIII, 1972, p. 39 e ss.

<sup>9</sup> Cf. FORSTHOFF, Ernst, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts, I: Allgemeiner Teil*, 10.ª ed., München, C. H. Beck, 1973, p. 368 e ss.

<sup>10</sup> SOARES, Rogério, *Direito Público e Sociedade Técnica*, Coimbra, Atlântida Editora, 1969, p. 89.

<sup>11</sup> F. Werner, *Wandelt sich die Funktion des Rechts im sozialen Rechtsstaat?*, p. 161, *apud* SOARES, Rogério, *Direito Público e Sociedade Técnica*, p. 91.

Estado erige-se em Estado providência, um Estado que toma em suas próprias mãos o encargo de prover as necessidades existenciais dos seus cidadãos. Do *laissez-faire*, o Estado passa, assim, nas palavras de Vieira de Andrade, “para uma intervenção social activa e intensa (*faire*)”<sup>12</sup>.

Em contraste com o Estado liberal de oitocentos, que se limitava “quase só a estabelecer e garantir o respeito dos quadros institucionais da actividade económica”<sup>13</sup>, este Estado providência “é um Estado activo na área económica e social, tanto pela participação directa na produção e prestação de bens e serviços, como e sobretudo pela regulação da actividade económica”<sup>14</sup>. A produção e prestação *pública* de bens e serviços torna-se então um elemento integrante da cultura económica europeia<sup>15</sup>, tendo o Estado chamado a si o encargo de implementar e manter em funcionamento os chamados serviços públicos essenciais, abrangendo sectores como os da electricidade, da água, do gás, dos transportes, dos serviços postais ou das telecomunicações<sup>16</sup> e envolvendo a criação e o desenvolvimento de complexas infra-estruturas de rede. Uma opção que inevitavelmente “conduziu a nacionalizações, à formação de monopólios públicos ou, pelo menos, de extensos sectores empresariais públicos”<sup>17</sup>.

É este paradigma, no sentido próprio do termo, do *Estado como directo produtor e prestador de serviços* que deu corpo à ideia de socialidade no pós-guerra que vem a ser progressiva e irreversivelmente abandonado num amplo e complexo movimento liberalizador que inicia o seu passo na década de 1980<sup>18</sup> e chega até nós sobretudo no contexto da integração nacional no processo europeu. Um movimento em que, além do mais, se assistiu a uma *privatização material* de actividades económicas, dita entre nós *liberalização*, correspondente à abertura aos privados das actividades de fornecimento de produtos e serviços até aí reservadas ao sector público, e a uma *privatização patrimonial*, traduzida na transmissão do

---

<sup>12</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Lições de Direito Administrativo*, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2010, p. 20.

<sup>13</sup> MOREIRA, Vital, *Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*, p. 23.

<sup>14</sup> MOREIRA, Vital, *Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*, p. 23.

<sup>15</sup> A expressão é de FERREIRA, Paz, “Em torno da regulação económica...”, p. 37.

<sup>16</sup> MOREIRA, Vital, *Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*, p. 38.

<sup>17</sup> FERREIRA, Paz / MORAIS, Silva, “A regulação sectorial da economia”, p. 14.

<sup>18</sup> Sobre as privatizações em Portugal, desenvolvidamente, SANTOS, António Carlos dos / GONÇALVES, Maria Eduarda / MARQUES, Maria Manuel Leitão, *Direito Económico*, 6.ª ed., Coimbra, Almedina, 2011, p. 143 e ss.

património público para as mãos dos privados, como sucede nos casos em que empresas públicas são vendidas ao sector privado.

3. É no seio desta ampla e extraordinariamente complexa *revolução económica* que se vê o direito de mera ordenação social adquirir uma importância cada vez maior, abrangendo mais e mais domínios da realidade económico-social e passando a cominar sanções de extrema severidade. Tal evolução não é senão fruto da ligação umbilical que no sistema jurídico português foi estabelecida entre o direito contra-ordenacional e os novos domínios jurídicos da regulação económica e social, que cresceram ao mesmo ritmo com que o Estado se retirou da economia.

É hoje consensual que os fenómenos de alargamento da área de intervenção e de estreitamento da malha normativa da *regulação* constituíram como que o reverso da medalha dos movimentos económicos de privatização e de liberalização da economia<sup>19</sup>. Assim sucedeu, porque com a liberalização e com a retirada do Estado do mercado e a entrega aos privados da exploração dos serviços públicos, houve a necessidade de regular todo um sem-número de aspectos indispensáveis ao seu correcto e eficiente funcionamento e à tutela das posições jurídicas das pessoas que nele interagem. De modo que “a privatização e a liberalização dos sectores económicos reservados ao Estado foram em muitos casos acompanhadas de uma forte regulação pública das correspondentes actividades”<sup>20</sup>. Regulação provida tanto da parte do Estado propriamente dito, como das autoridades administrativas independentes que houve necessidade de criar para regular e supervisionar os sectores económicos entretanto privatizados ou liberalizados. Todo um processo,

---

<sup>19</sup> Assim, logo WRIGHT, Vincent, “The administrative systems and market regulation in Western Europe: continuities, exceptionalism and convergence”, *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1992, n.º 4, p. 1034 e ss., e depois, na doutrina nacional, por todos, MOREIRA, Vital, *Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*, p. 43 e ss., e CANOTILHO, J. J. Gomes, “O direito constitucional passa: o direito administrativo passa também”, in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, p. 715 e ss., e na alemã VOßKUHLE, Andreas, “«Concetti chiave» della riforma del diritto amministrativo nella Repubblica Federale Tedesca”, *Diritto Pubblico*, 2000, n.º 3, p. 735 e ss., e FRANZIUS, Claudio, “Der «Gewährleistungsstaat» – ein neues Leitbild für den sich wandelnden Staat?”, *Der Staat*, 2003, p. 499.

<sup>20</sup> MOREIRA, Vital, *Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*, p. 43.

pois, que, na fórmula de Anthony Giddens, mostrou que “*after privatisation comes publicisation*”<sup>21</sup>.

Atento o contexto em que surge esta nova vocação regulatória do Estado, a regulação de que aqui se trata, pese embora a pluralidade de significados que o conceito conhece<sup>22</sup>, é aquela que tem por objecto actividades no campo económico às quais é estranha uma participação directa do Estado. Constitui portanto uma “categoria conceptual que identifica uma *intervenção estadual externa (hetero-regulação)* na esfera da economia, do mercado e, em geral, das actividades privadas desenvolvidas em contexto concorrencial”<sup>23</sup>. Por definição, o esquema de regulação é aquele que, a partir de fora, visa incidir sobre o mercado, condicionando o desenvolvimento dos processos económicos em ordem à promoção do seu funcionamento equilibrado e eficiente e à protecção de interesses públicos e particulares que sem essa tutela regulatória poderiam resultar comprometidos<sup>24</sup>.

Dada esta sua lata amplitude, a regulação, considerada em sentido amplo, compreende assim, na classificação de Paz Ferreira, tanto um regime regulatório, como um processo regulatório<sup>25</sup>, categorias que englobam “o estabelecimento de regras para um determinado sector de actividade (“regulação normativa”), a respectiva implementação ou aplicação, a vigilância ou fiscalização do acatamento delas pelos destinatários, bem como a punição dos infractores (“regulação administrativa)”<sup>26</sup>. Nesta linha, o *regime regulatório* corresponde a uma categoria de regulação em sentido estrito, traduzida na emanação de normas, legais e regulamentares, dirigidas à definição dos princípios e das regras de actuação cuja observância será devida pelos agentes económicos que intervenham no sector de actividade em apreço. E é logo *nesta dimensão que o direito contra-ordenacional adquire*

---

<sup>21</sup> GIDDENS, Anthony, “The progressive agenda”, in: *Progressive Futures: New Ideas for the Centre-Left*, London, Policy Network, 2003, [www.policy-network.net/publications](http://www.policy-network.net/publications), p. 11.

<sup>22</sup> MOREIRA, Vital, *Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*, p. 34 e ss., e FERREIRA, Paz / MORAIS, Silva, “A regulação sectorial da economia”, p. 21 e ss.

<sup>23</sup> GONÇALVES, Pedro Costa, “Direito administrativo da regulação”, *Sep. de Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Marcello Caetano no Centenário do seu Nascimento*, Lisboa, Ed. FDUL / Coimbra Editora, 2006, p. 540.

<sup>24</sup> Seguimos aqui sobretudo MOREIRA, Vital, *Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*, p. 34 e ss.

<sup>25</sup> FERREIRA, Paz, “Em torno da regulação económica...”, p. 33.

<sup>26</sup> GONÇALVES, Pedro, *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, p. 169; e já substancialmente assim, MOREIRA, Vital, *Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*, p. 36 e s.

*expressão no âmbito do direito regulatório*, designadamente, quando a violação dessas normas seja qualificada como contra-ordenação. O *processo regulatório* é, por seu turno, formado pelas actividades, via de regra levadas a cabo por uma autoridade administrativa independente, de controlo prévio à admissão no sector do tráfico, de vigilância, de fiscalização e de sancionamento dos factos ilícitos detectados, correspondendo, em suma, à actividade de *supervisão*<sup>27</sup>.

## II. A emergência das entidades de regulação e supervisão

4. A implantação deste modelo coenvolveu a criação de novas entidades administrativas, normalmente sob a forma de *autoridades administrativas independentes* (v. g., CMVM, ANACOM, ERSE, etc.), a quem foram atribuídas funções tanto na esfera do regime regulatório, como do processo regulatório, nelas assim confluindo simultaneamente manifestações típicas dos três poderes tradicionais do Estado.

Na medida em que podem congregiar uma *função “legislativa”* de produção de normas através de regulamentos, uma *função executiva* no âmbito do controlo e vigilância a que submetem os agentes económicos sob supervisão e ainda uma *função para-judicial* em sede de processamento contra-ordenacional, há mesmo “quem proponha a sua qualificação *sui generis* de quarto poder público”<sup>28</sup>. Uma natureza *sui generis* que se deve, no fundo, ao facto de estes novos entes administrativos corresponderem a uma tradição estranha à da experiência administrativa da Europa continental, sendo fruto do modelo norte-americano das agências reguladoras. Não gera, por isso, perplexidade que no início e até à introdução em 1997 de uma credencial constitucional no art. 267.º-3 da CRP hajam sido suscitadas dúvidas quanto à legitimidade constitucional destas autoridades<sup>29</sup>.

---

<sup>27</sup> Confrontando o processo administrativo de fiscalização e o processo sancionatório, afirmam DIAS, Augusto Silva / RAMOS, Vânia Costa, *O Direito à Não Auto-Inculpação* (Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare) no *Processo Penal e Contra-Ordenacional Português*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 46 e s., que “na ordem jurídica portuguesa, a solução da articulação de ambos os tipos de processo forma o paradigma dominante”.

<sup>28</sup> FERREIRA, Paz / MORAIS, Silva, “A regulação sectorial da economia”, p. 31.

<sup>29</sup> SILVA, Paula Costa e, “As autoridades independentes. Alguns aspectos da regulação económica numa perspectiva jurídica”, *O Direito*, ano 138.º, 2006, III, p. 546 e s.

Na realidade, tal como os processos de liberalização e de privatização tiveram como fonte mais próxima a dinâmica da integração europeia, também esta tendência para a criação de autoridades administrativas independentes, em boa verdade uma decorrência natural daqueles processos, de igual modo resultou essencialmente da influência mais ou menos explícita das instituições comunitárias<sup>30</sup>. Isso mesmo foi expressamente admitido pela Comissão Europeia, para quem a criação de autoridades reguladoras independentes constituiu mesmo uma *exigência* da legislação comunitária aplicável às indústrias de rede, “para garantir a prestação de serviços de interesse geral, criar condições para uma concorrência leal, prevenir perturbações no serviço ou no aprovisionamento e garantir níveis adequados de protecção do consumidor”<sup>31</sup>. O modelo induzido pela Comunidade Europeia não foi, porém, um de tipo europeu, mas antes, claramente, o de uma “*American-style regulation*”<sup>32</sup> formada por agências reguladoras independentes<sup>33</sup>, que, como é sabido, tradicionalmente concentram em si aqueles três poderes de criação de normas, de controlo e vigilância e de sancionamento. Por isso que pôde Vital Moreira concluir que, em geral, as autoridades administrativas independentes que por cá e por outros países europeus se criaram “não passam de réplicas das comissões reguladoras independentes dos Estados Unidos”<sup>34</sup>.

5. Não é difícil intuir o relevo para o direito de mera ordenação social resultante da adopção entre nós deste modelo regulatório assente em autoridades administrativas independentes desenhadas de acordo com as linhas-mestras da experiência das agências de regulação norte-americanas<sup>35</sup>. Pretendendo-se – ou mesmo devendo-se, nas situações em que a própria legislação comunitária impôs ou induziu esquemas regulatórios baseados em entidades reguladoras

---

<sup>30</sup> MORAIS, Carlos Blanco de, “As autoridades administrativas independentes na ordem jurídica portuguesa”, *ROA*, 2001, p. 116 e s., e GONÇALVES, Pedro, “Direito administrativo da regulação”, p. 550 e s.

<sup>31</sup> *Livro Verde sobre Serviços de Interesse Geral*, 34.

<sup>32</sup> CATARINO, Luís, *Regulação e Supervisão dos Mercados de Instrumentos Financeiros*, p. 202.

<sup>33</sup> MOREIRA, Vital / MAÇÃS, Fernanda, *Autoridades Reguladoras Independentes. Estudo e Projecto de Lei-Quadro*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 17 e ss.

<sup>34</sup> MOREIRA, Vital, *Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*, p. 50.

<sup>35</sup> Cf. PRATES, Marcelo Madureira, *Sanção Administrativa Geral: Anatomia e Autonomia*, Coimbra, Almedina, 2005, p. 47 e ss.



independentes<sup>36</sup> – reservar à autoridade administrativa reguladora a parte de leão do poder sancionatório dirigido às violações das normas legais e regulamentares do seu sector, percebe-se que a escolha da via contra-ordenacional para garantir tal tutela sancionatória se tenha apresentado ao legislador português quase como uma inevitabilidade. E é também assim que se compreende que a predisposição natural para o acolhimento de um modelo sancionatório eminentemente contra-ordenacional próprio do domínio regulatório tenha de algum modo contribuído para uma expansão do direito de mera ordenação social também naquelas áreas que vieram a receber uma modelação normativa de feições regulatórias não obstante, de início, não revelarem uma especial apetência para tal.

Vem sucedendo, com efeito, uma expansão do domínio regulatório a áreas que nos primeiros anos da sua implantação entre nós se poderiam julgar imunes à sua influência. Se numa fase inicial o fenómeno da regulação esteve fundamentalmente ligado ao movimento de desestadualização dos serviços de interesse económico geral<sup>37</sup> e das respectivas infra-estruturas de rede e de liberalização dos sectores da banca, dos valores mobiliários e dos seguros, depois conheceu um alastramento a novos domínios que emprestou à realidade regulatória portuguesa “um carácter pioneiro em termos europeus”<sup>38</sup>. Foi o caso, desde logo, do sector da saúde, em que, fruto da empresarialização hospitalar e da crescente abertura à iniciativa privada através de parcerias público-privadas no âmbito do SNS, o Estado optou pela

---

<sup>36</sup> Detalhadamente, SILVA, João Nuno Calvão da, *Mercado e Estado. Serviços de Interesse Económico Geral*, Coimbra, Almedina, 2008, p. 135 e s., nota 348, CÂMARA, Paulo, “Regulação e valores mobiliários, in: Paz Ferreira et al. (coords.), *Regulação em Portugal: Novos Tempos, Novo Modelo?*, Coimbra, Almedina, 2009, p. 134 e ss., e FERREIRA, Paz, “Em torno da regulação económica...”, p. 38, este último concluindo pela existência de “uma injunção comunitária no sentido da criação pelos Estados membros de entidades reguladoras independentes”.

<sup>37</sup> Para uma definição do conceito de serviços de interesse geral e de conceitos conexos, cf. *Comunicação da Comissão: Um Enquadramento de Qualidade para os Serviços de Interesse Geral na Europa*, COM (2011) 900, de 20-12-2011, p. 3 e s.; e na doutrina nacional, CANOTILHO, Gomes / MOREIRA, Vital, *CRP*<sup>4</sup>, I, p. 1019 e ss., SILVA, João Nuno Calvão da, *Mercado e Estado*, p. 255 e ss.

As expressões *serviços de interesse geral* e suas subdimensões *serviços de interesse económico geral* e *serviços sociais de interesse geral* são de criação comunitária, visando introduzir uma terminologia comum entre os Estados-Membros para denominar de modo uniforme realidades objecto de designações variadas nos diversos países da União, como *public services*, *public utilities*, *service public*, *öffentliche Dienstleistungen*, *Daseinsvorsorge*, etc. – assim, BAUBY, Pierre, “From Rome to Lisbon: SGIs in Primary Law”, in: E. Szyszczak et al. (orgs.), *Developments in Services of General Interest*, The Hague, T.M.C. Asser Press, 2011, p. 20 e ss., com uma excelente síntese de toda a evolução do direito comunitário nesta matéria.

<sup>38</sup> FERREIRA, Paz, “Em torno da regulação económica...”, p. 41.

criação da Entidade Reguladora do Sistema de Saúde (ERS)<sup>39</sup>, para regulação, supervisão e acompanhamento da actividade dos estabelecimentos de cuidados de saúde. Como foi ainda depois o caso da Entidade Reguladora para a Comunicação Social (ERC)<sup>40</sup>, já consideravelmente distante da pura esfera de regulação económica que começou por animar o nosso movimento regulatório e tida mesmo como “muito mais do que uma mera entidade reguladora de sectores económicos”<sup>41</sup>, mostrando-se “predominantemente vocacionada para a defesa dos direitos e liberdades fundamentais”<sup>42</sup>.

O espírito regulatório não se manifestou, porém, apenas num alargamento do número de entidades reguladoras no sentido próprio do termo, isto é, de autênticas autoridades administrativas independentes. Mais do que isso, parece ter contagiado os termos em que foram moldadas entidades administrativas integradas na administração directa do Estado ou ainda na dependência do Governo, que embora herdeiras de antigos institutos e inspecções-gerais detentores de poderes de fiscalização e de sancionamento contra-ordenacional passaram frequentemente a ser designadas como autoridades (*v. g.*, a ASAE – Autoridade de Segurança Alimentar e Económica; a ACT – Autoridade para as Condições do Trabalho; ou o INFARMED – Autoridade Nacional do Medicamento e Produtos de Saúde), numa espécie de mimetismo das verdadeiras entidades reguladoras. Esse contágio fez-se sentir ainda no próprio *modus operandi* adoptado por algumas dessas novas autoridades, com destaque para a ASAE, que nos seus primeiros tempos de existência foram imbuídas de uma fúria fiscalizadora que rapidamente atraiu os holofotes dos *media*. Um tipo de comportamento paradigmático da primeira das várias fases que a ciência económica norte-americana identificou no ciclo de vida das agências reguladoras, uma fase de juventude dominada pela lógica do interesse público e caracterizada por uma vontade de mostrar serviço e

---

<sup>39</sup> Decreto-Lei n.º 309/2003, de 10/12, revogado e substituído pelo Decreto-Lei n.º 127/2009, de 27/5.

<sup>40</sup> Lei n.º 53/2005, de 8/11.

<sup>41</sup> ROQUE, Miguel Prata, “Os poderes sancionatórios da ERC – Entidade Reguladora para a Comunicação Social”, *in*: Maria Fernanda Palma *et al.* (coords.), *Direito Sancionatório das Autoridades Reguladoras*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 388.

<sup>42</sup> Ac. do TC n.º 613/2008.

assim pelo vigor no confronto com os supervisionados, à qual se segue um processo de envelhecimento que culmina na captura do regulador pelos regulados<sup>43</sup>.

Esta assimilação da filosofia reguladora por entidades administrativas que carecem da autonomia perante o Governo caracterizadora das autoridades administrativas independentes vai, no fundo, ao encontro da concepção ampla de regulação que vem fazendo curso entre nós na própria doutrina da regulação, favorável ao acolhimento no seu seio da chamada regulação social, dirigida à protecção dos trabalhadores, dos consumidores ou do ambiente<sup>44</sup>. Conferida esta larga latitude à regulação, deixa ela de ficar circunscrita aos domínios para os quais foram instituídas autoridades administrativas independentes e com isso, no plano doutrinário, passam a poder inscrever-se no espaço da regulação as actividades de vigilância e sancionamento confiadas a entidades administrativas que vivem ainda na órbita do Governo e às quais faltam poderes de autónoma produção normativa. Com isso, torna-se ainda também possível englobar no domínio regulatório uma área como a da concorrência<sup>45</sup>, frequentemente contraposta à da regulação.

Sendo o domínio regulatório encarado sob este amplo perfil acaba ele por admitir uma segmentação como aquela que é proposta por Pedro Gonçalves, que distingue entre uma regulação do tipo sectorial e uma regulação do tipo transversal<sup>46</sup>.

A *regulação sectorial* é composta pelas várias esferas de regulação especificamente dirigidas a um certo sector da actividade económica, como acontece no âmbito do mercado de valores mobiliários, da actividade bancária, do

---

<sup>43</sup> WILSON, Graham K., "Social regulation and explanations of regulatory failure", *Political Studies*, 1984, XXXII, p. 204.

<sup>44</sup> Assim, MOREIRA, Vital, *Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*, p. 39, CANOTILHO, Gomes, "O direito constitucional passa...", p. 719, SILVA, João Nuno Calvão da, *Mercado e Estado*, p. 100 e ss., e GONÇALVES, Pedro Costa, "Estado de garantia e mercado", *RFDUP*, 2010, pp. 116 e s. e 120 e s. Mesmo autores que se opõem ao uso da expressão "regulação social" – como FERREIRA, Paz / MORAIS, Silva, "A regulação sectorial da economia", p. 23 e s., e CALVETE, Victor, "Entidades administrativas independentes: *smoke & mirrors*", *C&R*, n.º 7/8, 2012, p. 75, nota 36 – parecem, na verdade, concordar com a ideia de que os domínios como aqueles referidos em texto, correntemente levados à conta desse conceito, devem ser englobados no espaço regulatório, pois é justamente a ideia de que a chamada regulação económica também deve integrar dimensões de protecção do ambiente, dos consumidores, etc., que os leva a contestar a necessidade de atribuir autonomia à denominada regulação social.

<sup>45</sup> Cf., v. g., GONÇALVES, Pedro, "Direito administrativo da regulação", p. 540 e ss., SÄCKER, Franz Jürgen, "Das Regulierungsrecht im Spannungsfeld von öffentlichem und Privatem Recht", *Archiv des öffentlichen Rechts*, n.º 130, 2005, pp. 188 e s. e 220.

<sup>46</sup> GONÇALVES, Pedro, "Direito administrativo da regulação", p. 539 e ss.

sector da energia, *etc.* Essas esferas são dotadas de corpos legislativos próprios que agregam normas dos vários ramos do ordenamento jurídico, por vezes dando lugar, na expressão de Frederico Costa Pinto, a verdadeiras codificações sectoriais<sup>47</sup>. Além disso, é nelas desenvolvida pela autoridade reguladora uma actividade de supervisão virtualmente permanente sobre os agentes económicos do sector<sup>48</sup>, sendo por isso um tipo de regulação que “apresenta uma tendência de «carácter dirigista», de condução da acção dos actores privados em certo sentido”<sup>49</sup>. Um tal acompanhamento implica uma relação de carácter duradouro entre supervisor e supervisionado, no âmbito da qual são incontornáveis, sob pena de inviabilidade da própria supervisão, constantes deveres de colaboração e de informação a cargo do particular, não raro sob a cominação de coima<sup>50</sup>. Tanto assim que, de acordo com o nosso Tribunal Constitucional, “a obrigação de prestar informações e entregar documentos à entidade reguladora surge como uma condição de eficácia da efectiva salvaguarda da necessidade de regulação, supervisão e fiscalização da actividade económica, num domínio em que a colaboração dos agentes económicos se torna fundamental para o exercício de tais funções de excepcional relevância pública”<sup>51</sup>.

A *regulação transversal* é aquela que, por sua vez, detém um alcance sobre todas as áreas da actividade económica e social. Aqui, a incidência da actividade do regulador sobre os privados assume uma natureza tendencialmente pontual e fragmentária, centrando-se nos aspectos da vida do particular directamente atinentes à área de regulação confiada ao regulador (*v. g.*, numa inspecção a uma empresa, a ACT dirigirá a sua atenção às questões laborais, ao passo que a ASAE preocupar-se-á com o cumprimento das regras que visam a protecção dos consumidores). Por isso se entende que enquanto na regulação sectorial a supervisão tem um carácter *ex ante*, podendo o regulador, em tese, acompanhar praticamente em tempo real a dinâmica de actuação empresarial do

---

<sup>47</sup> PINTO, Frederico Costa, “As codificações sectoriais e o papel das contra-ordenações no direito penal secundário”, *Themis*, ano III, n.º 5, 2002, p. 95 e ss.

<sup>48</sup> Nesta direcção, no âmbito da regulação do mercado de valores mobiliários, CÂMARA, Paulo, “Regulação e valores mobiliários”, p. 155.

<sup>49</sup> GONÇALVES, Pedro, “Direito administrativo da regulação”, p. 541.

<sup>50</sup> Cf. BRANDÃO, Nuno “Colaboração com as autoridades reguladoras e dignidade penal”, *RPCC*, 1/2014, p. 29 e ss.

<sup>51</sup> Ac. do TC n.º 78/2013, *AcsTC* 86.º, p. 348.

supervisionado, na regulação transversal o acompanhamento regulatório via de regra ocorre *ex post*, já após haver notícia de uma possível infracção, como tipicamente sucede nos domínios laboral, da protecção do consumidor ou da concorrência<sup>52</sup>.

### III. O novo Direito Contra-Ordenacional Económico

6. A nova realidade económica contemporânea a que nos vimos referindo nada tem que ver com aquela que, entre nós e à nossa volta, existia ao tempo do lançamento e concretização do projecto de criação de um novo direito sancionatório como o direito de mera ordenação social. Como é natural, esta revolução económica que progressivamente tomou conta da sociedade, do Estado e das relações entre ambos<sup>53</sup>, transfigurando-os por completo, não poderia deixar de repercutir-se numa total recompreensão do direito contra-ordenacional, atento o papel de actor principal que este foi chamado a desempenhar no âmbito da ordenação jurídica regulatória que emergiu como o direito do novo paradigma económico-social.

Uma observação de vocação global sobre as áreas actuais de incidência do direito das contra-ordenações no âmbito económico permite-nos vislumbrar uma ampla cobertura sancionatória de natureza contra-ordenacional em três dos eixos fundamentais da economia contemporânea, o dos *serviços de interesse económico geral*, o da *concorrência* e o do *sistema económico-financeiro*. Cremos poder afirmar que esses eixos económicos representam as traves-mestras de toda a realidade económica actual. A desagregação de qualquer deles implicaria provavelmente o desmoronar de toda a estrutura económico-social, sendo hoje líquido que uma crise séria no seu funcionamento, de amplitude sistémica, se reflecte inevitavelmente numa crise económica e social generalizada. Prova disso é a grande crise financeira

---

<sup>52</sup> GONÇALVES, Pedro, “Direito administrativo da regulação”, p. 541 e s.

<sup>53</sup> Referindo-se também aqui a uma “verdadeira revolução no que respeita às relações do Estado com a economia e ao papel e sentido da regulação económica”, MOREIRA, Vital / MAÇAS, Fernanda, *Autoridades Reguladoras Independentes*, p. 9.

eclodida em 2008 e suas ondas de choque globais e sistémicas<sup>54</sup>. Como o seria seguramente, pelos seus mais do que certos efeitos catastróficos, o colapso da capacidade de fornecimento de electricidade ou de serviços de telecomunicações pelas companhias desses sectores ou a violação generalizada e impune das regras de uma livre e salutar concorrência pelo grandes operadores económicos. Ora, em todas estas vertentes fundamentais da economia contemporânea o funcionamento regular e equilibrado das redes de infra-estruturas e dos mercados económicos depende da observância de uma infinidade de prescrições legais e regulamentares que conjugadamente procuram assegurar tal desiderato, as mais das vezes de braço dado com a ameaça de uma sanção contra-ordenacional, que lhes visa conferir efectividade.

É justamente aqui que nos aparece uma parte significativa dos regimes contra-ordenacionais que se usa ora reconduzir à categoria das grandes contra-ordenações. Tal qualificação costuma ser reservada para as infracções puníveis com coimas que ascendam a valores na ordem dos milhões de euros<sup>55</sup>. Tratando-se embora de uma formulação desprovida de valor normativo, tem ela feito o seu curso em virtude de uma impressividade decorrente do seu contraste com a ideia generalizada de que o direito das contra-ordenações é um domínio de bagatelas. Seja como for, a ter algum préstimo, a expressão não deverá ficar reduzida a uma mera conotação pecuniária relacionada com um maior ou menor valor da coima cominada, devendo ainda, em nosso modo de ver, nutrir-se do – em regra, significativo – relevo dos bens jurídico-económicos que tais infracções visam tutelar<sup>56</sup>.

7. Em todo este amplo e complexo contexto, a função de primeiríssima ordem nele legalmente atribuída ao direito das contra-ordenações representa um sinal

---

<sup>54</sup> CÂMARA, Paulo, “Regulação e valores mobiliários”, p. 128 e s., e SANTOS, Luís Máximo dos, “Regulação e supervisão bancária”, in: Paz Ferreira et al. (coords.), *Regulação em Portugal: Novos Tempos, Novo Modelo?*, Coimbra, Almedina, 2009, \ p. 118 e ss.

<sup>55</sup> ACHENBACH, Hans, “Die «großen» Wirtschafts-Ordnungswidrigkeiten – ein Phänomen im Dunkelfeld der kritischen Strafrechtstheorie”, in: Beulke et al. (orgs.), *Das Dilemma des rechtsstaatlichen Strafrechts*, Berlin, BWV, 2009, p. 101.

<sup>56</sup> Nesta direcção também, *nolens volens*, o já mencionado Ac. do TC n.º 78/2013: “Se é verdade que a moldura sancionatória em causa se situa em valores muito elevados, há que ter presente que o cumprimento do dever em causa é essencial à supervisão e fiscalização de um *sector de extraordinária relevância social*” (AcsTC 86.º, p. 349, it. nosso).

iniludível de que o paradigma sancionatório que lhe deu origem já não é, definitivamente, o paradigma que nele hoje se exprime. Circunstância que é tanto mais significativa quanto se sabe que o direito económico foi o reduto onde a doutrina alemã, sob a batuta de Eberhard Schmidt e a influência da teoria do direito penal administrativo, fez nascer o direito de mera ordenação social.

Na sua génese alemã, as contra-ordenações constituíram um elemento fundamental de racionalização do direito penal económico e do resgate da ideia de Estado de Direito nesse domínio. A cisão de cariz radicalmente qualitativo que, no âmbito económico, Eberhard Schmidt procurou incansavelmente traçar entre crimes e contra-ordenações fundou-se numa distinção entre dois espaços de interesses juridicamente reconhecidos pelo direito económico: de uma banda, o dos bens jurídicos (*Rechtsgüter*), abrangendo os interesses vitais económico-materiais; e de outra banda, o dos bens administrativos (*Verwaltungsgüter*), correspondente a um diferente tipo de interesses, radicados na relações entre a administração e os particulares, no âmbito dos quais estes figurariam como órgãos auxiliares daquela<sup>57</sup>. Dos bens jurídicos ocupar-se-ia o direito penal; e dos bens administrativos, o direito de mera ordenação social, que não deveria aspirar a ir além desse reduto dos interesses administrativos.

Encontramos entre nós posições directa e inequivocamente tributárias desta marca genética do direito das contra-ordenações. Assim sucede no pensamento de Figueiredo Dias, que nesta matéria exhibe ainda refrações várias daquela concepção de Eberhard Schmidt. Tal parece-nos inegável quando persiste na distinção entre bens jurídico-penais, que reserva para o direito penal, e bens jurídico-administrativos, que acantona no direito das contra-ordenações<sup>58</sup>; ou quando sustenta que o direito penal secundário adquire um estatuto penal de corpo inteiro através da sua ligação à ordenação axiológico-constitucional dos direitos sociais e da organização económica, que, por definição, será estranha ao

---

<sup>57</sup> SCHMIDT, Eberhard, *Das Neue Westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht. Grundsätzliches zu seiner Ausgestaltung und Anwendung*, Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1950p. 19 e ss. Para uma descrição mais detalhada da doutrina contra-ordenacional de Eberhard Schmidt, cf. BRANDÃO, Nuno, *Crimes e Contra-Ordenações*, p. 49 e ss.

<sup>58</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal. Parte Geral, Tomo I: Questões Fundamentais; A Doutrina Geral do Crime*, 2.<sup>a</sup> ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2007, 6.<sup>o</sup> Cap., § 34.

direito de mera ordenação social<sup>59</sup>. Outro exemplo, em seu tempo ainda sinal de uma vontade de fidelidade à concepção qualitativa tradicional, é o da lógica que inspirou a sistematização e o conteúdo do regime legal das Infracções contra a Economia e contra a Saúde Pública, introduzido pelo Decreto-Lei n.º 28/84, de 20/1. Como parece ser sugerido por Costa Andrade, que participou activamente nos respectivos trabalhos preparatórios, procurou-se aí, assumindo o legado de Eberhard Schmidt, “estabelecer uma fronteira entre duas ordens de valores ou interesses: de um lado, os que relevam da vida comunitária como sistema económico com os seus conflitos reais; do outro os que se esgotam no interior da própria Administração, como o interesse cognitivo específico, destinado a garantir uma certa transparência da vida económica através de acções de registo, comunicação, informação, etc., impostas aos operadores económicos”<sup>60</sup>. E na verdade, como o legislador procurou então explicar no preâmbulo desse diploma, foi nele tido o “particular cuidado de extremar rigorosamente os campos dos dois ilícitos em presença, a fim de evitar sobreposições ou confusões entre as previsões dos correspondentes tipos legais”, esclarecendo logo de seguida que com isso se pretendia significar que “se relegaram para o capítulo das contra-ordenações apenas aqueles comportamentos que não põem em causa interesses essenciais ou fundamentais da colectividade e que, por isso, carecem de verdadeira dignidade penal”<sup>61</sup>.

Se chamamos à discussão o pensamento seminal de Eberhard Schmidt e suas repercussões entre nós é só para que fique mais claro que o tempo em que a nossa legislação penal e contra-ordenacional em matéria económica ainda se deixava inspirar por um ideário qualitativo radicado na importância social dos interesses tutelados é um tempo que ficou para trás<sup>62</sup>. Aquele que, ao menos formalmente, se apresenta ainda hoje como o nosso diploma legislativo central no domínio da criminalidade económica, o referido Decreto-Lei n.º 28/84, revela bem as marcas

---

<sup>59</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo, “Para uma dogmática do direito penal secundário. Um contributo para a reforma do direito penal económico e social português”, *RLJ*, 1983-84, n.º 3718, p. 12, e *DP-PG*<sup>2</sup>, I, 6.º Cap., § 24 e ss.

<sup>60</sup> ANDRADE, Manuel da Costa, “A nova lei dos crimes contra a economia (Dec.-Lei n.º 28/84 de 20 de Janeiro) à luz do conceito de «bem jurídico»”, in: *Ciclo de Estudos de Direito Penal Económico*, CEJ, Coimbra, 1985, p. 92.

<sup>61</sup> Decreto-Lei n.º 28/84, de 20/1, in: *DR-I Série*, n.º 17, de 20-01-1984, p. 241.

<sup>62</sup> Assim, e também por referência à concepção de Eberhard Schmidt, ACHENBACH, “Die «großen» Wirtschafts-Ordnungswidrigkeiten”, p. 107.



erosivas do tempo, dificilmente escapando ao rótulo de que se trata de uma lei datada e provavelmente já obsoleta<sup>63</sup>. É que os bens jurídico-económicos que na actualidade são valorados como os de maior relevo para a organização e ordenação económico-social deixaram de ser aqueles que os tipos incriminadores do Decreto-Lei n.º 28/84 procuram tutelar. Os interesses económico-materiais vitais da sociedade contemporânea, para usar a expressão de Eberhard Schmidt, encontram-se agora essencialmente radicados naqueles domínios dos serviços de interesse económico geral e do sistema económico-financeiro<sup>64</sup>, sendo a livre concorrência em todos eles elevada a valor crucial a promover no âmbito da sua organização e funcionamento. Ora, o ordenamento sancionatório a que reiterada e sistematicamente o legislador recorre para protecção de tais interesses vitais, mesmo em relação às ofensas mais qualificadas que lhes possam ser dirigidas, é o contra-ordenacional<sup>65</sup>.

Ao contrário do que no passado sucedia ou, talvez melhor, do que se pretendia que sucedesse, no seu âmbito de incidência sobre a vida económica o direito das contra-ordenações actual revela-se vocacionado tanto para a tutela de interesses ditos de pura ordenação social, como ainda também para a protecção de bens jurídico-económicos vitais. De modo algum podendo considerar-se que esta sua vocação para a protecção de eminentes interesses económicos assume um carácter meramente episódico com laivos de excepcionalidade, antes sendo, isso sim, notória uma sua corrente predisposição para uma intervenção desse cariz, não vemos como possa iludir-se a *nítida tendência de convergência material entre os ilícitos penal e contra-ordenacional* que neste cenário se desenha. Como entende também Hans Achenbach, tendo em vista precisamente as grandes contra-ordenações económicas do direito regulatório, os factos contra-ordenacionais não se distinguem aqui necessária ou forçosamente dos crimes económicos nem quanto à

---

<sup>63</sup> Convergindo nesta ideia, DIAS, Augusto Silva, "Linhas gerais do regime jurídico dos crimes contra interesses dos consumidores no Anteprojecto de Código do Consumidor", *Estudos de Direito do Consumidor*, 2005, p. 559.

<sup>64</sup> Em termos próximos, embora não totalmente coincidentes com a nossa visão, VELOSO, José António, "Questões hermenêuticas e de sucessão de leis nas sanções do Regime Geral das Instituições de Crédito – em especial a inibição de direitos de voto por violação de deveres de revelar participações qualificadas", *Revista da Banca*, n.º 48, p. 44 e ss.

<sup>65</sup> BRANDÃO, Nuno, *Crimes e Contra-Ordenações*, p. 438 e ss.

sua estrutura, nem quanto à sua gravidade, atenta a sua função de protecção de bens jurídicos e a pesada danosidade social que lhes é inerente<sup>66</sup>.

Significa isto, na nossa perspectiva, que, contra o que é voz corrente das concepções qualitativas acerca do critério de distinção entre crimes e contra-ordenações, no quadro da realidade normativa vigente não há em regra uma separação cortante de teor material entre o género de interesses ou bens jurídicos tutelados por cada um desses tipos de infracções<sup>67</sup>. O que se verifica, muito pelo contrário, é que os bens jurídicos em relação aos quais se afigura legítima uma intervenção penal, atenta a sua superior relevância no quadro constitucional da organização económica, são também eles interesses em que é corrente o recurso à protecção que pode ser oferecida pelo direito contra-ordenacional<sup>68</sup>.

Temos para nós que o paradigma sancionatório actual na esfera económica é assim conformado por duas ordens normativas, a penal e a contra-ordenacional, que acorrem, isolada ou concertadamente, à protecção de interesses económicos fundamentais para a vida económico-social<sup>69</sup>. Um paradigma em que portanto, na perspectiva dos *factos* qualificados como infracções económicas penais ou contra-ordenacionais para tutela de bens jurídico-económico vitais, não é descortinável

---

<sup>66</sup> ACHENBACH, “Die «großen» Wirtschafts-Ordnungswidrigkeiten”, p. 109 e s.

<sup>67</sup> Para uma conclusão semelhante, DIAS, Augusto Silva, “O direito à não auto-inculpação no âmbito das contra-ordenações do Código dos Valores Mobiliários”, *C&R*, n.º 1, 2010, p. 256 e s., embora divergindo substancialmente da nossa concepção de base sustentada em texto, já que, no seu ponto de vista, a convergência material dá-se não porque as contra-ordenações em consideração sejam permeadas pela ideia de dignidade penal, mas bem pelo contrário porque os crimes económicos com que vivem paredes-meias não passam as mais das vezes de “crimes de artificiais, sendo “o recorte sistémico dos interesses protegidos [que] torna fluida e artificial a fronteira entre crime e contra-ordenação”.

<sup>68</sup> Nesta conclusão também, embora a contragosto, ACHENBACH, Hans, “Ahndung materiell sozialschädlichen Verhaltens durch bloße Geldbuße? Zur Problematik «großer» Wirtschafts-Ordnungswidrigkeiten”, *Goldammer’s Archiv für Strafrecht*, 2008, p. 15 e ss. Em direcção distinta, parecendo admitir uma intervenção contra-ordenacional para prevenção de pesadas violações de bens jurídicos colectivos apenas enquanto a sua danosidade social não se encontrar suficientemente sedimentada na consciência jurídica colectiva, GÜNTHER, Hans-Ludwig, “Das Recht der Ordnungswidrigkeiten – Aufbruch zu neuen Ufern?”, in: Knut Nörr, *40 Jahre Bundesrepublik Deutschland – 40 Jahre Rechtsentwicklung*, Tübingen, J. C. B. Mohr, 1990, p. 392, que dá como exemplo as infracções anticoncorrenciais, na sua maneira de ver, já mais do que prontas para ingressar no âmbito penal.

<sup>69</sup> A este propósito, cf. PALIERO, Carlos Enrico, “La sanzione amministrativa come moderno strumento di lotta alla criminalità economica”, *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell’Economia*, 1993, p. 1030 e ss., que apresenta distintos modelos sinérgicos possíveis de actuação penal e contra-ordenacional conjunta no domínio económico.

uma plena e contínua diferenciação material entre os domínios penal e contra-ordenacional.

É certo que este estado de coisas significa um corte radical com o modelo qualitativo com que entre nós se procurou – e, aliás, considerando a nossa doutrina e jurisprudência maioritárias, ainda se procura – oferecer um quadro explicativo para as relações entre crimes e contra-ordenações, assente numa sua separação ético-social, político-criminal e dogmática. Mas significa também um distanciamento da perspectiva tradicionalmente oposta, de cariz quantitativo. O direito das contra-ordenações há muito que deixou definitivamente de ser (só) um direito de infracções menores e de sanções bagatelares, como já há bastante tempo, aliás, proclamou o próprio legislador contra-ordenacional português: “compreensivelmente, não pode o direito de mera ordenação social continuar a ser olhado como um direito de bagatelas penais”<sup>70</sup>. Na realidade, nele avultam ofensas da maior gravidade a bens jurídico-económicos de eminente relevância constitucional e nele são cominadas sanções, pecuniárias e não pecuniárias, de extraordinária severidade. Tanto assim que são de natureza contra-ordenacional as mais pesadas sanções pecuniárias dirigidas pelo nosso ordenamento jurídico às pessoas colectivas responsáveis pela prática de crimes e de contra-ordenações<sup>71</sup>.

8. O que pode perguntar-se é se este quadro actual – um quadro normativo em que as infracções económicas dão corpo a um paradigma de tendencial convergência substancial entre crimes e contra-ordenações – deverá ser objecto de uma reconformação que implique para o direito das contra-ordenações um regresso às origens, designadamente, uma sua reconversão num direito sancionatório de pura ordenação social. Ou, o que é no fundo perguntar-se pelo mesmo, se foi errado o rumo dado pelo legislador português, sob forte influência comunitária, ao direito contra-ordenacional económico no sentido de o convocar sistematicamente para a protecção de bens jurídico-económicos vitais, com inexorável e irreversível sacrifício do ideário contra-ordenacional original<sup>72</sup>. Um

---

<sup>70</sup> Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 244/95, que concretizou aquela que até hoje se mostra como a mais importante revisão do RGCO.

<sup>71</sup> Cf. o art. 69.º-2 do novo Regime Jurídico da Concorrência (Lei n.º 19/2012) e o art. 32.º-2 do Regime Sancionatório do Sector Energético (Lei n.º 9/2013).

<sup>72</sup> Um interrogação similar é formulada por PINTO, Frederico Costa, “A tutela dos mercados de valores mobiliários e o regime do ilícito de mera ordenação social”, in: *Direito dos Valores Mobiliários*, I,

caminho que não poderia deixar de levar, como levou, a um considerável aumento do rigor das sanções contra-ordenacionais.

Não está aqui em causa avaliar se neste ou naquele específico domínio se levou longe de mais a tipificação de contra-ordenações, numa condenável fúria reguladora, esquecida do princípio constitucional da necessidade e com um inadmissível cunho paternalista, que degenerou numa autêntica e em certos domínios já insuportável hipertrofia contra-ordenacional<sup>73</sup>; ou se em determinados casos não se terá ido para além do permitido pelo princípio da proporcionalidade em matéria de fixação de sanções, seja na sua relação com a gravidade dos factos correspondentes, seja no seu contraste com factos e sanções penais comparáveis; ou se os regimes legais respectivos apresentam uma consistente coerência interna ou se se coadunam à complexidade das infracções tipificadas ou à gravidade das sanções cominadas; *etc.* Em todos estes pontos o nosso sistema contra-ordenacional dá mostras de problemas que em boa parte são seguramente fruto de uma progressiva transformação substancial do seu papel não raro desacompanhada das reconformações normativas necessárias para que passasse a estar à altura das novas responsabilidades que lhe foram confiadas. A isso não terá sido alheio o “estado de negação” de que a nossa doutrina parece ter sido acometida e a complacência jurisprudencial, com destaque para a jurisprudência constitucional, em relação a soluções legais desajustadas dos novos problemas com que o sistema contra-ordenacional começou a deparar-se.

Sem pretender desvalorizar estas “dores de crescimento” que a nossa realidade contra-ordenacional inequivocamente revela, o que cremos estar essencialmente em causa no âmbito da nossa discussão é saber se deve considerar-se materialmente fundada a sobredita evolução do sistema sancionatório português no sentido de passar a confiar não só ao direito penal, como também ao direito contra-ordenacional a defesa de bens jurídico-económicos vitais.

Simplificando, porventura de mais, e reduzindo o problema à sua raiz, perante a revolução que varreu a nossa economia e a avalanche regulatória que a

---

Coimbra, Coimbra Editora, 1999, p. 287, a propósito da opção sancionatória do Código do Mercado de Valores Mobiliários de 1991: “terá sido correcta a opção do legislador de 1991 pelo regime das contra-ordenações como modelo central de tutela do mercado de valores mobiliários?”. Tal como para nós, como se explicitará em texto, também para Frederico Costa Pinto “a opção do legislador foi essencialmente correcta”.

<sup>73</sup> Neste sentido, ACHENBACH, “Die «großen» Wirtschafts-Ordnungswidrigkeiten”, p. 102 e ss.

acompanhou parece-nos que haveria que escolher uma de duas opções de fundo<sup>74</sup>. Poucos anos antes do início deste movimento económico havia sido entre nós adoptado um sistema sancionatório formado por dois domínios, o penal e o contra-ordenacional, que impôs um modelo infraccional exclusivamente composto pelo binómio crime / contra-ordenação. Ora, em face deste *tertium non datur*, ou o legislador nacional seguia a linha preconizada pela teoria qualitativa e arredava o direito das contra-ordenações da protecção dos interesses económicos vitais inerentes aos novos serviços de interesse económico geral e ao sistema económico-financeiro resultantes dos processos de privatização e de liberalização da economia, com o que, não podendo deixar de lhes garantir uma tutela sancionatória, seria necessário que o direito penal entrasse em força nesses domínios; ou rompia com o paradigma qualitativo e abria a área de intervenção das contra-ordenações aos bens jurídico-económicos essenciais.

Como é bom de ver, foi esta segunda opção de fundo que o nosso legislador abraçou. Mesmo que nos momentos em que se tomaram as decisões legislativas que fizeram o direito das contra-ordenações rumar nesse sentido não tenha existido consciência plena da alteração de paradigma para que através delas se caminhava<sup>75</sup> e que tal tenha decorrido também da influência exercida pelo direito comunitário sobre estes domínios económicos, *maxime* pela sua pressão para a criação de entidades reguladoras independentes, não vemos como pudesse ter sido outra a direcção a dar ao nosso sistema contra-ordenacional no contexto da ingente maré regulatória gerada pela emergência de um novo paradigma nas relações económicas entre o Estado e o mercado.

Não queremos com isto dizer que na gigantesca massa de prescrições normativas que compõem o direito regulatório para o seio do qual foi chamado o direito das contra-ordenações não exista uma parte considerável delas que correspondam ainda à tradicional noção de normas de pura ordenação social.

---

<sup>74</sup> Com muito interesse, porque contemporâneo desta encruzilhada e logo antevendo os grandes modelos possíveis, o extraordinário e a tantos títulos profético ensaio de PALIERO, “La sanzione amministrativa come moderno strumento...”, p. 1027 e ss.

<sup>75</sup> Cf., não obstante, o já referido preâmbulo do Decreto-Lei n.º 244/95, de 14/9, que reviu de forma substancial o RGCO, motivado precisamente pela profunda transformação de que o nosso direito contra-ordenacional dava mostras já em meados da década de noventa do século passado: “Consagrado a partir de 1979, o ilícito de mera ordenação social tem vindo a assumir uma importância antes dificilmente imaginável”.

Pensamos sobretudo naquelas que versem sobre as relações entre os agentes económicos e a administração. Logo por aí sempre seria de contar com uma forte presença do direito contra-ordenacional nos novos domínios regulatórios. Não é todavia a essa realidade que nos pretendemos referir, mas sim às contra-ordenações dirigidas à directa tutela de interesses económicos *materiais* que o direito regulatório procura acautelar em ordem a satisfazer as finalidades da responsabilidade pública de garantia que sobre o Estado impende<sup>76</sup>.

8.1 À partida, visto o problema sob o *prisma penal*, a inequívoca e elevada dignidade constitucional dos bens jurídicos objecto da malha regulatória referida aos serviços de interesse económico geral e ao sistema económico-financeiro, tanto de natureza individual como supra-individual, seria caução suficiente para aí abrir caminho a uma intervenção penal<sup>77</sup>. Restaria, porém, saber se tal seria sequer aconselhável sob o ponto de vista político-criminal, da *ultima ratio* do direito penal<sup>78</sup> e das injunções próprias do critério de legitimação material negativa da necessidade de pena. Na verdade, temos as maiores dúvidas sobre a capacidade do nosso sistema penal para responder às exigências sancionatórias destes sectores no caso de um seu envolvimento tão intenso como aquele que por certo seria necessário se se abdicasse de uma acção contra-ordenacional para esse mesmo efeito.

O regresso a uma situação de hipertrofia penal seria mais do que certo. Como vimos, uma das razões decisivas para o surgimento do direito de mera ordenação social foi a inflação legislativa de que o sistema penal dava abundantes mostras. Porém, tal legislação de tempos idos seria uma espécie de *puzzle* para crianças quando comparada com a extensão e o detalhe normativo do direito regulatório de hoje. Ainda que se procurasse cingir a tutela penal às violações normativas que contendessem directamente com os bens jurídico-económicos essenciais em jogo nos referidos sectores – e, considerando a intrincada e estreitíssima teia regulatória que neles foi tecida, logo isso não seria fácil –, tal estaria longe de garantir um

---

<sup>76</sup> BRANDÃO, Nuno, *Crimes e Contra-Ordenações*, pp. 431 e ss. e 438 e ss.

<sup>77</sup> Sobre este ponto – altamente controvertido, porém – BRANDÃO, Nuno, “Bens jurídicos colectivos e intervenção penal cumulativa”, *RPCC*, 2015, p. 62 e ss.

<sup>78</sup> PINTO, Frederico Costa, “A tutela dos mercados de valores mobiliários...”, p. 287.

volume limitado de incriminações, dada a multitudine do tipo de ofensas a que tais interesses estão expostos.

Além deste risco de hipertrofia, que por si só representaria já um factor de dissuasão suficientemente forte, uma opção eminentemente penal seria contraproducente no plano da fonte. A agilidade e flexibilidade de que o direito regulatório deve dispor para poder oferecer um quadro normativo consistente com a volatilidade das realidades económicas a que se dirige não parece compaginável com o processo legislativo penal constitucionalmente prescrito e com o estrito rigor imposto às técnicas legislativas incriminatórias pelo princípio da legalidade criminal. Sendo este um reino em que inevitavelmente proliferam normas em branco cujo preenchimento carece de actos administrativos e de normas regulamentares emanados das entidades reguladoras, cláusulas gerais, conceitos indeterminados, normas de sanção separadas das normas de proibição e a elas interligadas por cascatas de prescrições remissivas<sup>79</sup>, *etc.*, seriam evidentes as dificuldades da sua compatibilização com a determinabilidade típica exigida pelo princípio da legalidade criminal.

Um modelo regulatório penal implicaria ainda consideráveis, senão mesmo insuperáveis dificuldades de articulação entre a dimensão de supervisão inerente à regulação sectorial e o paradigma de investigação criminal postulado pela nossa lei processual penal. Independentemente do problema de saber se a vertente sancionatória do direito regulador se encontra formalmente incluída na categoria da supervisão que dele faz parte, há entre a supervisão e o sancionamento uma relação de tal modo inextricável que não pode deixar de implicar uma sua consideração global e integrada.

Sucede que enquanto a supervisão tem um modo de funcionamento *ex ante*, sendo os supervisionados vigiados e fiscalizados pelas entidades reguladoras mesmo na ausência de uma notícia de uma infracção, o *modus operandi* do processo penal é de carácter *ex post*. Seria inconcebível, porque autenticamente contranatura, a atribuição de funções de supervisão ao Ministério Público no âmbito do processo penal ou na antecâmara dele. Além de não estar minimamente vocacionado para tal tipo de tarefas, dada até a especialização técnica imprescindível para

---

<sup>79</sup> Cf. VEIGA, Alexandre Brandão da, “A construção dos tipos contra-ordenacionais no Novo Código dos Valores Mobiliários”, *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários*, n.º 7, 2000, p. 422.

compreender e lidar com as especificidades dos vários domínios sujeitos a regulação<sup>80</sup>, o Ministério Público dificilmente disporia dos meios e recursos necessários para exercer eficazmente tal papel. E o mesmo se diga, aliás, no caso de adopção de um modelo intermédio que passasse por entregar a supervisão às autoridades reguladoras com entrada em acção do Ministério Público na hipótese de recolha da notícia de crime precedida de indagações preliminares. A generalização deste modelo – entre nós consagrado no Código dos Valores Mobiliários, mas com uma amplitude muito limitada, circunscrita aos dois únicos crimes contra o mercado tipificados naquele diploma (o abuso de informação privilegiada e a manipulação de mercado, arts. 378.º e 379.º do CVM, respectivamente)<sup>81</sup> – num cenário de profusa intervenção penal no domínio regulatório levantaria aqueles mesmos problemas. As óbvias disfuncionalidades e ineficiências que uma solução regulatória vincadamente penal deixa adivinhar, com o inerente prejuízo para uma tutela eficaz dos bens jurídico-económicos nestes domínios envolvidos, são um elemento mais a depor contra uma abordagem sancionatória dessa índole<sup>82</sup>. A elas acresceria a sobrecarga processual que um modelo desta natureza acarretaria para a máquina judiciária e o longo cortejo de nefastas consequências que daí adviriam para todo o sistema de justiça penal.

Em suma, como ao tempo advertiu Paliero, assim pretendendo caucionar uma via contra-ordenacional ligada a um modelo de regulação e (sobretudo) de supervisão assente em entidades reguladoras independentes, a escolha por um modelo de tutela clássico de cunho penal ou mesmo até contra-ordenacional no sentido tradicional corresponderia a uma opção por “um tigre de papel incapaz de exercer qualquer função que não seja simbólica”<sup>83</sup>!

As fundas objecções inevitavelmente suscitadas por um modelo regulatório de matriz penal legitimam, enfim, as maiores reservas em relação à adequação e eficácia do direito penal para assegurar o *essencial* da ampla tutela sancionatória

---

<sup>80</sup> Cf. BOLINA, Helena Magalhães, “O direito ao silêncio e o estatuto dos supervisionados à luz da aplicação subsidiária do processo penal aos processos de contra-ordenação no mercado de valores mobiliários”, *Revista do CEJ*, n.º 14, 2010, p. 398 e ss.

<sup>81</sup> Sobre o regime das averiguações preliminares previsto no art. 382.º do CVM, PINTO, Frederico Costa, “A supervisão no novo Código dos Valores Mobiliários”, *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários*, n.º 7, 2000, p. 102 e ss.

<sup>82</sup> Em sentido próximo, tendo em perspectiva uma possível jurisdicionalização do processo contra-ordenacional, CÂMARA, Paulo, “Regulação e valores mobiliários”, p. 155 e s.

<sup>83</sup> PALIERO, “La sanzione amministrativa come moderno strumento...”, p. 1033.



reclamada pelos bens jurídico-económicos fundamentais ligados aos serviços de interesse económico geral e ao sistema económico-financeiro<sup>84</sup>, do mesmo passo fazendo parecer avisado o distanciamento que o legislador português sempre guardou de tal tipo de abordagem.

**8.2** O reverso da medalha desta justificada renitência legislativa em conferir um papel de relevo ao direito penal na defesa dos interesses económicos vitais dos variados sectores da regulação económica foi a atribuição dessa mesma função ao direito das contra-ordenações.

Talvez não seja sequer correcto entender esta escolha da via contra-ordenacional como resultado de um processo de exclusão de partes ou uma espécie de consequência de uma opção pelo mal menor, como aquela nossa afirmação poderia porventura sugerir. Pois se havia ordem sancionatória que se perfilava como predestinada a receber o essencial do encargo sancionador do novo direito regulatório do Estado Garantidor seria ela a do direito das contra-ordenações. Ainda que essa opção corresse ao arrepio da concepção qualitativa que lhe deu origem e que lhe procurou imprimir um conteúdo de todo em todo contrário à assimilação de funções desta natureza, a partir do momento em que, sob directa e forte influência da União Europeia, o legislador português adoptou um modelo regulatório de estilo norte-americano, assente em autoridades reguladoras independentes, os dados estavam inequívoca e irreversivelmente lançados a favor de uma solução eminentemente contra-ordenacional<sup>85</sup>.

Coenvolvendo esse modelo a concessão de poderes normativos, fiscalizadores e sancionadores a uma mesma entidade de natureza administrativa, parece-nos evidente que o direito contra-ordenacional estava naturalmente fadado para aí entrar em cena como actor principal. A compatibilização do propósito de atribuição às entidades reguladoras de *competências normativas* susceptíveis de beneficiar de tutela sancionatória seria bem mais viável no âmbito contra-ordenacional do que no penal. O efeito útil do deferimento de *poderes sancionatórios* a essas entidades ficaria, por seu turno, fortemente enfraquecido se a tendência legislativa tivesse ido

---

<sup>84</sup> Nesta conclusão, no âmbito do mercado de valores mobiliários, PINTO, Frederico Costa, "A tutela dos mercados de valores mobiliários...", p. 286 e ss.

<sup>85</sup> Assim, também PINTO, Frederico Costa, "A tutela dos mercados de valores mobiliários...", p. 287 e s.

no sentido de qualificar como crime as violações mais graves aos interesses económicos essenciais dos sectores regulados, já que as autoridades reguladoras acabariam por ver-se desprovidas de poderes de decisão sancionatórios justamente ali onde a necessidade da sua acção reguladora se fizesse sentir com maior intensidade. Por último, como resulta das considerações avançadas no âmbito da perspectiva penal, só o direito das contra-ordenações estaria em condições de garantir uma articulação adequada e funcional entre as vertentes de fiscalização e de sancionamento inerentes à função de supervisão confiada aos reguladores. Demais que, como em geral se reconhece, “a competência sancionatória (...) funciona como condição de eficácia da função de supervisão”<sup>86</sup>. Deste modo, existindo uma relação de inarredável imbricação entre as actividades de fiscalização e de investigação de eventuais infracções praticadas pelos supervisionados<sup>87</sup> e havendo o propósito de entregar o poder de punição de tais infracções à mesma entidade responsável por aquelas actividades de supervisão tal seria incompatível com um processo de estrutura acusatória como, por imposição constitucional (art. 32.º-5 da CRP), é o nosso processo penal. Com efeito, só uma matriz processual inquisitória como é a fase administrativa do processo contra-ordenacional permitiria concentrar na mesma entidade administrativa os poderes de investigação e de sancionamento das infracções às normas do direito regulatório.

As marcas identitárias do novo direito regulatório baseado em entidades reguladoras independentes instituído pelo nosso legislador a partir da década de noventa coadunavam-se de um modo tão perfeito com as características típicas do direito contra-ordenacional que não se vê como pudesse evitar-se que um e outro se unissem incidivelmente a partir daí. E note-se que a força de atracção entre ambos os domínios é uma tal que mesmo um ordenamento jurídico como o francês que sempre se manteve fiel ao modelo das contravenções e procurou distanciar-se das tendências de administrativização do poder punitivo do Estado, cujo expoente

---

<sup>86</sup> Ac. do TC n.º 461/2011, *AcsTC 82.º*, p. 288. Sublinhando já esta correlação entre fiscalização e sancionamento, PRATES, Marcelo Madureira, *Sancção Administrativa Geral*, p. 47 e ss., e DIAS, Jorge de Figueiredo / ANDRADE, Manuel da Costa, “Poderes de supervisão, direito ao silêncio e provas proibidas (Parecer)”, in: *Supervisão, Direito ao Silêncio e Legalidade da Prova*, Coimbra, Almedina, 2009, p. 25 e *passim*.

<sup>87</sup> PINTO, Frederico de Lacerda da Costa, “Supervisão do mercado, legalidade da prova e direito de defesa em processo de contra-ordenação”, in: *Supervisão, Direito ao Silêncio e Legalidade da Prova*, Coimbra, Almedina, 2009, p. 77 e ss.

máximo foi o da experiência contra-ordenacional alemã, não resistiu à desjudicialização dos procedimentos sancionatórios em vários sectores da regulação económica, como o do mercado de capitais, o dos seguros ou o da concorrência<sup>88</sup>.

9. A função de relevo que o direito das contra-ordenações foi chamado a desempenhar no âmbito do direito regulador implicou uma gradual transformação substancial da sua natureza, manifestada fundamentalmente em dois planos.

Um primeiro plano de afirmação do paradigma contra-ordenacional vigente é o da aberta atribuição ao direito das contra-ordenações de um papel de *directa tutela dos mais importantes bens jurídicos da nossa constituição económica*, praticamente sempre frente às *mais severas ofensas* que lhes podem ser dirigidas. Com isso, passou ele a concorrer com o direito penal económico na missão de protecção dos interesses económico-vitais da organização económica constitucionalmente postulada, deixando de ser possível, apesar das reiteradas posições em sentido contrário que persistem na nossa doutrina dominante e na jurisprudência constitucional, continuar a afirmar que o direito das contra-ordenações constitui, por definição, um domínio de factos ético-socialmente neutros.

Este actual paradigma contra-ordenacional obriga a uma recompreensão do conteúdo do facto punível contra-ordenacional e das finalidades das sanções contra-ordenacionais. Se qualquer uma destas dimensões fundamentais do direito das contra-ordenações foi (e, apesar de tudo, continua a ser!) doutrinal e jurisprudencialmente conformada a partir da ideia da neutralidade ética da contra-ordenação ou do facto a ela subjacente, a assumpção da realidade de que nele estão em jogo factos de eminente relevo social tem de implicar o abandono ou, pelo menos, a reformulação de uma tal concepção dogmática e político-criminal.

Um segundo plano em que se divisa um conteúdo substancialmente novo do actual direito das contra-ordenações é o da magnitude das suas sanções. Não é só no direito regulatório que nos confrontamos com as chamadas grandes contra-

---

<sup>88</sup> Cf. DELMAS-MARTY, Mireille / TEITGEN-COLLY, Catherine, *Punir sans Juger? De la Répression Administrative au Droit Administratif Pénal*, Paris, Economica, 1992, p. 16 e ss.

ordenações, mas é nele que elas conhecem maior expressão<sup>89</sup>. Um destino a que as sanções contra-ordenacionais não poderiam escapar num contexto como este em que o direito das contra-ordenações foi alcandorado a direito sancionatório de referência dos mais importantes sectores da vida económica contemporânea.

Vários foram os factores que concorreram para uma acentuada elevação do valor das coimas e da severidade das sanções acessórias cominadas. A eficácia preventiva, geral e especial, das sanções não poderia, naturalmente, abstrair-se das características das infracções a que passaram a dirigir-se e do tipo de agentes económicos que a elas estariam sujeitos e respectivo ambiente económico. Procurando-se proteger, através de tal intervenção contra-ordenacional, bens jurídico-económicos vitais de sectores-chave da economia e do sistema financeiro das mais graves ofensas que lhe podem ser infligidas pelos actores principais desses sectores, com frequência acompanhadas de riscos sistémicos<sup>90</sup> e de uma potencialidade danosa difusa sobre toda ou parte considerável da comunidade, verificar-se-á logo por isso uma inevitável tendência para a previsão de coimas de valores elevados<sup>91</sup>. E será tanto mais assim quanto se trate de sectores, como acontece quase sempre, em que os potenciais infractores sejam agentes económicos com actividades económicas de enormes dimensões<sup>92</sup>, não só à escala nacional como até mundial, que movimentam gigantescos fluxos financeiros. Tendo o legislador nacional adoptado um modelo de soma global e não de dias de coima no âmbito da determinação das coimas<sup>93</sup>, só a previsão de limites máximos de coima elevados, eventualmente, se necessário, referidos ao volume de negócios do agente<sup>94</sup>, exercerá um efeito preventivo minimamente razoável sobre potenciais

---

<sup>89</sup> Referindo-se a uma situação semelhante no direito alemão, ACHENBACH, “Die «großen» Wirtschafts-Ordnungswidrigkeiten”, p. 101 e s., e “Ahndung materiell sozialschädlichen Verhaltens durch bloße Geldbuße?”, p. 12 e ss.

<sup>90</sup> CANOTILHO, Gomes / MOREIRA, Vital, *CRP*<sup>4</sup>, I, p. 1081, e SANTOS, Luís Máximo dos, “Regulação e supervisão bancária”, p. 69 e ss.

<sup>91</sup> Nesta direcção, VELOSO, José António, “Questões hermenêuticas...”, n.º 49, p. 47.

<sup>92</sup> Assim, igualmente, o Ac. do TC n.º 78/2013, *AcTC* 86.º, p. 349 e s.

<sup>93</sup> Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal Português. Parte Geral, II: As Consequências Jurídicas do Crime*, Æquitas / Editorial Notícias, 1993, § 117.

<sup>94</sup> Pela conformidade constitucional deste modelo de fixação da moldura de coima sob o ponto de vista do cumprimento do princípio da legalidade criminal (art. 29.º-1 da CRP; e art. 7.º da CEDH), cf. *Degussa c. Comissão*, Ac. do TJUE (Tribunal de Primeira Instância) de 05-04-2006 (Proc. n.º T-279/02), e *Evonik Degussa c. Comissão e Conselho*, Ac. do TJUE de 22-05-2008 (Proc. n.º C-266/06); e o nosso Tribunal

prevaricadores deste coturno<sup>95</sup>. Isto mesmo sem que seja sequer ainda levada em linha de conta a necessidade de incorporação na punição de mecanismos que permitam privar o agente do benefício económico indevido alcançado com a prática da contra-ordenação; necessidade essa que constitui um factor mais a apontar naquele sentido da elevação das coimas, nomeadamente, quando o confisco do proveito ilícito não seja estabelecido como sanção acessória autónoma e se aplique a solução geral do art. 18.º, n.ºs 1 e 2, do RGCO<sup>96</sup>.

10. Esta dupla transfiguração da natureza do direito das contra-ordenações constituiu o resultado de um movimento legislativo de fundo tão político-criminalmente legítimo como aquele outro que anteriormente levou à criação de um direito de mera ordenação social orientado por uma ideia de diferenciação qualitativa em relação ao direito penal. Não significa isto que a opção contra-ordenacional como solução sancionatória por excelência dos vários sectores da regulação económica represente um modelo perfeito e se não debata com sérios problemas, sobretudo de carácter processual. Ainda que assim seja, como deve reconhecer-se, de modo algum tal deve todavia implicar para o direito contra-ordenacional uma batida em retirada desses domínios.

Em face das críticas endereçadas à actuação de primeiro plano do direito das contra-ordenações no palco da regulação, cremos que haverá que destrinçar entre o que são as teses que pugnam por um tal afastamento na base da posição de que o código genético do direito das contra-ordenações é incompatível com esse tipo de intervenção, dado que não foi pensado e criado para isso<sup>97</sup>, e o que são as críticas ao modo como o processamento contra-ordenacional é concretamente levado a cabo nos sectores regulatórios.

Em relação ao primeiro posicionamento crítico cremos ter dito já o suficiente para justificar a nossa ideia de que o direito das contra-ordenações não só não é

---

Constitucional, na Decisão Sumária n.º 216/2016, confirmada pelo Ac. n.º 400/2016. Contra, ACHENBACH, "Die «großen» Wirtschafts-Ordnungswidrigkeiten", p. 106 e s.

<sup>95</sup> Nesta conclusão, o Ac. do TC n.º 78/2013 (AcsTC 86.º, p. 349). Crítico desta perspectiva, que deprecia como uma expressão de um "pensamento do «effet utile»", ACHENBACH, "Die «großen» Wirtschafts-Ordnungswidrigkeiten", p. 105 e ss.

<sup>96</sup> PALMA, Maria Fernanda / OTERO, Paulo, "Revisão do regime do ilícito de mera ordenação social (parecer e proposta de alteração legislativa)", *RFDUL*, vol. 37, 1996, p. 558 e ss.

<sup>97</sup> Assim, v. g., VELOSO, José António, "Questões hermenêuticas...", n.º 48, p. 49 e s. e n.º 49, p. 68 e ss.

inidóneo para desempenhar aquele papel, como há boas e fundadas razões para considerá-lo como o direito sancionatório mais apto e apetrechado a garantir o grosso da tutela sancionatória de que carecem os bens jurídico-económicos que aí se divisam<sup>98</sup>. Com isto não queremos de todo significar que o direito penal não possa aí também actuar, designadamente, quando se conclua pela necessidade e adequação da sua intervenção<sup>99</sup>. Simplesmente, tendo em conta as considerações tecidas supra acerca de uma eventual opção regulatória de índole eminentemente criminal e o carácter fragmentário do direito penal, a abertura do espaço da regulação ao direito penal será sempre necessariamente limitada, confinada a um raio circunscrito de ofensas qualificadas a bens jurídico-económicos vitais. Um cenário, portanto, em que para ofensas deste quilate poderão concorrer tanto o direito penal como o direito contra-ordenacional, devendo a este ser reservada a fatia de leão desse esforço.

Partilhamos, isso sim, as preocupações aqui e ali suscitadas quanto aos termos como as nossas autoridades reguladoras frequentemente exercem os seus poderes de processamento contra-ordenacional<sup>100</sup>, representativos de um inaceitável exacerbamento da matriz inquisitória que é conatural à fase administrativa do sistema processual contra-ordenacional e que se espelha em práticas que desconsideram o papel do arguido como autêntico sujeito processual, menosprezam o princípio da presunção de inocência ou enfraquecem o princípio da proibição da auto-incriminação<sup>101</sup>. Nada, porém, que por si só signifique uma incompatibilidade de base entre o direito das contra-ordenações e as necessidades sancionatórias dos sectores da regulação<sup>102</sup>; antes constituindo sinal da conveniência da criação de estruturas institucionais e de modelos de

---

<sup>98</sup> Na linha desta conclusão, PINTO, Frederico Costa, “As codificações sectoriais...”, p. 92 e ss. e *passim*.

<sup>99</sup> Cf. BRANDÃO, Nuno, “Bens jurídicos colectivos...”, p. 62 e ss.

<sup>100</sup> VELOSO, José António, “Boas intenções, maus resultados: notas soltas sobre investigação e processo na supervisão financeira”, *ROA*, 2000, p. 74 e ss., e SILVA, Paula Costa e, “As autoridades independentes”, p. 556 e ss.

<sup>101</sup> BRANDÃO, Nuno, “Acordos sobre a decisão administrativa e sobre a sentença no processo contra-ordenacional”, *RPCC*, 4/2011, p. 598 e ss.

<sup>102</sup> Contra, todavia, VELOSO, José António, “Boas intenções, maus resultados”, p. 74 e ss.; e na direcção do texto, DIAS, Silva, “O direito à não auto-inculpação no âmbito das contra-ordenações do Código dos Valores Mobiliários”, p. 248 e s.

funcionamento que matizem aquela vocação inquisitória em favor de soluções de cariz acusatório<sup>103</sup>.

As disfunções que o processamento contra-ordenacional revela no âmbito da regulação devem, em todo o caso, ser consideradas numa perspectiva mais ampla, que em muito transcende o direito das contra-ordenações e antes contende directa e fundamentalmente com o âmago do próprio paradigma regulador actual. Em causa está, mais concretamente, o problema da legitimidade democrática daquelas que são as peças-chave do sistema regulador, as entidades reguladoras independentes.

Será interessante aqui recordar a estupefacção que no séc. XIX era expressa por Chauveau / Hélie em relação à concentração de poderes normativos e judicativos em numerosas autoridades permitida pelo direito de polícia do Antigo Regime, rotulando-a como “uma confusão que hoje se nos afigura estranha”<sup>104</sup>. Não admira que, estando o princípio da separação de poderes entranhado até à medula da nossa experiência político-social, se volte agora a exprimir aquela estranheza em seu tempo verbalizada por Chauveau / Hélie ante a concentração de poderes com que nos confrontamos nas coevas autoridades administrativas independentes, que, como vimos, são um produto da importação de um modelo sem tradição na experiência europeia<sup>105</sup>.

Autonomia, legitimidade, neutralidade política, capacidade técnica, prestação de contas (*accountability*), controlo das decisões, relações com os regulados, *etc.*, são tudo hoje tópicos altamente controvertidos que concitam a discussão em torno da legitimidade democrática das autoridades reguladoras<sup>106</sup>, falando-se mesmo numa “república de reguladores”<sup>107</sup>. Um problema tão candente que leva mesmo Gomes

---

<sup>103</sup> Nesta direcção, CÂMARA, Paulo, “Regulação e valores mobiliários”, p. 156. Para alguns exemplos, ROQUE, Miguel Prata, “O direito sancionatório público...”, p. 149, nota 153.

<sup>104</sup> CHAUVEAU, Adolphe / HÉLIE, Faustin, *Théorie du Code Pénal*, VI, 5.<sup>a</sup> ed., Paris, Imprimerie et Librie Générale de Jurisprudence, 1873, p. 282, n.º 2715.

<sup>105</sup> Apontando também para as dificuldades daqui decorrentes, CATARINO, Luís, *Regulação e Supervisão dos Mercados de Instrumentos Financeiros*, p. 843.

<sup>106</sup> Cf. CANOTILHO, Gomes, “O direito constitucional passa...”, p. 718 e s., “O princípio democrático sobre a pressão dos novos esquemas regulatórios”, *Revista de Direito Público e Regulação*, n.º 1, 2009, p. 105 e ss. e *passim*, FERREIRA, Paz, “Em torno da regulação económica...”, p. 50 e ss., CÂMARA, Paulo, “Regulação e valores mobiliários”, p. 162 e ss., e CALVETE, Victor, “Entidades administrativas independentes”, *passim*.

<sup>107</sup> Esta expressiva formulação é de CANOTILHO, Gomes, “O princípio democrático sobre a pressão dos novos esquemas regulatórios”, p. 105.

Canotilho a sugerir que “talvez esteja aqui o «nó górdio da democracia»”<sup>108</sup>. Ora, parece-nos que é sobretudo aí, numa cultura regulatória que evidencia desajustamentos em relação à ideia de Estado de direito, e não tanto em eventuais deficiências congénitas do direito contra-ordenacional para assegurar um devido e equitativo processamento sancionatório das infracções do âmbito regulatório que entroncam as ditas disfunções que correntemente acometem as práticas processuais contra-ordenacionais das nossas autoridades reguladoras.

---

<sup>108</sup> CANOTILHO, Gomes, “O princípio democrático sobre a pressão dos novos esquemas regulatórios”, p. 106.