

A reformatio in pejus no processo de contra-ordenações

JOSÉ LOBO MOUTINHO*

1. Introdução

I. Inicialmente, o Regime Geral da Contra-Ordenações (“RGCO”) admitia a *reformatio in pejus* no “recurso” ou “impugnação judicial” da decisão administrativa de aplicação da coima, embora o fizesse de forma apenas indirecta ao determinar que da decisão de aplicação da coima devia constar a informação segundo a qual “não vigora o princípio da proibição da *reformatio in pejus*” [art. 49.º, n.º 2, al. c), do Dec.-Lei n.º 232/79, de 24 de Julho, e 58.º, n.º 2, al. c), da redacção inicial do Dec.-Lei n.º 433/82, de 27 de Outubro].

Não obstante, a situação alterar-se-ia diametralmente na profunda reforma introduzida no pelo Dec.-Lei n.º 244/95, de 14 de Setembro. O seu relatório dava conta de que, a par do programa de discriminalização gizado desde o início, se tinha registado entretanto “um crescente movimento de neopunição, com o alargamento notável das áreas de actividade que agora são objecto do ilícito de mera ordenação social e, do mesmo passo, com a fixação de coimas de montantes muito elevados e a cominação de sanções acessórias especialmente severas”. E continuava-se: “compreensivelmente, não pode o direito de mera ordenação social continuar a ser olhado como um direito de bagatelas penais. É nesta perspectiva que deve entender-se a [...] reforma do regime geral das contra-ordenações, especialmente orientada para o efectivo reforço

* Professor da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa. Advogado.

das garantias dos arguidos perante o crescente poder sancionatório da Administração”. E era justamente a propósito do “reforço dos direitos e garantias dos arguidos” que era referido “o estabelecimento da proibição da *reformatio in pejus*”.

E assim surgiu o art. 72.º-A do RGCO que, sob a epígrafe “proibição da *reformatio in pejus*” dispõe que “impugnada a decisão da autoridade administrativa ou interposto recurso da decisão judicial somente pelo arguido, ou no seu exclusivo interesse, não pode a sanção aplicada ser modificada em prejuízo de qualquer dos arguidos, ainda que não recorrentes”. O n.º 2 acrescenta que “o disposto no número anterior não prejudica a possibilidade de agravamento do montante da coima, se a situação económica e financeira do arguido tiver entretanto melhorado de forma sensível”.

II. Embora não se possa totalmente dizer que esta disposição “contraria a regra” da lei alemã¹ – a *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten* (“*OWiG*”) –, uma vez que nessa lei se estabelece a proibição embora restrita aos casos de decisão por despacho (§ 72, n.º 3, II parte), a própria redacção do art. 72.º-A do RGCO dá bem conta da sua origem no art. 409.º do Código de Processo Penal (“*CPP*”), através dele, no art. 667.º do Código de 1929 e, em última análise, e embora de forma não linear, na jurisprudência portuguesa ainda da primeira metade do século xx².

III. A inovação de 1995 não foi propriamente recebida com aplausos pela doutrina, havendo quem fale inclusivamente num “coro de vozes decididamente contrárias” à solução³, que inclui FREDERICO COSTA

¹ Assim, todavia, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Regime Geral das Contra-Ordenações*, Lisboa, Universidade Católica Edit., 2011, art. 72.º-A, n. 1, p. 294.

² Cfr. J. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, I, Coimbra, Coimbra Edit., 1974, pp. 90 e 99-100. A *reformatio* foi objecto de orientações divergentes na jurisprudência, até ao Assento de 4 de Maio de 1950 (*in Diário do Governo*, I série, de 13-05-1950; *BMJ*, n.º 19, pp. 141 ss.; *RLJ*, ano 83.º, pp. 29 ss., e www.dgsi.pt), que a permitiu. A Lei n.º 2.139, de 5 de Março de 1969, proibiu-a expressamente, dando nova redacção ao art. 667.º do Código de 1929. Os trabalhos preparatórios desta Lei – projecto, parecer, aliás, notável, da Câmara Corporativa, discussão na Assembleia Nacional e ainda uma entrevista de TITO ARANTES (um dos subscritores do projecto) – estão publicados sob o título geral «Alteração do Art. 667 do C.P.P. (*“Reformatio in pejus”*)», na *ROA*, Ano 28 (1968), pp. 253 ss., e Ano 29 (1969), pp. 306 ss.

³ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *ob. cit.*, art. 72.º-A, n. 1, p. 294.

PINTO⁴, GERMANO MARQUES DA SILVA⁵, CARLOS ADÉRITO TEIXEIRA⁶, TAIPA DE CARVALHO⁷, LEONES DANTAS⁸ e PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE^{9/10}.

As críticas salientaram sobretudo os inconvenientes práticos da solução, designadamente o desaparecimento de uma “desmotivação para recursos infundados”¹¹, o que provocaria previsivelmente o aumento do respectivo número. Em resumo: “o infractor nada perde em impugnar judicialmente a decisão, protelando a produção de efeitos e ajudando à acumulação processual que se verifica nos tribunais”¹². Mais: a solução tornaria “os recursos economicamente compensadores, sempre que estejam em causa sanções muito elevadas, por via do diferimento no tempo do respectivo pagamento”¹³.

⁴ «O ilícito de mera ordenação social e a erosão do princípio da subsidiariedade», por último in AA. VV., *Direito Penal Económico e Europeu: textos doutrinários*, I, Coimbra, Coimbra Edit., 1998, pp. 264-265.

⁵ *Direito Penal Português*, I, Lisboa/S. Paulo, Verbo, 1.^a ed., 1997, p. 141; 2.^a ed., 2001, p. 157. A crítica seria, porém, omitida na 3.^a ed., 2011, pp. 171 ss.

⁶ “Direito de mera ordenação social: o ambiente como espaço da sua afirmação”, in *Revista do Ministério Público*, ano 22.º, n.º 85 (2001), p. 89.

⁷ *Direito Penal. Parte Geral*, 1.^a ed., Porto, Publicações Universidade Católica, 2006, p. 174; 2.^a ed., Coimbra, Coimbra Edit., 2008, pp. 139-140.

⁸ «O Ministério Público no processo das contra-ordenações», in *Questões laborais*, ano 8, n.º 17 (2001), p. 38; «O processo das contra-ordenações na Lei n.º 50-2006», in AA. VV., *Regulação em Portugal: novos tempos, novo modelo?*, Coimbra, Almedina, 2009, p. 793.

⁹ Ob. cit., art. 72.º-A, n. 1, p. 294.

¹⁰ A favor da proibição e contra o seu afastamento, em especial no Direito dos valores mobiliários, LUÍS CATARINO, *Regulação e supervisão dos mercados de instrumentos financeiros: fundamento e limites do governo e jurisdição das autoridades independentes*, Coimbra, Almedina, 2010, pp. 726 e 764 ss. Também críticos do afastamento da regra no Direito do ambiente, NUNO SALAZAR CASANOVA/CLÁUDIO MONTEIRO, «Comentários à Lei-Quadro das contra-ordenações ambientais», in *Actualidad Jurídica Uriá Menéndez*, n.º 16 (2007), disponível em <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/1740/documento/art04.pdf?id=2137>, p. 72.

Alguns dos comentários de referência não manifestaram qualquer posição crítica acerca da solução. Cfr., por exemplo, LOPES DE SOUSA/SIMAS SANTOS, *Contra-Ordenações. Anotações ao Regime Geral*, 6.^a ed., Lisboa, Áreas, 2011, art. 72.º-A, pp. 531 ss.; BEÇA PEREIRA, *Regime Geral das Contra-Ordenações e Coimas Anotado*, 8.^a ed., Coimbra, Almedina, 2009, art. 72.º-A, pp. 178-179.

¹¹ LEONES DANTAS, O processo das contra-ordenações, p. 793. Já antes, GERMANO MARQUES DA SILVA, por último em ob. cit., 2.^a ed., p. 157.

¹² CARLOS ADÉRITO TEIXEIRA, ob. cit., p. 89.

¹³ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, ob. cit., art. 72.º-A, n. 1, p. 294. Já antes, FREDERICO COSTA PINTO, ob. cit., p. 265.

Estas críticas, no que dizem e sobretudo no que pressupõem, são muito significativas.

Por um lado, revestem-se do manifesto unilateralismo de só olhar para o efeito desmotivador da possibilidade da *reformatio* relativamente aos “recursos *infundados*” do “*infractor*”. O efeito da mesma possibilidade relativamente a recursos *fundados* de *inocentes* fica para além do campo visual. Assim como o fica a questão de saber como distinguir uns dos outros para intervir desmotivando ou não a interposição de uma impugnação judicial – e, portanto, antes de esta ser sequer interposta... Não estaremos, nesse momento, fatalmente sempre perante a mesma e indistinta figura do arguido?

Por outro lado, se bem se reparar, estas críticas pressupõem que a “libertação” dos tribunais trazida pelo processo de contra-ordenações – ideia tantas vezes esgrimida (ainda que sob o chavão “descriminalização”), à data, para explicar ou justificar a nóvel infracção – não passa de uma simples miragem. Para alcançar esse desiderato não basta a entrega de poderes sancionatórios à administração: necessário se torna, de seguida, uma adequada e eficaz *desmotivação* das impugnações judiciais... Prova de que apresentar esse fundamento para a autonomia do Direito das contra-ordenações não passa de um profundo mal-entendido¹⁴...

Não é esse, no entanto, o aspecto sob qual se pretende reflectir sobre o tema nesta humilde, mas muito sentida e grata, homenagem ao Doutor NUNO ESPINOSA GOMES DA SILVA, meu Professor de história do pensamento jurídico. Mas antes a problemática situação legislativa a que a alteração e a evolução subsequente deram origem, num sector e numa época em que bem se pode dizer reviverem e conjugarem-se aqueles “milhões de leis” que “houverão” no antigo regime¹⁵, fruto da “mais viva comichão de querer governar em tudo”¹⁶, com a pretensão de apresentar não como

¹⁴ JOSÉ LOBO MOUTINHO, *Direito das Contra-Ordenações. Ensinar e investigar*, Lisboa Universidade Católica Edit., pp. 43 ss.

¹⁵ BORGES CARNEIRO, *apud* NUNO ESPINOSA GOMES DA SILVA, *História do Direito Português*, 5.^a ed., Lisboa, Fund. Calouste Gulbenkian, 2011, p. 500, n. 2.

¹⁶ IDEM, *apud* NUNO ESPINOSA GOMES DA SILVA, *ob. cit.*, p. 501, nota. É correntemente reconhecida a ligação umbilical do direito penal administrativo ou de polícia ao iluminismo, ou, mais exactamente, à necessidade de conferir ao Estado “um extenso poder central do Estado e uma competência ilimitada em todos os assuntos públicos e privados, com o fim de assegurar uma configuração social (uma consciente configuração da realidade social), que satisfizesse as exigências dos tempos e a sua ideia de Estado” (HEINZ MATTES, *Problemas de derecho penal administrativo*, trad. castelhana de J. M. Rodríguez Devesa, EDERSA Privado, Madrid, 1979, p. 76). É neste contexto que se situa e compreende,

códigos, mas como “regimes gerais” ou, vá, como “regimes” de contra-ordenações, “humas mantas de retalhos, huns capotes de pobres”¹⁷ e, claro, “hum para os Manueis, e outros para os Franciscos”¹⁸.

Casos há em que a legislação especial, elaborada antes da entrada em vigor da reforma de 1995, mantém literalmente uma configuração similar à do RGCO na sua versão original. É o que sucede com o Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, cujo art. 222.º, n.º 1, al. f) continua a dispor que “a decisão que aplique sanção conterà [...] indicação de que não vigora o princípio da proibição da *reformatio in pejus*”.

Mas, sobretudo, já depois da consagração geral da proibição da *reformatio in pejus*, surgiram casos em que a própria legislação se rebelou contra ela, em sectores, por outro lado, que não podem considerar-se propriamente marginais, como são os do mercado de valores mobiliários (art. 416.º, n.º 8, do Código dos Valores Mobiliários – “CVM”¹⁹) ou do ambiente (art. 75.º da Lei Quadro das Contra-Ordenações Ambientais – “LQCOA”²⁰)²¹.

entre nós, a atribuição à Intendência-geral de Polícia pombalina da “ampla e ilimitada «jurisdição» em matéria de Polícia” de que fala a lei que a criou (*apud* CAVALHEIRO DE FERREIRA, *Lições de Direito Penal*, I, 1992, reimpr., Coimbra, Almedina, 2010, p. 109). Não é por isso paradoxal dizer, como fez A. RIBEIRO DOS SANTOS, que “Pombal quis civilizar a Nação, e ao mesmo tempo fazê-la escrava” (*apud* NUNO ESPINOSA GOMES DA SILVA, ob. cit., p. 491, n. 2). O fenómeno de fundo não se reduziu, aliás, a essa época (cfr. JOSÉ LOBO MOUTINHO, *Direito das Contra-Ordenações*, pp. 17 ss., 19 ss.).

¹⁷ VICENTE CARDOZO DA COSTA, *apud* NUNO ESPINOSA GOMES DA SILVA, ob. cit., p. 402.

¹⁸ IDEM, *apud* NUNO ESPINOSA GOMES DA SILVA, ob. cit., p. 505, n. 1.

¹⁹ “Não é aplicável aos processos de contra-ordenação instaurados e decididos nos termos deste Código a proibição de *reformatio in pejus*, devendo essa informação constar de todas as decisões finais que admitam impugnação ou recurso.” Trata-se de alteração introduzida pelo Dec.-Lei n.º 52/2006, de 15 de Março, uso da autorização conferida pela Lei n.º n.º 55/2005, de 18 de Novembro [arts. 1.º, al. n), e 11.º, al. e)].

²⁰ Sob a epígrafe “*Reformatio in pejus*”, esse artigo da Lei n.º 50/2006, de 29 de Agosto, tem redacção semelhante à da disposição paralela do CVM.

²¹ No mesmo sentido aponta projecto de proposta da nova lei da concorrência actualmente em consulta pública, no seu artigo 78.º, que, sob a epígrafe *Reformatio in pejus*, reza assim: “1 – O tribunal pode agravar a sanção aplicada ao arguido pela Autoridade da Concorrência, em consequência da sua livre apreciação dos critérios constantes do artigo 67.º 2 – As decisões da Autoridade da Concorrência que apliquem sanções mencionam o disposto no número anterior” (disponível em http://www.portugal.gov.pt/pt/GC19/Documentos/MEE/Projecto_%20Proposta_Lei_da_Concurrencia.pdf).

Estes casos não podem ter-se por afloramentos de uma orientação oposta ao regime geral estabelecido, num daqueles episódios em que o afastamento de um princípio geral na legislação especial mais não representa do que a paulatina ou, talvez, subreptícia, afirmação do princípio oposto. E isto sobretudo na medida em que, em outros domínios, seguramente não menos relevantes, a legislação manteve a proibição de *reformatio* – como sucede com as contra-ordenações dos seguros²², as tributárias²³, as da concorrência²⁴, as do sector das telecomunicações²⁵ ou as laborais²⁶...

²² Cfr. o art. 224.º, n.º 1, al. f), do Decreto -Lei n.º 94 -B/98, de 17 de Abril, que estabelece que estabelece que “a decisão que aplica a coima conerá [...] a indicação de que vigora o princípio da proibição da *reformatio in pejus*, sem prejuízo da atendibilidade das alterações verificadas na situação económica e financeira do agente”.

²³ O art. 79.º, n.º 1, al. d), do Regime Geral das Infrações Tributárias (aprovado pela Lei n.º 15/2001, de 5 de Junho) estabelece que “a decisão que aplica a coima contém [...] a indicação de que vigora o princípio da proibição da *reformatio in pejus*, sem prejuízo da possibilidade de agravamento da coima, sempre que a situação económica e financeira do infractor tiver entretanto melhorado de forma sensível”.

²⁴ Cfr. o “regime processual” da impugnação estabelecido no art. 51.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, que nada estabelece quanto a esse aspecto, pelo que se aplicará o RGCO.

²⁵ Cfr. o regime da “impugnação das sanções” estabelecido no art. 32.º da Lei n.º 99/2009, de 4 de Setembro, que nada estabelece quanto a esse aspecto, pelo que se aplicará o RGCO.

²⁶ Do Regime Processual das Contra-Ordenações Laborais aprovado pela Lei n.º 107/2009, de 14 de Setembro, consta uma regulamentação pormenorizada do processo por contra-ordenações laborais, que passa pela reprodução da generalidade das disposições processuais do RGCO, mas que omite a proibição da *reformatio*. Isso abriu a porta à defesa de que esse silêncio, seria, não uma omissão susceptível de dar lugar à aplicação do RGCO (cfr. art. 60.º), mas um modo de regulamentação da questão, no sentido de que não é proibida a *reformatio in pejus* (cfr., neste sentido, JOÃO SOARES RIBEIRO, *Contra-Ordenações Laborais. Regime Jurídico*, 3.ª ed., Coimbra, Almedina, 2011, p. 89; PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, ob. cit., art. 72.º-A, n. 1, p. 295). No entanto, não é assim, como se pode ver pelo regime do conteúdo da decisão condenatória no art. 25.º do referido Regime Processual, que não impõe a indicação de que a *reformatio* não é aplicável, como seria absolutamente incontornável se fosse o caso. Isto não tanto ou não só considerando os casos paralelos atrás referidos, mas ainda as próprias soluções estabelecidas nesse artigo 25.º É impossível admitir que a legislação tivesse mais necessidade de impor que a decisão condenatória contenha a informação de que “em caso de impugnação judicial, o tribunal pode decidir mediante audiência ou, caso os sujeitos responsáveis pela infração, o Ministério Público e o assistente, quando exista, não se oponham, mediante simples despacho” [art. 25.º, n.º 2, al. c)], quando, nesse caso, o arguido tem necessariamente de ser notificado já em sede de impugnação judicial para

No entanto, uma vez que à proibição da *reformatio in pejus* é apontado nível constitucional, naturalmente que a primeira questão que eles suscitam é de saber se ou até que ponto o seu afastamento no âmbito das contra-ordenações é constitucionalmente solvente.

IV. É a essa questão – limitada, além disso, ao recurso ou impugnação judicial das decisões condenatórias da autoridade administrativa²⁷ – que vão dedicadas as linhas que se seguem.

Para a dilucidar, importará começar por esclarecer o sentido material e a teleologia fundamental do princípio constitucional da proibição da *reformatio in pejus* no processo penal, para colocar, em seguida, a questão de saber se, perante os resultados obtidos nessa análise, a garantia lança o seu manto protector também sobre o processo de contra-ordenações.

No entanto, o presente problema apresenta uma outra vertente: a da sua compatibilidade com os princípios da igualdade e da proporcionalidade.

Fica assim sucintamente dada a razão da ordem do presente estudo.

2. O princípio constitucional da proibição da *reformatio in pejus*

I. A proibição da *reformatio in pejus* no processo penal – naturalmente que apenas em caso de recurso em exclusivo interesse da defesa²⁸ – é, entre nós, um princípio constitucional.

Como o Tribunal Constitucional tem reconhecido em jurisprudência constante, apesar de ela não estar especificamente referida, de forma expressa, no texto constitucional, a sua consagração resulta clara se se ponderarem os seus fundamentos.

se poder opor (cfr. art. 39.º, n.º 2), do que de o avisar dos riscos envolvidos por uma possibilidade de *reformatio in pejus* antes de ele interpor a sua impugnação judicial.

²⁷ Fora do alcance do presente estudo fica, portanto, a questão de saber se a admissão da *reformatio in pejus* pelos artigos arts. 416.º, n.º 8, do CVM, e 75.º da LQCOA, se estende ao recurso da decisão judicial proferida em 1.ª instância na impugnação judicial, nos termos dos arts. 73º ss. do RGCO (duvidando de que essa solução na área do ambiente corresponda à intenção do legislador, cfr. LEONES DANTAS, *O processo das contra-ordenações*, p. 793) e, em caso afirmativo, se será constitucionalmente admissível.

²⁸ Uma proibição – diz-se, por vezes – relativa e não absoluta. Adiante se voltará ao tema.

II. De entre os vários fundamentos que, ao longo dos tempos, foram sendo assinalados à proibição da *reformatio*²⁹, aquele que, tanto de uma perspectiva histórica³⁰, como de uma perspectiva lógica, ressalta de imediato é a garantia da efectividade material ou prática do direito ao recurso.

É que, como o Tribunal Constitucional tem reiteradamente salientado, a possibilidade de *reformatio in pejus* “condiciona a interposição [do] recurso pelo arguido de modo intolerável, pois torna-o profundamente arriscado, afectando, conseqüentemente, a possibilidade de realização da justiça no caso”³¹. Cria, dessa forma, “inibições no recorrente”³², o qual, sob a “coacção de uma situação de conflito”³³ e com “medo de se prejudicar”³⁴, “tenderá a evitar o exercício do direito que lhe cabe”^{35/36}.

O direito constitucional ao recurso veria as suas condições materiais de exercício claramente condicionadas. É, no fundo, o livre exercício do seu direito de recorrer que é posto em cheque³⁷. E “o arguido que se conforma com uma sentença apenas por temer ver agravada a injustiça nela contida é um arguido que teve, *formalmente*, a faculdade de recorrer

²⁹ Cfr., sobre elas, *Parecer da Câmara Corporativa, ROA*, Ano 28 (1968), pp. 274 ss.; GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de processo penal*, III, 3.^a ed., Lisboa/S. Paulo, Verbo, 2008, pp. 330 ss.; Acs. TC n.ºs 499/97, n.º 11, e 498/98, n.º 9.

³⁰ Cfr. J. M. DAMIÃO DA CUNHA, *O caso julgado parcial*, Porto, Publicações da Universidade Católica, 2002, pp. 225, 230.

³¹ Cfr. Acs. TC n.ºs 499/97, n.º 14, 498/98, n.º 10, e 236/2007, n.º 2.1. e 2.3. *Vd.* também Ac. TC n.º 628/2005, n.º 7, assim como os votos de vencido com que foi tirado o Ac. TC n.º 64/2006, que apontaram a utilização perversa do princípio na argumentação em matéria de interpretação da inadmissibilidade de recurso para o Supremo Tribunal de Justiça em caso de dupla conforme.

³² FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, I, p. 99. Cfr. também p. 259. *Vd.* também Ac. TC n.º 628/2005, n.º 7.

³³ K. H. GÖSSEL, in LÖWE/ROSENBERG, *Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz Großkommentar*, V, 25.^a ed., Berlin, De Gruyter, 2003, § 331, n.º 1.

³⁴ K. H. GÖSSEL, *ob. cit.*, § 331, n.º 1.

³⁵ Acs. TC n.ºs 324/99, n.º 8, e 291/00, n.º 4.

³⁶ *Vd.* ainda JORGE DIAS DUARTE, «Proibição de *reformatio in pejus*. Conseqüências processuais», in *Maia Jurídica*, ano I (2003), n.º 2, p. 215.

O problema de fundo aflora também quando se contrapõe aos defensores da *reformatio*, que a sua proibição, evitando obstáculos ao recurso por parte do arguido, acaba por favorecer também o controle das decisões dos tribunais inferiores pelos superiores e, por essa via, contribui também para a justiça material. Neste sentido, CASTANHEIRA NEVES, *Sumários de processo criminal*, polic., Coimbra, 1968, p. 34; FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, I, p. 259; Ac. TC n.º 499/97, n.º 14.

³⁷ DAMIÃO DA CUNHA, *O caso julgado*, p. 233.

para os tribunais superiores, mas que não dispôs, *substancialmente*, do recurso como meio de evitar uma condenação injusta”³⁸.

O direito constitucional ao recurso resultaria, em suma, nitidamente violado³⁹.

III. Para além desta limitação da liberdade do arguido no exercício do direito de recurso, a admissão da *reformatio* comporta igualmente um vício estrutural do processo.

Para o compreender, é preciso ter bem presentes os parâmetros do problema da *reformatio*.

Nada há, evidentemente, na natureza ou estrutura dos recursos em geral, que aponte no sentido de que deles não pode nunca resultar um agravamento da situação do arguido. Uma proibição absoluta da *reformatio* – como o Tribunal Constitucional tem certamente reiterado – “seria conflituante com o direito ao recurso da acusação e com a realização da justiça”⁴⁰.

Não é, porém, isso que está em causa, mas tão-somente situações em que da decisão final é interposto recurso apenas pelo arguido ou pelo Ministério Público no exclusivo interesse da defesa – situações essas que apresentam um cariz bem determinado.

De um lado, a acusação (pela mão do Ministério Público ou ainda pela de outro sujeito legitimado – como o assistente – a promover o processo do lado activo, interpondo recurso) conformou-se com a decisão⁴¹, isto é, não recorreu dela, promovendo, dessa forma, a alteração para pior da situação do arguido que dela resulta (muito embora, naturalmente, tenha direito de intervir, como recorrida, no recurso interposto pela defesa). Deste “pressuposto ou requisito negativo”⁴² advém logo a conclusão de que, nestas situações, uma *reformatio* pelo tribunal superior será sem-

³⁸ *Projecto de Lei apresentado à Assembleia Nacional, I – Fundamentação na Generalidade, in Alteração do Art. 667 do C.P.P. («Reformatio in pejus»)*, in ROA, Ano 28 (1968), p. 256; JORGE DIAS DUARTE, ob. cit., p. 215.

³⁹ Cfr. ainda Acs. TC n.ºs 324/99, n.º 8, 291/2000, n.º 4, e jurisprudência neste referida; voto de vencido do Cons. HENRIQUES GASPAS ao Ac. STJ de 09-04-2003, in www.dgsi.pt, que foi objecto de recurso para o Tribunal Constitucional, decidido pelo Ac. TC n.º 236/2007.

⁴⁰ Acs. TC n.ºs 499/97, n.º 11, 498/98, n.º 9, 502/2007, n.º 4.

⁴¹ Cons. HENRIQUES GASPAS, voto de vencido cit., n.º 2; Ac. TC n.º 236/2007, n.º 2.3.; Ac. STJ de 08-07-2003, in www.dgsi.pt, n.º 4.2.1., Ac STJ de 27-11-2003, in www.dgsi.pt, n.º 3.5.

⁴² JORGE DIAS DUARTE, ob. cit., p. 211.

pre uma decisão judicial *ex officio*, sem prévio e adequado impulso por parte dos sujeitos processuais legitimados para tanto, que a suscitem e lhe delimitem o âmbito (*sine actore*)⁴³. Será sempre, numa palavra, uma decisão punitiva (ou mais punitiva) *inquisitória*. É, por isso, compreensível e correcta a identificação na *reformatio* de uma violação do princípio do acusatório ou da estrutura acusatória⁴⁴.

Não é seguramente por acaso que a resistência à proibição da *reformatio* se louva na necessidade de não pôr entraves “espúrios” à aplicação do direito substantivo ou seja à “aplicação da sanção justa ao que delinuiu”⁴⁵, pondo, assim, entre parêntesis a juridicidade processual. Ou que se assinala a congruência entre a permissão da *reformatio* e a “feição autoritária do direito ou do Estado”⁴⁶.

IV. Mas, além disso, e por outro lado, há muito que a jurisprudência do Tribunal Constitucional aponta à *reformatio in pejus* uma perversão da função do recurso⁴⁷.

É que a nova decisão mais grave não teria tido lugar se o arguido não tivesse recorrido em sua defesa. Quer dizer: a própria possibilidade de *reformatio* resulta “exclusivamente do exercício de um direito de defesa”⁴⁸, pois que não seria sequer “concebível, no caso concreto, uma intervenção do tribunal superior sem que houvesse sido interposto recurso pela defesa”⁴⁹.

E então, é patente a perversão traduzida em a lei ordinária permitir que “o exercício do direito de defesa [venha] a redundar em dano da

⁴³ Cfr. JORGE DIAS DUARTE, ob. cit., p. 214, 220.

⁴⁴ Na doutrina, cfr. CASTANHEIRA NEVES, *Sumários*, p. 34; FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, I, p. 259; amplamente e tirando daí consequências para o próprio processo em 1.^a instância, DAMIÃO DA CUNHA, *O caso julgado*, pp. 224 ss., 436 ss., 654 ss.

Na jurisprudência, cfr. Acs. TC n.ºs 499/97, n.º 14, 498/98, n.º 10, Ac. STJ de 08-07-2003, in www.dgsi.pt, n.º 4.2.1., Ac. STJ de 27-11-2003, in www.dgsi.pt, n.º 3.5., Ac. STJ de 05-07-2007, in www.dgsi.pt, n.º 2.3., Ac. STJ de 10-10-2007, in www.dgsi.pt, n.º VIII, Ac. STJ de 15-11-2007, in www.dgsi.pt, n.º 2.2.. *Vd.* ainda Cons. HENRIQUES GASPARGAS, voto de vencido cit., n.º 2.

⁴⁵ Assento do STJ de 05-05-1950, que permitiu a *reformatio in pejus*. *Vd.*, valorizando o argumento na crítica aos argumentos favoráveis à proibição da *reformatio*, *Parecer da Câmara Corporativa*, p. 277.

⁴⁶ *Vd.* *Parecer da Câmara Corporativa*, p. 279.

⁴⁷ Acs. TC n.ºs 499/97, n.º 14, 498/98, n.º 9.

⁴⁸ Ac. TC n.º 502/2007, n.º 4.

⁴⁹ Acs. TC n.ºs 499/97, n.º 14, 498/98, n.º 10.

própria defesa”⁵⁰. As exigências do processo equitativo “impõem que o arguido, no caso de único recorrente e que usa o recurso como uma das garantias de defesa constitucionalmente reconhecidas, não possa ser, em nenhuma circunstância, surpreendido no processo com a decorrência de uma situação desequilibrante; o recurso, inscrito como meio de defesa, não pode, quando a acusação não o requerer, produzir, sem desconformidade constitucional, um resultado de gravame”⁵¹.

V. Em qualquer destes aspectos, a proibição da *reformatio in pejus* perde toda a aparência de limitação excepcional ou anormal dos poderes de decisão do tribunal superior⁵², para mostrar a sua verdadeira face de solução plenamente congruente com ou, *rectius*, exigida por princípios básicos de estruturação do processo penal.

E de tal maneira assim é que se coloca mesmo a questão de saber se ela poderá manter-se rigorosamente limitada ao âmbito dos recursos ou se, pelo contrário, não iluminará todo o processo penal, mesmo em 1.^a instância, alçando-se de simples princípio dos recursos a princípio geral do processo, como defende DAMIÃO DA CUNHA⁵³.

Pelo menos no modo amplo como por vezes se exprimiu, a jurisprudência não deixou de revelar abertura à ideia da generalização da proibição de perversão dos meios de defesa que, em última análise, terá de desembocar num princípio geral do processo segundo o qual “o exercício de um direito de defesa nunca pode «prejudicar o arguido»”⁵⁴.

⁵⁰ Ac. TC n.º 502/2007, n.º 4.

⁵¹ Cons. HENRIQUES GASPAR, voto de vencido, n.º 2; concordante, JORGE DIAS DUARTE, ob. cit., p. 221. Na jurisprudência, *vd.* Ac. STJ de 08-07-2003, *in* www.dgsi.pt, n.º 4.2.1., Ac. STJ de 05-07-2007, *in* www.dgsi.pt, n.º 2.3., Ac. STJ de 10-10-2007, *in* www.dgsi.pt, n.º VIII, Ac. STJ de 15-11-2007, *in* www.dgsi.pt, n.º 2.2.

⁵² DAMIÃO DA CUNHA, *O caso julgado*, pp. 436, 656, 657.

⁵³ *O caso julgado*, pp. 224 ss., 436 ss., 654 ss. Cfr. também JORGE DIAS DUARTE, ob. cit., p. 220.

⁵⁴ DAMIÃO DA CUNHA, *O caso julgado*, p. 228; cfr. também pp. seguintes. *Vd.* Ac. TC n.º 502/2007, n.º 4 (cfr., no entanto, *infra* em texto). O Ac. TC n.º 236/2007, n.º 2.3., admite, sem fazer qualquer restrição, a proibição “não apenas como dirigida ao tribunal de recurso, mas antes como um princípio geral do processo criminal”. Também sem especificar, Ac. STJ de 28-05-2008, *in* www.dgsi.pt. *Vd.*, ainda, embora mais indirectamente, o Ac. STJ de 29-10-2009 *in* www.dgsi.pt, que transcreve e subscreve as afirmações de DAMIÃO DA CUNHA, *O caso julgado*, p. 659, segundo as quais o princípio da proibição de *reformatio in pejus* começa com o acto de acusação ao limitar a medida da pena e vai-se concretizando em todos os momentos processuais em que o MP seja solicitado a pronunciar-se sobre a pena.

Outra questão será já saber se, como também defende DAMIÃO DA CUNHA, também se pode retirar da filiação da proibição da *reformatio* no acusatório a possibilidade de a transpor da sentença para a acusação, limitando assim os poderes de cognição na 1.ª instância, não só ao limite máximo estabelecido na norma incriminadora invocada na qualificação jurídica feita na acusação⁵⁵, como, antes disso, à própria qualificação jurídica nesta efectuada⁵⁶ – o que acaba, em última análise, por pôr em questão a jurisprudência constitucional na matéria, aliás, com força obrigatória geral⁵⁷.

É muito duvidoso que se possa ou deva ir tão longe.

Não, seguramente – e nesse crucial aspecto tem DAMIÃO DA CUNHA toda a razão –, porque a proibição da *reformatio* seja um instituto excepcional cujo pensamento fundamental esteja ausente do processo em 1.ª instância.

Mas antes pela singularidade da situação problemática a que ele visa responder.

É que, como bem salientou o Tribunal Constitucional, a proibição de agravação das penas por nova decisão judicial é “constitucionalmente justificada – ou, melhor dito, constitucionalmente imposta – *sempre que, e apenas quando*, a nova decisão resultasse *exclusivamente* do exercício de um direito da defesa”⁵⁸.

Ora, para além de outros recursos que não o da decisão final condenatória, isso só sucede em situações contadas, como, por exemplo, a de uma instrução exclusivamente requerida pelo arguido⁵⁹. Já não será o caso da fase de julgamento, que resulta, antes de mais e essencialmente, de uma promoção vinda, directa ou indirectamente, de uma acusação (em sentido próprio, ou sob a veste formal de um requerimento de instrução do assistente), não sendo exclusivamente um meio de defesa do arguido.

Por outro lado, e especificamente em relação à questão da delimitação do objecto do processo, a extensão ou antecipação da proibição da *reformatio* ao momento da acusação acaba por traduzir uma equiparação

⁵⁵ *O caso julgado*, pp. 234, 438.

⁵⁶ *O caso julgado*, pp. 440 ss.

⁵⁷ Cfr. Ac. TC n.º 445/97, Ac. STJ de 10-07-2008, *in* www.dgsi.pt, Ac. STJ de 13-11-2008, *in* www.dgsi.pt, n.º 5.

⁵⁸ Ac. TC n.º 502/2007, n.º 4. O “exclusivamente” não está sublinhado no original.

⁵⁹ Mais restritivamente, o Cons. HENRIQUES GASPAS, voto de vencido, n.º 2, afirma que “a questão apenas se suscita no caso de interposição de recurso”. Também neste sentido, cfr. Ac. STJ de 08-07-2003, *in* www.dgsi.pt, n.º 4.2.1., Ac. STJ de 05-07-2007, *in* www.dgsi.pt, n.º 2.3., Ac. STJ de 15-11-2007, *in* www.dgsi.pt, n.º 2.2.

de tratamento entre o processo antes e depois da sentença final, retirando a esta qualquer especificidade.

Ora, não parece que a Constituição impeça, desde que salvaguardadas as garantias de defesa desde o momento da acusação, um entendimento progressivo da fixação do objecto do processo, no qual a sentença em 1.^a instância, embora não seja definitiva, constitua um verdadeiro *marco definitório* sem paralelo em momento anterior do processo, fixando ou, se se quiser, apurando a fixação do objecto do processo. Num tal sistema – que é o que resulta da actual legislação –, a sentença é uma primeira decisão, já plenamente concretizada e que pode tornar-se definitiva, se não for impugnada. Daí que se justifique que a exigência, em caso de condenação, da exacta determinação das sanções concretamente aplicadas [arts. 374.º, n.º 1, al. b), e 375.º, n.º 1, do CPP] não tenha paralelo em momento anterior do processo, a não ser em situações excepcionais (como as do processo sumaríssimo, por exemplo – cfr. art. 394.º, especialmente, n.º 2, do CPP).

Como quer que seja, mesmo que se não aceite a orientação mais radical de DAMIÃO DA CUNHA e se admita que, em 1.^a instância, há uma maior margem de decisão judicial perante o objecto proposto pela acusação do que aquela que resultaria da aplicação da proibição de *reformatio* logo à acusação, uma coisa é certa: pelo menos a partir da sentença, “a decisão, quando impugnada (unicamente) pelo arguido, constitui o limite do conhecimento ou da jurisdição do tribunal *ad quem*. O recurso estabelece, assim, um limite à actividade jurisdicional, constituído pelos termos e pela medida da condenação do arguido (único) recorrente”⁶⁰.

VI. A terminar, saliente-se que já tem um valor muito relativo a alegação de que a *reformatio in pejus* viola o princípio do contraditório.

É certo que, dependendo de como a marcha do recurso esteja organizada, pode surgir ainda esse problema adicional, na medida em que a decisão que procede à *reformatio* surja “inesperadamente ou de modo insusceptível de ser contraditada pela defesa”⁶¹. Nesse caso, aos problemas próprios da *reformatio* que atrás se apontaram acresce o problema

⁶⁰ Cons. HENRIQUES GASPAR, voto de vencido, n.º 2. No mesmo sentido, JORGE DIAS DUARTE, ob. cit., p. 214 e, na jurisprudência, Ac. STJ de 08-07-2003, in www.dgsi.pt, n.º 4.2.1., Ac. STJ de 27-11-2003, in www.dgsi.pt, n.º 3.5., Ac. STJ de 05-07-2007, in www.dgsi.pt, n.º 2.3., Ac. STJ de 10-10-2007, in www.dgsi.pt, n.º VIII, Ac. STJ de 15-11-2007, in www.dgsi.pt, n.º 2.2.

⁶¹ Acs. TC n.ºs 499/97, n.º 11, 498/98, n.º 9.

da violação do princípio do contraditório, uma vez que a decisão, para além de piorar a situação do arguido que recorreu, o apanha de surpresa, em vez de, como impõe o contraditório, ela ser gerada e moldada por um diálogo processual em que o arguido foi – ou pôde ser – interlocutor directo e principal⁶².

No entanto, a verdade é que este segundo problema pode não existir, na medida em que seja garantido o contraditório prévio à decisão final. E, no entanto, ainda assim, a *reformatio in pejus* seria inconstitucional⁶³, nos termos atrás apontados.

É, aliás, o que a nossa experiência ensina.

Assim, mesmo após a introdução da proibição da *reformatio in pejus*, dela foi excepcionado o caso de os representantes do Ministério Público junto do Tribunal Superior, no seu visto, se pronunciarem pela agravação [cfr. arts. 667.º, § 1.º, n.º 2.º, na redacção da Lei n.º 2.139 cit., e 440.º, n.º 2, al. b) do Código de Justiça Militar de 1977]. Uma vez que se estabelecia que, neste caso, o arguido recorrente devia ser notificado do parecer concedendo-se-lhe prazo para resposta, pode dizer-se que o contraditório estava assegurado⁶⁴. E, no entanto, como o Tribunal Constitucional reiteradamente decidiu relativamente ao Código de Justiça Militar – por último com força obrigatória geral –, nem por isso essa norma deixava de ser inconstitucional por força da violação do direito ao recurso no sentido antes explicitado⁶⁵.

3. A aplicabilidade da garantia constitucional à impugnação judicial da decisão administrativa de aplicação de coima

3.1. Introdução

I. À luz de quanto vai dito vejamos como responder à questão de saber se a garantia constitucional se estende ou não à impugnação judicial da decisão administrativa de aplicação de coima.

⁶² Especialmente expressivo nesta direcção, Ac. TC n.º 499/97, n.ºs 13 e 14. *Vd.* também, Ac. TC n.º 298/2005, n.º 2.1.

⁶³ Neste sentido, expressamente, apesar da importância dada ao tema, cfr. Ac. TC n.º 499/97, n.º 14. *Vd.* também Ac. n.º 498/98, n.º 10.

⁶⁴ Como expressamente salientou o Ac. TC n.º 324/99, n.º 8.

⁶⁵ Ac. TC n.º 291/00, n.º 4, com mais indicações jurisprudenciais.

II. “Nos processos de contra-ordenação, bem como em quaisquer processos sancionatórios, são assegurados ao arguido os direitos de audiência e de defesa” (art. 32.º, n.º 10, da Constituição).

Como o Tribunal Constitucional tem sublinhado, “com a introdução dessa norma constitucional (efectuada, pela revisão constitucional de 1989, quanto aos processos de contra-ordenação, e alargada, pela revisão de 1997, a quaisquer processos sancionatórios) o que se pretendeu foi assegurar, *nesses tipos de processos, os direitos de audiência e de defesa* do arguido, direitos estes que, na versão originária da Constituição, apenas estavam expressamente assegurados aos arguidos em processos disciplinares no âmbito da função pública (artigo 270.º, n.º 3, correspondente ao actual artigo 269.º, n.º 3). Tal norma implica tão-só ser inconstitucional a aplicação de qualquer tipo de sanção, contra-ordenacional, administrativa, fiscal, laboral, disciplinar ou qualquer outra, sem que o arguido seja previamente ouvido (direito de audição) e possa defender-se das imputações que lhe são feitas (direito de defesa), apresentando meios de prova e requerendo a realização de diligências tendentes a apurar a verdade (cf. Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo I, Coimbra, 2005, p. 363). É esse o limitado alcance da norma do n.º 10 do artigo 32.º da CRP, tendo sido rejeitada, no âmbito da revisão constitucional de 1997, uma proposta no sentido de se consagrar o asseguramento ao arguido, “nos processos disciplinares e demais processos sancionatórios”, de “todas as garantias do processo criminal” (artigo 32.º-B do Projecto de Revisão Constitucional n.º 4/VII, do PCP; cf. o correspondente debate no *Diário da Assembleia da República*, II Série-RC, n.º 20, de 12 de Setembro de 1996, pp. 541-544, e I Série, n.º 95, de 17 de Julho de 1997, pp. 3412 e 3466)⁶⁶.

No entanto, é muito importante compreender que, como o Tribunal Constitucional reconheceu nesse mesmo acórdão, “é óbvio que não se limitam aos direitos de audição e defesa as garantias dos arguidos em processos sancionatórios”.

E isto sucede a um duplo nível ou, se se quiser, por uma dupla via.

Por um lado, pode suceder que as garantias dos arguidos encontrem esteio “noutros preceitos constitucionais, que não no n.º 10 do artigo 32.º”⁶⁷. “É o caso, desde logo, do direito de impugnação perante os tribu-

⁶⁶ Ac. TC n.ºs 659/2006, n.º 2.2. *Vd.* também Acs. TC n.º 313/2007, 45/2008, n.º 2.2., 86/2008, n.º 2.1.5.

⁶⁷ Ac. TC n.º 659/2006, n.º 2.2.

nais das decisões sancionatórias em causa, direito que se funda, em geral, no artigo 20.º, n.º 1, e, especificamente para as decisões administrativas, no artigo 268.º, n.º 4, da CRP⁶⁸.

Por outro lado, não está de modo nenhum excluído que esses outros preceitos possam também ser os preceitos reguladores das garantias do processo criminal. Por certo, é de recusar uma aplicabilidade directa e global das garantias do processo criminal ao processo de contra-ordenações⁶⁹. Mas uma coisa é isso e outra – muito diversa – a ideia oposta, ou seja, a de uma inaplicabilidade global de todas e quaisquer garantias do processo criminal ao processo de contra-ordenações (e até a outros processo sancionatórios). A “proximidade entre os dois ordenamentos processuais”⁷⁰ torna uma tal posição um absurdo ainda maior do que o radicalismo oposto. Basta pensar, por exemplo, na presunção de inocência do arguido⁷¹ para o compreender com toda a clareza. Nessa senda, o Tribunal Constitucional tem sublinhado, também no plano processual, que o facto de a Constituição não exigir uma estrita equiparação entre processo contra-ordenacional e processo criminal é perfeitamente conciliável com a necessidade de serem observados determinados princípios comuns⁷².

Assim, o decisivo será saber se, relativamente a cada garantia constitucional estabelecida relativamente ao processo penal em concreto, existirá uma analogia material entre processo penal e processo de contra-ordenações que justifique a sua extensão a este último. Haverá, portanto, que procurar determinar se, na matéria que esteja em causa, existe uma proximidade entre o processo de contra-ordenações e o processo penal que imponha a extensão da garantia. Para isso, será necessário apurar se o processo de contra-ordenação se encontra estruturado de modo a que o problema jurídico concreto a que a garantia constitucional responde também nele se levanta e exige, além disso, solução semelhante⁷³, ainda

⁶⁸ *Ibidem*. No mesmo sentido, Acs. TC n.ºs 313/2007 e 45/2008, n.º 2.2.

⁶⁹ *Vd.*, com mais indicações, Acs. TC n.ºs 313/2007 e, sobretudo, 45/2008, n.º 2.3.

⁷⁰ Para usar da expressão do Ac. TC n.º 469/97, n.º 5.

⁷¹ Cfr., por exemplo, o Ac. TC n.º n.º 269/2003, n.º 10. Outro caso já analisado é o da possibilidade de defesa na fase de recurso da decisão judicial perante um parecer do Ministério Público que levante inovadoramente qualquer questão (cfr. Ac. TC n.º 469/97).

⁷² Acs. TC n.ºs 158/92, 469/97, n.º 5, 659/2006, n.º 2.3.

⁷³ Exemplar a esse respeito, relativamente ao *in dubio pro reo*, o Ac. TC n.º 269/2003, n.º 10.

que, naturalmente, com as necessárias adaptações – como é próprio de toda a aplicação analógica⁷⁴.

Será isso que sucede relativamente à garantia constitucional da proibição da *reformatio in pejus*?

3.2. Os efeitos da admissão da *reformatio in pejus* sobre o livre exercício do direito à impugnação judicial

I. Uma resposta afirmativa a esta questão mostra-se logo de dar na perspectiva dos efeitos da admissão de *reformatio in pejus* sobre o livre exercício do direito à impugnação judicial das decisões condenatórias por contra-ordenações.

E isto porque é absolutamente patente que essa admissão condiciona o exercício do direito ao recurso ou à impugnação, levando o arguido administrativamente condenado a ter medo de se prejudicar com o recurso ou impugnação e criando-lhe, assim, uma forte inibição que o levará a evitar os recursos. Aliás, não é outra coisa que subjaz às críticas à consagração da proibição da *reformatio in pejus* no RGCO.

Sob esse ângulo, o problema levanta-se exactamente nos mesmos termos e medida que no processo penal, podendo dizer-se com segurança que o direito ao recurso ou, *rectius*, à impugnação judicial da decisão administrativa veria as suas condições materiais de exercício claramente limitadas, resultando, assim, violado.

Poderá, no entanto, perguntar-se: não será que o direito ao recurso ou à impugnação judicial da decisão condenatória da administração apresenta no processo de contra-ordenações uma importância inferior ao direito ao recurso no processo penal, de molde a poder caber na margem de conformação do legislador ordinário admitir ou não o condicionamento ao seu exercício derivado da admissão da *reformatio in pejus*?

De maneira nenhuma.

II. Em primeiro lugar, é necessário ter presente que a decisão da autoridade administrativa – apesar do hibridismo do processo de contra-ordenações – é uma *decisão propriamente condenatória* (art. 58.º do RGCO), pelo que se torna definitiva e exequível (e só susceptível de alteração mediante uma impugnação extraordinária, moldada sobre os

⁷⁴ Sobre o tema, com mais indicações, JOSÉ LOBO MOUTINHO, *Da unidade à pluralidade dos crimes em Direito Penal Português*, Lisboa, UCE, 2004, pp. 301-302.

termos da revisão penal – arts. 79.º e 80.º do RGCO) se não for impugnada. Não tem, portanto, nesse sentido, um efeito diverso do de uma decisão judicial condenatória, relativamente à qual a Constituição garante o direito ao duplo grau de jurisdição sem quaisquer limitações.

III. Por outro lado, o facto de se tratar de uma decisão da autoridade administrativa não diminui, mas antes intensifica, a relevância de um direito à impugnação judicial que está, aliás, constitucionalmente garantido. Essa garantia abrange todos os actos administrativos, em face da proclamação, no artigo 268.º, n.º 4, da Constituição, do princípio da tutela jurisdicional efectiva dos direitos ou interesses legalmente protegidos dos administrados, o qual inclui, nomeadamente, “o reconhecimento desses direitos ou interesses, a impugnação de quaisquer actos administrativos que os lesem, independentemente da sua forma, a determinação da prática de actos administrativos legalmente devidos e a adopção de medidas cautelares adequadas”. Esse princípio representa “uma decorrência do posicionamento do indivíduo perante a Administração no quadro do Estado de Direito e provém directamente da Constituição, que lhe dá a natureza de Direito Fundamental”⁷⁵.

A garantia de impugnação judicial que decorre do mencionado preceito constitucional reporta-se também, como não poderia deixar de ser, às decisões condenatórias em processo de contra-ordenação, como o Tribunal Constitucional tem reiteradamente asseverado, com base, não numa extensão do art. 32.º da Constituição, mas “em geral, no artigo 20.º, n.º 1, e, especificamente para as decisões administrativas, no art. 268.º, n.º 4, da CRP”⁷⁶.

Aliás, isto permite ver o absurdo que resultaria da admissão de uma *reformatio in pejus* na impugnação judicial de uma decisão administrativa condenatória em processo de contra-ordenações quando o próprio sistema do contencioso administrativo, erigido com base no princípio constitucionalmente consagrado da tutela jurisdicional efectiva, não contempla, nem sequer admite uma tal possibilidade relativamente à generalidade das decisões administrativas. Na verdade, ainda que o princípio da tutela jurisdicional efectiva tenha ditado a criação de novos meios processuais destinados a “ultrapassar a rigidez dos juízos meramente impugnatórios,

⁷⁵ Cfr. SÉRVULO CORREIA, *Direito do Contencioso Administrativo*, I, Lisboa, Lex, 2005, p. 717.

⁷⁶ Cfr. Acs. TC n.os 659/2006, n.º 2.2., 313/2007, 45/2008, n.º 2.2.

incapazes de reconstituir as situações subjectivas pretensivas insatisfeitas por força de uma omissão ou recusa da Administração⁷⁷ (como é o caso da acção de condenação à prática de acto administrativo devido), o mesmo princípio igualmente impôs a manutenção da rigidez tradicional dos meios de impugnação judicial de actos, traduzida na respectiva funcionalização ou adstrição ao julgamento das pretensões impugnatórias deduzidas em juízo e, por conseguinte, na simples formulação (ou não) de uma decisão de declaração de nulidade ou de anulação dos actos administrativos impugnados.

IV. Finalmente, como se isto ainda não bastasse, sucede que “o princípio inderrogável de um direito ao recurso”⁷⁸ constitui reconhecidamente um dos contrapesos absolutamente indispensáveis à atribuição de poder sancionatório à Administração Pública através da figura das contra-ordenações, evitando que esta traduza uma diminuição, em termos inaceitáveis, das garantias de defesa⁷⁹.

Como afirmou a Comissão Constitucional, “considerando apenas a decisão de confiar às autoridades administrativas a aplicação de sanções às contra-ordenações, entendidas tais sanções e o correspondente ilícito como matéria especialmente administrativa, afigura-se-nos possível entender que não ocorre qualquer inconstitucionalidade neste caso. Tal afirmação, porém, tem de ser interpretada em conjugação com o disposto nos artigos 20.º, n.º 1, e 269.º, n.º 2, da Constituição. Inconstitucional seria o entendimento, que o legislador porventura tivesse acolhido, de confiar o conhecimento das contra-ordenações a autoridades administrativas, com expressa proibição de recurso contencioso”. E assim, “não obstante todas as dificuldades doutrinárias que possam subsistir acerca do ilícito de mera ordenação social e todas as dúvidas pertinentes acerca da possibilidade de encontrar uma diferença de grau entre este ilícito e o ilícito criminal – e já sem aludir à problemática da bondade da solução do ponto de vista de política legislativa acerca da autonomização deste ramo do direito – supomos que não há nenhum preceito constitucional ou

⁷⁷ Cfr. SÉRVULO CORREIA, *Direito*, p. 717.

⁷⁸ EDUARDO CORREIA, «Direito penal e direito de mera ordenação social», in AA. VV., *Direito Penal Económico e Europeu*, I, 1998, p. 14.

⁷⁹ Assim o diz também o relatório do Decreto-Lei n.º 232/79, de 24-07, n.º 4: “para obviar [...] a quaisquer perigos ou abusos, submete-se a aplicação da coima a um estrito princípio de legalidade e ressalva-se, sem reservas, um direito de defesa e audiência e um inderrogável direito de recurso para as instâncias judiciais” (itálico nosso).

de direito internacional convencional que impeça de forma peremptória que o legislador adopte como solução a administrativização no âmbito do ilícito de mera ordenação social, desde que fiquem salvaguardados os recursos aos órgãos judiciais”⁸⁰.

Quer dizer, só “garantido *com efectividade e permanência* o direito de impugnação judicial das decisões das autoridades administrativas aplicadoras de uma coima, há-de concluir-se no sentido de [as normas que reconhecem a competência das autoridades administrativas em matéria de contra-ordenações] não atentarem por qualquer forma contra o princípio da reserva da função jurisdicional aos tribunais consagrado no artigo 205.º da Constituição”⁸¹.

V. Em suma, na medida em que, por um lado, é claro que a admissão da *reformatio in pejus* constitui um condicionamento ao exercício do direito recorrer ou impugnar judicialmente a decisão condenatória semelhante ao criado nos recursos penais e em que, por outro lado, esse é um direito constitucionalmente consagrado como momento básico de defesa do arguido no processo de contra-ordenações e como contrapeso à atribuição de poderes sancionatórios à administração, é fácil de concluir pela sua inadmissibilidade constitucional no processo de contra-ordenações.

3.3. A admissão da *reformatio in pejus* e a estrutura do processo de contra-ordenações

I. Já se escreveu que o princípio da proibição da *reformatio in pejus* “nada tem que ver com a estrutura do processo de contra-ordenações”⁸².

E, todavia, é justamente ao contrário: a análise da questão na perspectiva da estrutura do processo confirma o resultado a que acabamos de chegar.

⁸⁰ Parecer da Comissão Constitucional n.º 4/81, de 19-03-1981, in *Pareceres da Comissão Constitucional*, 14.º (1983), pp. 254-255. No mesmo exacto sentido, FIGUEIREDO DIAS, «O movimento da descriminalização e o ilícito de mera ordenação social», in AA. VV., *Direito Penal Económico e Europeu*, I, p. 32: “ao que a Constituição vincula – no art. 20.º -, ao assegurar a todos o acesso aos tribunais, para defesa dos seus direitos – é [...] a que a decisão da autoridade administrativa seja susceptível de impugnação judicial e portanto de «recurso» a um tribunal (usada aqui a expressão «recurso» em sentido não técnico, pois que antes dele não existe qualquer apreciação judicial). É uma exigência constitucional do Estado de Direito que mesmo uma matéria como a das contra-ordenações e das coimas seja susceptível de *controlo judicial* e de que sobre ela caiba a um tribunal, não [...] a primeira, mas em todo o caso e sempre a última palavra”.

⁸¹ Ac. TC n.º 158/92, n.º 3 (itálico nosso).

⁸² LEONES DANTAS, *O Ministério Público*, p. 38.

II. É claro que, considerando que “o princípio da proibição de *reformatio in peius* não é um princípio de «recursos», mas um princípio do processo”⁸³, a conclusão não pode deixar de ser a de que ele se estende aos processos de contra-ordenação.

E não só: “O acto de acusação – escreve justamente nessa base DAMIÃO DA CUNHA – é o primeiro momento ao qual se deve aplicar aquele «princípio», no sentido de que, na sequência processual, o limite da pena deve ser aquele que está contido na acusação. E, por isso, este princípio (o da proibição de *reformatio in peius*) não pode ser, como tradicionalmente sucedia, reconduzido a qualquer tipo de «benefício» ou à ideia de «patologia» processual (justificada por um *favor rei*). Se se quiser, o princípio da proibição de *reformatio in peius* é um princípio da função jurisdicional, enquanto garantia do direito de defesa, que vale para qualquer Direito e processo sancionatório público”⁸⁴. “Com efeito, o processo por contra-ordenações expressamente afirma este princípio no que toca à impugnação da decisão; e, do mesmo modo, o princípio valerá no âmbito disciplinar. Dir-se-á que a teleologia dos «processos» é diferente (nestes dois últimos casos trata-se de impugnações). A resposta, a nosso ver, é que não existe diferença no «processo» (quando muito, na «jurisdição»), ou esta diferença resulta dos «interesses» tutelados (disponíveis ou indisponíveis)”⁸⁵.

III. O que sucede, porém, se se entender que a proibição da *reformatio*, embora sendo um corolário de princípios gerais, não se estende de modo uniforme a todo o processo? Chegar-se-á a conclusão diversa?

O sistema processual das contra-ordenações, mal ou bem, assume uma assinalável singularidade. É um processo de “natureza *híbrida*”⁸⁶, já não só porque a uma fase administrativa se segue uma impugnação jurisdicional, como também porque a primeira fase se mostra, de alguma maneira, um

⁸³ DAMIÃO DA CUNHA, *O caso julgado*, p. 436.

⁸⁴ *Ibidem*, pp. 436-437.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 437, n. 232, onde o Autor, na sequência, chega mesmo a retirar da existência desses direitos constitucionais em tais espécies de processo argumentos para a sua defesa no processo penal: “os direitos constitucionais que são afirmados neste tipo de processos, são direitos «derivados» (por analogia) dos direitos de defesa do processo penal. Por que razão, então, estes direitos de defesa têm uma «valia» superior àqueles que são concebidos para o processo penal, onde mais forte e incisivamente se quer tutelar o valor da liberdade?”

⁸⁶ CAVALEIRO DE FERREIRA, *Curso de processo penal*, II, Lisboa, Danúbio, 1986, p. 64.

concentrado das fases de inquérito e de julgamento e a segunda, de alguma maneira, um misto de julgamento e de recurso. Núcleo e sinal desse hibridismo é a transformação da decisão condenatória, quando impugnada, em acusação, mediante a apresentação dos autos pelo Ministério Público ao Juiz na fase de impugnação (art. 62.º, n.º 2, do RGCO).

Isto torna explicável o surgimento de propostas no sentido de uma leitura dogmática do processo de contra-ordenações que passa pela desvalorização do sentido e alcance da decisão da autoridade administrativa, tanto mediante a aproximação da fase inicial do processo à fase de investigação anterior à acusação⁸⁷, como mediante a qualificação da decisão final da administração como uma decisão meramente provisória e, afinal, sujeita à submissão voluntária do arguido⁸⁸. Assim, um dos comentários de referência à lei alemã das contra-ordenações assinala que o processo de contra-ordenações da competência da autoridade administrativa – aliás, de acordo com a qualificação legal⁸⁹ – “apenas é um procedimento prévio (*Vorverfahren*)”⁹⁰, asseverando: “a decisão de aplicação de coima é uma pronúncia provisória proferida num procedimento prévio (*Vorschaltverfahren*) e que só se torna definitiva através da auto-submissão do interessado”⁹¹. E seria justamente esse carácter provisório a explicar a inaplicabilidade da *reformatio in pejus* à impugnação judicial da condenação administrativa em coima^{92/93}. O facto de ser expressamente estabelecida na lei alemã em caso de decisão judicial da impugnação sem audiência, ou seja, por simples despacho (§ 72, n.º 3, II parte, da *OWiG*) teria uma outra explicação: a de que essa forma de processo depende do acordo dos sujeitos processuais (designadamente, o do arguido), o que torna inadmissível a ultrapassagem do *eventum litis* previsível, no momento em que aquele acordo foi dado⁹⁴.

⁸⁷ Neste sentido, CAVALEIRO DE FERREIRA, *Curso*, II, pp. 64 ss., 155 ss.

⁸⁸ Neste sentido se pronunciou a fundamentação oficial do projecto de *OWiG* alemão de 1968. Sobre o assunto, cfr. H. MATTES, *Untersuchungen zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten*, II, Berlin, Duncker & Humblot, 1982, II, pp., 42 ss., 346 ss., 457 ss..

⁸⁹ Essa é a epígrafe do 3.º capítulo (§§ 53 ss.) da parte da *OWiG* – a 2.ª – dedicada ao processo.

⁹⁰ SEITZ, in GÖHLER, *OWiG, Vor* § 59, n.º 125, p. 540.

⁹¹ *Ibidem*, *Vor* § 65, n.º 6, p. 628.

⁹² SEITZ, in GÖHLER, *OWiG, Vor* § 67, n.ºs 1, 2 e 5, pp. 657-658.

⁹³ Neste sentido se pronunciou entre nós PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, ob. cit., art. 72.º-A, n.º 1, p. 295.

⁹⁴ Aliás, na Alemanha aceita-se a subordinação do acordo dado ao julgamento por despacho a condições substantivas (*i.e.*, relativas ao sentido da decisão de fundo) ou

Que dizer?

É verdade que nenhuma qualificação dogmática poderá, por si só, obliterar o carácter híbrido do processo de contra-ordenações de que estas propostas arrancam e que nunca se poderá perder de vista.

Como verdade é que, na Alemanha, ainda acresce que a qualificação da decisão condenatória como uma pronúncia meramente provisória conta com uma base na flexibilidade do processo que não existe entre nós: vigora o princípio da oportunidade (§ 47, n.º 1, da *OWiG*) e é admitida, após a decisão da fase administrativa, uma fase intermédia (*Zwischenverfahren*) na qual é possível à autoridade administrativa, já perante os termos da impugnação judicial do arguido, alterar a sua decisão anterior, podendo, para o efeito, praticar novos actos de investigação, e ouvir o arguido sobre que factos e meios de prova que ele quer trazer para sua defesa (§ 69, n.º 2, da *OWiG*).

No entanto, a verdade também é que estas propostas não se ajustam ao indesmentível dado que, em termos de qualificação, se mostra decisivo e que é este: a lei reconhece a competência da autoridade administrativa para promover o processo de contra-ordenações e, sobretudo, para nele proferir, em nome próprio, uma decisão final que pode ser condenatória e que – eis o ponto crucial –, ressalvadas especialidades advindas da sobreveniência de processo penal sobre o mesmo facto (cfr. art. 79.º do RGCO), não é mais provisória do que qualquer sentença judicial recorrível: tal como ela, e sem qualquer intervenção de um tribunal, tornar-se-á definitiva e (judicialmente) exequível se não for judicialmente impugnada⁹⁵. Na verdade, a decisão administrativa não impugnada só pode ser revista em termos semelhantes aos de uma sentença penal judicial condenatória (art. 80.º do RGCO), não sendo aceitável, por deitar por terra toda a estrutura processual erigida, a admissão de embargos à execução com outros fundamentos⁹⁶.

processuais (*i. e.*, relativas às diligências a realizar antes da decisão por despacho – o que tem reflexos nos termos em que é admitida a recorribilidade do despacho final quando ele se afaste das referidas condições. Sobre o tema, sinteticamente, SEITZ, *in* GÖHLER, *OWiG*, § 72, n.ºs 20 ss., pp. 754 ss.

⁹⁵ Negando, nesta base, a provisoriedade da decisão, p. ex., BOHNERT, *in* AA. VV., *Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, edit. L. SENGE, 2.ª ed., München, C. H. Beck, 3.ª ed., 2006, § 67, n.º 2, p. 942 ss.

⁹⁶ Como já se chegou a aventar na prática. Cfr. Ac. da Relação de Lisboa de 14-03-1990, *in* CJ, II, pp. 174 ss. (muito embora na base da inexecutibilidade da decisão).

Assim, mal ou bem, a estrutura processual montada encontra o seu núcleo absolutamente essencial na atribuição do poder sancionatório à autoridade administrativa, que se pretendeu, não que exercesse a acção penal, deduzindo uma acusação, não que fizesse uma simples proposta a sujeitar ao consenso do arguido, mas que proferisse em nome próprio uma verdadeira e própria decisão condenatória, vinculativa para o arguido, e que, à semelhança das judiciais, se torna definitiva e exequível se não for impugnada.

Ora é, no fundo, esse núcleo substancial, na posição que confere à decisão da autoridade administrativa, que conduz a que os fundamentos da proibição da *reformatio in pejus* mantenham a sua valia também no processo de contra-ordenações.

Por certo, não se pode dizer que a Constituição imponha uma estrutura acusatória no processo de contra-ordenações, pelo menos em termos paralelos aos do processo penal. No entanto, a verdade é que também quanto ao processo de contra-ordenações vale plenamente que está excluído à partida um controlo judicial oficioso – nesse sentido, *inquisitório* – da legalidade e correcção da decisão condenatória da autoridade administrativa. Este controlo apenas se faz num contexto de um remédio jurídico, mediante um impulso de um outro sujeito processual, ou seja, mediante “recurso” ou “impugnação” do arguido condenado. E essa opção não é um pormenor. Corresponde, antes, a um traço essencial do sistema processual das contra-ordenações, sem o qual este se reconduziria ao antigo processo de contravenções e transgressões, pois (com eventual ressalva do pagamento voluntário) implicaria a sujeição de todas as decisões administrativas a um controlo e jurisdicional, fazendo transitar integralmente o poder sancionatório da autoridade administrativa para o tribunal.

Assim sendo, a *reformatio in pejus* no processo de contra-ordenações representaria sempre um acréscimo de punição imposto oficiosamente pelo tribunal sem qualquer impulso de outro sujeito processual e em prejuízo do poder e da legitimidade decisória da autoridade administrativa. Basta pensar que, ao contrário do que sucede com o Ministério Público no processo penal, está por definição excluído que a autoridade administrativa esteja na origem da impugnação... das suas próprias decisões! Mais do que “conformar-se” com a decisão de outrem, como sucede com o Ministério Público no processo penal quando não recorre, ela própria tomou a decisão no termo de um processo também por si dirigido.

Em suma, apesar de não vigorar um acusatório semelhante ao do processo penal, mantém-se de pé um obstáculo insuperável a um poder punitivo inquisitório suplementar por parte do tribunal.

IV. Se, apesar da diferente estrutura processual, a *reformatio* já se mostra inadmissível nesta primeira vertente, muito mais gritante é a situação relativamente à segunda vertente atrás identificada, ou seja, a perversão da função do recurso ou impugnação.

É que ainda com muito mais acuidade do que um recurso em sentido próprio (isto é, de uma impugnação de uma decisão judicial), a impugnação judicial da decisão administrativa condenatória em contra-ordenação constitui, *por natureza e exclusivamente, um meio de defesa, uma garantia da defesa*. A lei não admite sequer uma impugnação em desfavor do arguido, mas apenas uma impugnação em favor do arguido para o qual está legitimado apenas ele ou o seu defensor (art. 59.º, n.º 1, do RGCO).

Quer dizer: enquanto, no processo penal, o recurso só é totalmente um meio de defesa quando é interposto apenas pelo arguido ou pelo Ministério Público, mas em seu exclusivo benefício e, portanto, a *reformatio in pejus* só perverte a função do recurso nesses casos, no processo de contra-ordenações, uma vez que a impugnação judicial ou recurso é, por lei, necessariamente apenas um meio de defesa, a *reformatio* perverte sempre a respectiva função. Ao admiti-la, a lei ordinária permite que o exercício do direito de defesa venha a redundar em dano da própria defesa. Um meio processual que constitucionalmente tem como fim a defesa do arguido é desviado do seu fim próprio e dirigido contra a própria defesa que deveria servir. Não há como não ver que, também aqui, as exigências do processo equitativo impõem que o arguido que usa da garantia de defesa constitucionalmente reconhecida que é a impugnação ou recurso da decisão administrativa, não pode ser, em nenhuma circunstância, onerado com uma decisão que ainda piora a situação à qual reagiu. Também aqui, “o recurso, inscrito como meio de defesa, não pode [...] produzir, sem desconformidade constitucional, um resultado de gravame”⁹⁷.

V. Perguntar-se-á, no entanto: a intervenção do Ministério Público não altera o panorama no processo de contra-ordenações?

É certo que, como já ficou referido, de acordo com o art. 62.º, n.º 2, do RGCO, “recebido o recurso, e no prazo de cinco dias, deve a autoridade administrativa enviar os autos ao Ministério Público, que os tornará presentes ao juiz, valendo este acto como acusação”.

⁹⁷ Cons. HENRIQUES GASPAR, voto de vencido, n.º 2; Ac. STJ de 08-07-2003 (*in* www.dgsi.pt); concordante, JORGE DIAS DUARTE, *ob. cit.*, p. 221.

Há, assim, no processo de contra-ordenações, um acto de promoção processual do próprio Ministério Público e com isso cria-se inequivocamente um espaço de decisão para o Ministério Público.

Nunca, no entanto, será um espaço de decisão no sentido de agravar a posição do arguido em relação àquilo que resulta da decisão administrativa recorrida.

Primeiro, o poder que a lei dá ao Ministério Público não é o de formular uma acusação autónoma, mas o de apresentar ou não os autos ao Juiz. Este é que é o acto que vale como acusação. Aliás, se lhe fosse possível deduzir uma acusação verdadeiramente autónoma, o arguido teria de ser dela notificado e ser-lhe dada suficiente oportunidade de defesa – antes ainda do contraditório da audiência –, sob pena de patente violação do seu direito constitucional de defesa (art. 32.º, n.º 10). A lei só não o faz porque não é suposto haver qualquer intervenção inovadora do Ministério Público em desfavor do arguido.

Em segundo lugar, a existência dessa promoção não obsta à proibição da *reformatio*.

Como se explicou atrás, em geral, no processo penal, a lei não exige um nível de fixação do objecto do processo tão elevado na acusação como na sentença, permitindo que aquele se fique pela indicação dos factos e disposições legais aplicáveis e, portanto, permitindo a sua variação ulterior. No entanto, isso não quer dizer que assim tenha de suceder necessariamente.

E, justamente, no processo de contra-ordenações, como quer que seja, a decisão da autoridade administrativa impugnada constitui um marco de definição do objecto do processo. Ainda que, uma vez impugnada, se convole em acusação não se transmuta no seu conteúdo e objecto. Não há que fechar os olhos à decisão administrativa, tal e qual existe (quer dizer, com o nível de determinação que real efectivamente tem), para lhe substituir a ficção de uma decisão apenas determinada em termos abstractos. Há que a assumir como acusação, mas tal como ela é, e, portanto, com o nível de determinação que realmente a caracteriza. E, sendo assim que ela é, é mesmo assim que ela limita, nos termos do acusatório, os poderes de cognição do tribunal. Como lapidarmente afirma BOHNERT para o Direito alemão, “após a impugnação, [as exigências de determinação da decisão condenatória] transformam-se em pressupostos processuais”⁹⁸.

⁹⁸ Ob. e loc cit., § 67, n.º 6, p. 943. O Autor acrescenta que “os vícios (*Mängel*) da decisão condenatória transformam-se em impedimentos processuais na mesma extensão

E é exactamente por isso que o tribunal não pode condenar o arguido em sanção mais grave do que aquela que lhe foi aplicada na decisão condenatória impugnada. Quer dizer: embora pela própria via da transmutação da decisão impugnada em acusação, também aqui “o recurso estabelece [...] um limite à actividade jurisdicional, constituído pelos termos e pela medida da condenação do arguido (único) recorrente”⁹⁹.

Por último, não pode deixar de se apontar aqui a refração do vício do carácter officioso pois: que sentido faria não poder o Ministério Público promover uma punição mais grave de um arguido condenado por contra-ordenação... senão apenas quando este recorre contra essa condenação em sua defesa?

VI. Em suma, a *reformatio in pejus* traduz uma perversão na função do recurso ou impugnação judicial da decisão condenatória da autoridade administrativa, como meio de defesa constitucionalmente garantido.

4. A violação dos princípios da igualdade e da proporcionalidade

I. Não se ficam por aqui os problemas de constitucionalidade levantados pelas disposições que afastam, relativamente a determinados sectores, permitem a *reformatio in pejus*.

Tais normas ainda têm de ser confrontadas com os princípios constitucionais da igualdade e da proporcionalidade. Aliás, o Tribunal Constitucional tem mesmo reiteradamente asseverado que “a garantia constitucional do direito ao recurso não se esgota [na dimensão que impõe a previsão pelo legislador ordinário de um grau de recurso]. Na verdade, tal garantia, conjugada com outros parâmetros constitucionais, pressupõe, igualmente, que na sua regulação o legislador não adopte

em que isso sucede com os correspondentes vícios (*Mängel*) da acusação”, dando conta da orientação muito restritiva da jurisprudência alemã sob este aspecto. Mas, entre nós, como não considerar viciada – no mínimo, nula – uma decisão administrativa que não determine exactamente a coima aplicada?

Acrescente-se que, um esquema como o alemão, que proíba a *reformatio in pejus* apenas no domínio da decisão por simples despacho (e, portanto, sem audiência) apresenta problemas de coerência. Por que razão não se atribui relevância, também quanto à impugnação no seu todo, a que o processo também só passou à fase da impugnação porque o arguido assim quis e nos limites em que o quis, perante a situação processual e probatória que tinha perante si e podia ponderar?

⁹⁹ Cons. HENRIQUES GASPAR, voto de vencido, n.º 2. No mesmo sentido, ainda JORGE DIAS DUARTE, ob. cit., p. 214.

soluções arbitrárias e desproporcionadas, limitativas das possibilidades de recorrer – mesmo quando se trate de recursos apenas legalmente previstos e não constitucionalmente obrigatórios”¹⁰⁰.

II. O necessário confronto das normas que admitem a *reformatio in pejus* no processo de contra-ordenações com os princípios constitucionais da igualdade e da proporcionalidade, é de fazer numa dupla direcção.

Por um lado, uma vez que, como se viu inicialmente, o RGCO estabelece, desde 1995, em geral – como é evidente – a proibição da *reformatio in pejus* (art. 72.º-A), independentemente da sua admissibilidade intrínseca, coloca-se o problema de saber se a inversão da solução quanto às contra-ordenações a que dizem respeito (do mercado de valores mobiliário ou ambientais ou ainda, num futuro eventual, da concorrência) se mostra compatível com a Constituição.

Por outro lado, também o estatuto disciplinar dos funcionários públicos consagra, desde 1984, a proibição de *reformatio in pejus*, mesmo no recurso hierárquico da decisão condenatória, na medida em que estabelece que a pena só pode ser agravada ou substituída por pena mais grave em resultado de recurso do participante (arts. 75.º, n.º 7, do Decreto-Lei n.º 24/84, de 16-01, e 60.º, n.º 7, da Lei n.º 58/2008, de 9 de Setembro)¹⁰¹.

Ora, como o Tribunal Constitucional bem afirmou justamente em relação às diferenciações de regimes especiais das contra-ordenações, “é sabido que o princípio constitucional da igualdade, entendido como limite objectivo da discricionariedade legislativa, não veda à lei a realização de distinções. Proíbe-lhe, antes, a adopção de medidas que estabeleçam distinções discriminatórias – desde logo, diferenciações de tratamento fundadas em categorias meramente subjectivas, como são as indicadas, exemplificativamente, no n.º 2 do artigo 13.º da Lei Fundamental (diferenciações baseadas na ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica ou condição social) –, ou seja, desigualdades de tratamento materialmente infundadas, sem qualquer fundamento razoável (*vernünftiger Grund*) ou sem qualquer justificação

¹⁰⁰ Ac. TC n.º 628/2005, n.º 7, e mais jurisprudência nele citada.

¹⁰¹ Cfr., sobre o primeiro, LEAL-HENRIQUES, *Procedimento disciplinar*, 5.ª ed., Lisboa, Rei dos Livros, 2007, art. 75.º, n.º 9, pp. 457 ss.; sobre o segundo, BLANC/RODRIGUES/PELIZ/DE LA FUENTE, *Estatuto Disciplinar dos trabalhadores que exercem Funções Públicas. Anotado*, Lisboa, Rei dos Livros, 2009, art. 60.º, n.º 16, p. 169.

objectiva e racional. Numa expressão sintética, o princípio da igualdade, enquanto princípio vinculativo da lei, traduz-se na ideia geral de proibição do arbítrio (*Willkürverbot*). Cf., por todos, os Acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 186/90, 187/90 e 188/90, publicados no *Diário da República*, II Série, de 12 de Setembro de 1990¹⁰².

III. Assim, a questão atrás colocada residirá em saber se o art. 416.º, n.º 8, do CVM ou o art. 75.º da LQCOA (ou, eventualmente, uma futura disposição semelhante na nova lei da concorrência), ao admitir a *reformatio in pejus*, estabelece uma diferença de regime materialmente fundada, ou seja, se nas contra-ordenações do mercado de valores, nas ambientais (ou eventualmente, nas da concorrência) há alguma particularidade que possa legitimar que nelas, ao contrário do que sucede em geral, e ao contrário do que se estabelece, mesmo, no estatuto disciplinar da função pública quanto ao próprio recurso hierárquico, seja admitida a *reformatio in pejus*.

Ora, mesmo independentemente de quanto se disse, a verdade é que não se descortina qualquer razão para esses regimes. Não há a expectativa, quanto às referidas contra-ordenações, de um maior número de processos ou de recursos. Basta pensar nas infracções rodoviárias ou tributárias. Não há também nenhuma diferença quanto às expectativas em matéria de pendências judiciais dos tribunais competentes, que, aliás, quanto às primeiras duas matérias, até são os tribunais geralmente competentes. Não estão as referidas contra-ordenações sujeitas a um regime processual que possa compensar a supressão da proibição da *reformatio*. E nem mesmo se pode dizer que a pequena gravidade ou a reduzida margem de variação das sanções estabelecidas na lei pode servir de paliativo à dificuldade. Em suma: nada há de particular nas referidas contra-ordenações ou do respectivo regime que possa legitimar o afastamento da solução que o legislador considera, em geral, adequada. E muito menos uma disparidade de tratamento relativamente à solução vigente no procedimento disciplinar.

IV. Assim sendo, é inevitável a conclusão de que o art. 416.º, n.º 8, do CVM ou o art. 75.º da LQCOA (ou, eventualmente, uma futura disposição semelhante na nova redacção da lei da concorrência), encerram uma desigualdade de tratamento arbitrária, sem fundamento razoável ou material bastante dos arguidos em processos de contra-ordenação ambiental em

¹⁰² Acs. TC n.ºs 302/97, n.º 7.1., 226/2003, n.º 2.2. e mais jurisprudência neste citada.

comparação com os arguidos em outros processos de contra-ordenação e mesmo em processo disciplinar relativo à função pública.

Pelo que elas violam os princípios constitucionais da igualdade e da proporcionalidade, consagrados nos arts. 13.º e 18.º da Constituição.

5. Conclusões

São as seguintes as conclusões do presente estudo:

- I. A proibição constitucional da *reformatio in pejus* no processo penal funda-se:
 - a. Por um lado, no condicionamento intolerável do livre exercício do direito ao recurso: “o arguido que se conforma com uma sentença apenas por temer ver agravada a injustiça nela contida é um arguido que teve, *formalmente*, a faculdade de recorrer para os tribunais superiores, mas que não dispôs, *substancialmente*, do recurso como meio de evitar uma condenação injusta” (*Fundamentação do Projecto de Lei apresentado à Assembleia Nacional em 1950*);
 - b. Por outro lado, num duplo vício para a estrutura do processo, pois que traduz:
 - i. Um acréscimo de punição judicialmente imposto de forma *inquisitória*, na medida em que, não tendo a acusação recorrido da decisão, resulta de uma decisão judicial *ex officio*, sem prévio e adequado impulso por parte dos sujeitos processuais legitimados para tanto, que a suscitem e lhe delimitem o âmbito (*sine actore*). Viola, assim, o princípio do acusatório constitucionalmente garantido.
 - ii. Uma perversão da função do recurso que, sendo nos casos em questão, um meio de defesa, pois só existe porque foi interposto no exclusivo interesse da defesa, é desviada no sentido de o prejudicar, o que viola as exigências do processo equitativo.
- II. Apesar de não decorrer da Constituição uma aplicação directa e global de todas as garantias do processo criminal (art. 32.º, n.ºs 1 a 9) ao processo de contra-ordenações, as garantias constitucionais deste não se limitam ao direito de audiência e defesa (art. 32.º, n.º 10), abrangendo ainda outras, designadamente as garantias do processo criminal cuja aplicação seja exigida pela analogia material de problemas e soluções que se verifique em cada caso.

- III. É o que acontece com a proibição da *reformatio in pejus*.
- IV. Por um lado, é claro que, no processo de contra-ordenações, a admissão da *reformatio in pejus* constitui um condicionamento ao livre exercício do direito recorrer ou impugnar judicialmente a decisão condenatória inteiramente análogo ao criado nos recursos penais, como claro é que esse é um direito constitucionalmente consagrado como momento básico de defesa do arguido no processo de contra-ordenações e como contrapeso à atribuição de poderes sancionatórios à administração.
- V. Logo por isso, é fácil de concluir pela inadmissibilidade constitucional da *reformatio in pejus* no processo de contra-ordenações.
- VI. O mesmo sucede na perspectiva dos efeitos estruturais da admissão *reformatio in pejus*.
- VII. Considerando que “o princípio da proibição de *reformatio in peius* não é um princípio de «recursos», mas um princípio do processo” (DAMIÃO DA CUNHA), a conclusão não pode deixar de ser a de que ele se estende aos processos de contra-ordenação e a qualquer direito sancionatório público.
- VIII. Mas a mesma conclusão se impõe, mesmo não se entendendo assim e, portanto, admitindo que a proibição da *reformatio in pejus*, embora sendo um corolário de princípios gerais, não se estende de modo uniforme a todo o processo, pois que:
 - a. Apesar de a Constituição não exigir no processo de contra-ordenações um acusatório em termos paralelos aos do processo penal, se mantém de pé um obstáculo inultrapassável a um poder punitivo inquisitório suplementar por parte de um tribunal, sem que tenha existido, e não tendo mesmo qualquer cabimento, um impulso nesse sentido de outro sujeito processual, *maxime*, da autoridade administrativa (que, justamente, proferiu a decisão impugnada);
 - b. A *reformatio in pejus* traduz uma perversão na função do recurso ou impugnação judicial da decisão condenatória da autoridade administrativa constitucionalmente garantido e necessariamente como meio de defesa.
- IX. Para além de quanto vai exposto, o art. 416.º, n.º 8, do CVM ou o art. 75.º da LQCOA (ou, eventualmente, uma futura disposição

semelhante na nova lei da concorrência) encerram uma desigualdade de tratamento arbitrária, sem fundamento razoável ou material bastante dos arguidos em processos de contra-ordenação ambiental em comparação com os arguidos na generalidade dos processos de contra-ordenação e mesmo em processos disciplinares relativos à função pública, pelo que violam os princípios constitucionais da igualdade e da proporcionalidade, consagrados nos arts. 13.º e 18.º da Constituição