
ASSUN
TO:

Projeto de Decreto-Lei que aprova o Regime Jurídico das Contraordenações Económicas

2020/GAVPM/3917

19-12-2020

PARECER

**

1. Objeto

Foi remetido ao Conselho Superior da Magistratura, pelo Gabinete de Sua Excelência o Ministro de Estado, da Economia e Transição Digital, o projeto de Decreto-Lei que aprova o Regime Jurídico das Contraordenações Económicas, solicitando que sobre o mesmo fosse emitido parecer.

Dado o prazo exíguo concedido para a emissão de parecer, através do ofício 2020/OFC/04724, datado 10-12-2020, o CSM alertou o referido Gabinete para a extensão e complexidade do projeto de Decreto-Lei em causa, constituído por 400 páginas e incidente sobre alterações de mais de 170 diplomas legislativos, atinentes às mais variadas atividades económicas e consagração de um novo Regime Geral de Contraordenações Económicas, dando-se conta da impossibilidade de, no prazo de 5 dias, estudar criteriosamente o aludido projeto e, eventualmente, propor qualquer alteração ao mesmo, solicitando, em

consequência, a concessão de um prazo nunca inferior ao administrativamente previsto para pronúncia sobre o referido projeto.

Na sequência de tais alertas, mas justificando que o Governo tem apenas autorização legislativa da Assembleia da República até ao dia 31 de Dezembro de 2020 e que a única reunião de Conselho de Ministros para apreciação do Decreto-Lei que aprova o Regime Jurídico das Contraordenações Económicas será muito em breve, o Gabinete de Sua Excelência o Ministro de Estado, da Economia e Transição Digital manteve o pedido de parecer anteriormente solicitado, restringindo, contudo, a pronúncia deste Conselho à análise das normas gerais, previstas no Capítulo I, Secções I, II e III, e às normas especialmente relacionadas com o sistema judicial, designadamente, as relativas à tramitação do procedimento contraordenacional e à fase judicial, previstas nos Capítulo II, Secção II, Subsecções II, III, Secção III, IV e V e Capítulo III.

Foi determinada a emissão de parecer, o qual se circunscreve, assim, ao âmbito de pronúncia especificamente delimitado, bem como assenta no disposto no artigo 155.º, alínea b), da Lei n.º 62/2013, de 26 de agosto, na redação dada pelo Decreto-Lei n.º 40-A/2016, de 22 de dezembro, que estabelece que cabe ao Conselho Superior da Magistratura emitir parecer sobre diplomas legais relativos à organização judiciária e ao Estatuto dos Magistrados Judiciais e, em geral, sobre matérias relativas à administração da justiça.

**

2. Análise formal

2.1. A presente iniciativa legislativa vem propor a criação de um regime jurídico para as contraordenações económicas, *nomeadamente que estabeleça um procedimento comum e que garanta a proporcionalidade das coimas e sanções acessórias aplicáveis, que reconheça a sua especificidade e autonomia face aos demais ilícitos contraordenacionais, com o objetivo de garantir maior segurança jurídica e uniformizar e consolidar o regime contraordenacional aplicável em matéria de acesso e exercício de atividades económicas.*

2.2. Para fundamentar as medidas propostas pode ler-se no respetivo preâmbulo que “(...) *Pretende-se com o Regime Jurídico das Contraordenações Económicas, (...) uniformização e a simplificação dos regimes contraordenacionais aplicáveis em matéria de acesso e exercício de atividades económicas, ao longo das cadeias de produção e de distribuição, acautelando não só a eficiência desejada quanto à tramitação dos processos de contraordenação, mas também estabelecendo um regime substantivo e um regime*

adjetivo comuns aos ilícitos contraordenacionais económicos, que reflitam a ponderação dos vários princípios subjacentes à teleologia do direito sancionatório económico, no respeito dos direitos procedimentais e processuais dos operadores económicos”.

Com esse objetivo, prevê-se, como também decorre do enquadramento preambular da iniciativa em apreciação, designadamente o seguinte: (i) a classificação das contraordenações em função da sua gravidade, sendo os limites mínimos e máximos da coima a aplicar determinados pela dimensão das pessoas coletiva; (ii) estabelecem-se novos limites das coimas e a responsabilidade civil subsidiária pelo pagamento da coima e das custas, dos administradores, gerentes e outras pessoas que exerçam, ainda que somente de facto, funções de administração em pessoas coletivas, mesmo que irregularmente constituídas, bem como de outras quaisquer entidades a estas equiparadas; (iii) determinam-se os casos em que a tentativa é punível e os limites mínimos e máximos da respetiva coima reduzidos para metade; (iv) estabelece-se o regime da advertência para as infrações leves; (v) contempla-se expressamente a fase instrutória do processo de contraordenação e define-se a Autoridade de Segurança Alimentar e Económica como a entidade competente, subsidiariamente, para fiscalizar, instruir e decidir das contraordenações económicas; (vi) prevê-se a obrigatoriedade de constituição de mandatário na fase judicial do processo de contraordenação, sempre que o valor da coima aplicável exceda a alçada dos tribunais judiciais de primeira instância; (vii) determina-se a redução do montante mínimo da coima a cobrar, independentemente da classificação das infrações, e o pagamento de custas pela metade quando o arguido realize o pagamento durante o prazo concedido para apresentação de defesa; (viii) passa a prever-se a possibilidade de notificar o arguido por carta simples ou por correio eletrónico, como forma de simplificação das comunicações; (ix) prevê-se a cobrança coerciva da decisão condenatória que não tenha sido objeto de impugnação judicial, bem assim, que siga os termos da execução fiscal; (x) estabelece-se a regra da continuidade dos prazos e consagra-se a possibilidade de todo o procedimento contraordenacional ser tramitado eletronicamente; (xi) instituiu-se a possibilidade de atenuação da medida da coima quando o arguido compense os particulares pelos danos causados com a prática da infração ou, quando atento o diminuto grau de culpa e a inexistência de condenações em matéria económica, num período de três anos anteriores à prática da infração, o arguido regularize a falta cometida.

2.3. O Decreto-Lei em apreciação é composto por 183 artigos procedendo à alteração de 179 diplomas que se encontram claramente identificados, não merecendo reparos de ordem formal.

2.4. O Regime Jurídico das Contraordenações Económicas que se visa aprovar é composto por 81 artigos, contendo o Capítulo I (Da contraordenação económica e da coima), Secção I (Disposições gerais), Secção II (Da coima e das sanções acessórias); Secção III (Da prescrição); Capítulo II (Do processo de contraordenação), Secção I (Disposições Gerais), Secção II (Fase administrativa), subsecção I (Das medidas cautelares), subsecção II (Tramitação do procedimento de contraordenação), subsecção III (Decisão); Secção III (Custas); Secção IV (Fase judicial); Secção V (Produtos das coimas e registo das decisões condenatórias), Capítulo III (Disposições finais), que também não merecem reparos de ordem formal, chamando-se apenas a atenção para o lapso de numeração da Secção IV.

Assim, após análise do preâmbulo que antecede o articulado do projeto de Decreto-Lei em apreciação, por comparação com o conteúdo do mesmo, afigura-se que são cumpridos os objetivos que se visam alcançar.

Todavia, tendo em vista contribuir para uma melhor e mais eficaz produção legislativa, de resto em linha com os desideratos expressos nas recomendações internacionais e europeias atinentes à «Better regulation»¹ e, em Portugal, materializadas no programa «Legislar melhor»², bem como no modelo de avaliação prévia de impacto legislativo «Custa Quanto?»³, importa efetuar algumas sugestões de melhoramento.

Desde logo julga-se que, por ter implicações na regulação de aspetos atinentes à atividade económica e ao tecido empresarial português, maioritariamente constituído por micro e pequenas e médias empresas, e de forma a evidenciar e tornar mais clara a necessidade e a adequação do presente projeto de Decreto-Lei, poderiam ter sido

¹ Em traços largos, através do programa *Better Regulation* “a Comissão decidiu tornar o processo legislativo e de definição de políticas mais transparente e prestar mais atenção ao que pensam os cidadãos. Para legislar melhor, as decisões políticas devem ser bem fundamentadas e resultar de um processo transparente, devendo associar os cidadãos e as partes interessadas (empresas, administrações públicas e investigadores) ao longo de todo o processo. A Comissão determina os domínios da legislação em vigor que podem ser melhorados. Além disso, quando propõe novas políticas e legislação, a Comissão concentra-se nos aspetos que devem efetivamente ser tratados a nível da UE, assegurando-se de que tal acontece de forma adequada.

A aplicação destes princípios permitirá à Comissão atingir os seus objetivos com o mínimo de custos e de encargos administrativos, além de ir ao encontro das preocupações expressas pelos cidadãos.” - https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/better-regulation-why-and-how_pt#need

² Cfr. Resolução do Conselho de Ministros n.º 44/2017, de 24 de março.

³ Cfr. Resolução do Conselho de Ministros n.º n.º 74/2018, de 18 de junho.

considerados no preâmbulo o impacto, o sucesso e as vantagens das opções vertidas no projeto legislativo em apreço.

3. Apreciação.

3.1. Em anexo ao Decreto-Lei em apreço, que dele faz parte integrante, pretende aprovar-se o Regime Jurídico das Contraordenações Económicas.

3.2. De acordo com a análise necessariamente perfunctória do projeto em apreciação, e não cabendo ao Conselho Superior da Magistratura, atento o princípio constitucional da separação de poderes, apreciar matéria de opção eminentemente política que incumbe exclusivamente ao poder legislativo, a apreciação expressa no presente parecer circunscreve-se aos capítulos e secções especificamente objeto de consulta e, na impossibilidade de fazer uma análise exaustiva, visa, tão-somente, tecer algumas considerações sobre o projeto em causa ponderadas à luz do ordenamento jurídico-legal e constitucional em vigor e das consequências que decorrerão da implementação das soluções projetadas no Sistema de Justiça.

3.3. Relativamente às normas gerais contempladas nos artigos 1.º a 41.º do diploma em apreciação, não se suscitam objeções na generalidade, dispensando-se observações e considerações a respeito das normas que reproduzem na íntegra ou, no seu essencial, preceitos constantes do regime geral das contraordenações, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de outubro, ou do Código Penal, na medida em que se assumem como regimes perfeitamente consolidados e estabilizados no atual sistema jurídico.

Nessa linha, ressaltando alguma inovação introduzida no regime proposto que possa suscitar reservas, não teceremos quaisquer comentários em relação aos artigos 1.º a 6.º, 7.º, n.º 1, 9.º a 17.º, 21.º, 24.º a 41.º.

De igual modo, e atento o princípio constitucional da separação de poderes, não tomaremos posição sobre questões que se prendam com opções de cariz eminentemente político, pelo que não nos pronunciaremos sobre a classificação das contraordenações em função da sua gravidade, em leves, graves e muito graves (regime, aliás, já consagrado noutros regimes contraordenacionais especiais como, por exemplo, no Código da Estrada e no Regime Geral das Contra-Ordenações Laborais), nem sobre a classificação das pessoas coletivas ou sobre os limites mínimos e máximos da coima a aplicar, ou, ainda sobre o

alargamento dos prazos de prescrição, matérias que constituem sempre uma opção de política legislativa, sobre a qual não caberá ao CSM emitir parecer.

Todavia, verificando os montantes mínimos e máximos das coimas estabelecidos no diploma em apreço, não pode deixar de se alertar que os mesmos poderão, em certos casos, revelar-se desproporcionados em si mesmos e, especialmente, face à responsabilidade subsidiária que pretende consagrar-se no art.º 8.º do diploma, em que a coima pela qual poderão responder os responsáveis subsidiários é igual à fixada para a pessoa coletiva, cujas natureza e dimensão patrimonial são bem diversas das da pessoa singular que irá responder pelo pagamento.

3.4. Em concreto, e tendo em conta a delimitação acima efetuada quanto ao objeto da presente pronúncia, as primeiras observações a fazer prendem-se com o n.º 2 do art.º 7.º e o art.º 8.º do regime em análise.

3.4.1. Nos termos do art.º 7 do regime em apreciação, em consonância com o já consagrado noutros diplomas⁴, podem ser responsabilizadas no plano contraordenacional as pessoas singulares ou coletivas, ainda que irregularmente constituídas, as associações sem personalidade jurídica e quaisquer outras entidades equiparadas que pratiquem o facto constitutivo da mesma ou, no caso de omissão, que não tenham praticado a ação adequada a evitá-lo, independentemente do momento em que o resultado típico se tenha produzido.

O regime geral das contraordenações (RGCO) consagra um regime de imputação restritivo, no artigo 7.º, n.º 2, ao limitar a responsabilidade das pessoas coletivas às contraordenações praticadas pelos seus órgãos no exercício das suas funções⁵, critério de imputação que parte de uma conceção orgânica, nos termos da qual apenas os órgãos da

⁴ Cfr. art.º 7.º, n.º 1 do RGCO, onde se referem as *peçoas coletivas* e a *associações sem personalidade jurídica*; art.º 202.º, n.º1, do RGISSF, que menciona as pessoas coletivas *ainda que irregularmente constituídas* e *associações sem personalidade jurídica*; art.º 7.º, n.º 1, do RGIT, que alude às “pessoas colectivas, sociedades, ainda que irregularmente constituídas, e outras entidades *fiscalmente* equiparadas”. Também no Código da Estrada e no Código de Trabalho se referem pessoa colectiva ou equiparadas.

⁵ Parecer do Conselho Consultivo da PGR - P000112013.

entidade coletiva exprimem a vontade juridicamente relevante desta, sendo-lhe o respetivo ato imputado desde o início⁶.

O critério *restritivo* de imputação do RGCO tem vindo a ser objeto de uma interpretação jurisprudencial que vai no sentido de passar de um modelo de imputação orgânica para um modelo de imputação funcional.

Os regimes contraordenacionais especiais admitem também que a pessoa coletiva seja responsabilizada não apenas pela atuação dos seus órgãos, mas também de trabalhadores, administradores e gerentes (artigo 551.º do Código do Trabalho); órgãos e representantes, ainda que de facto (artigo 7.º do RGIT); pelos seus órgãos ou representantes (n.º 1 do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro); pelos titulares dos seus órgãos sociais, mandatários, representantes ou trabalhadores (n.º 2 do artigo 401.º do Código dos Valores Mobiliários); por quaisquer pessoas que nelas ocupem uma posição de liderança ou por quem atue sob a sua autoridade (n.º 1 do artigo 73.º da Lei da Concorrência, aprovada pela Lei n.º 19/2012, de 8 de maio); pelos membros dos respetivos órgãos e pelos titulares de cargos de direção, chefia ou gerência, no exercício das suas funções, bem como pelas infrações cometidas por representantes do ente coletivo em atos praticados em nome e no interesse deste (artigo 203.º, do RGICSF, na sua versão inicial); pelos titulares dos respetivos cargos de administração, gerência, direção ou chefia, no exercício das suas funções, bem como pelas contraordenações cometidas por mandatários, representantes ou trabalhadores do ente coletivo em atos praticados em nome e no interesse deste (artigo 203.º, do RGICSF, na sua versão atual).

O artigo 7.º, n.º 2, do diploma em questão vem consagrar, igualmente, um modelo de imputação mais amplo, não meramente orgânico, ao estabelecer que «As pessoas coletivas referidas no número anterior são responsáveis pelas infrações cometidas em atos praticados, em seu nome ou por sua conta, pelos titulares dos seus órgãos sociais, pelos titulares dos cargos de direção e chefia e pelos seus trabalhadores no exercício das suas funções, bem como pelas infrações cometidas por mandatários e representantes, em atos praticados em seu nome ou por sua conta.»

⁶ Teresa Serra, “Contra-ordenações: responsabilidade de entidades colectivas. A propósito dos critérios de imputação previstos no regime geral do ilícito de mera ordenação social e em diversos regimes especiais. Problemas de (in)constitucionalidade”, in RPCC, Ano 9, Fascículo 2, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, pág. 190.

Nada há, pois, a objetar a tal opção, na medida em que a mesma já se encontra consagrada na maioria dos regimes especiais, arredando-se, aliás, desta forma dúvidas interpretativas que se têm suscitado a propósito do n.º 2 do artigo 7.º do RGCO e que tem conduzido a jurisprudência, incluindo do Tribunal Constitucional, a uma interpretação extensiva desse preceito, de modo a incluir os trabalhadores, os administradores e gerentes e os mandatários ou representantes da pessoa coletiva ou equiparada, desde que atuem no exercício das suas funções ou por causa delas⁷.

Todavia, afigura-se que onde se refere “pessoas coletivas referidas no número anterior” melhor seria de dizer “pessoas coletivas e as entidades equiparadas referidas no número anterior”, evitando assim o surgimento de controvérsias interpretativas que cumpre desde já evitar.

Por outro lado, entende-se que deveria ser introduzido um novo número à semelhança do que sucede no RGIT (art.º 7.º, n.º 2) a excluir a responsabilidade da pessoa coletiva ou entidade equiparada quando o agente tiver atuado contra ordens ou instruções expressas de quem de direito.

3.4.2. Estatuí o artigo 8.º do projeto, sob a epígrafe “Responsabilidade civil pelo pagamento da coima e das custas”, que:

1 - Os administradores, gerentes e outras pessoas que exerçam, ainda que somente de facto, funções de administração em pessoas coletivas e outras entidades equiparadas, independentemente da regularidade da sua constituição, são subsidiariamente responsáveis pelo pagamento de:

a) Coimas aplicadas a infrações por factos praticados no período do exercício do seu cargo, ou por factos anteriores quando, por culpa sua, o património da sociedade ou pessoa coletiva se tenha tornado insuficiente para o seu pagamento;

b) Coimas devidas por factos anteriores ao período do exercício do seu cargo, quando a decisão definitiva que as aplica for notificada durante o período desse exercício e lhes seja imputável a falta de pagamento;

c) Custas processuais decorrentes dos processos de contraordenação instaurados no âmbito do presente regime.

⁷ Cfr. Parecer do Conselho Consultivo da PGR supracitado.

2 - Sendo várias as pessoas a praticar os atos ou omissões culposas de que resulte a insuficiência do património das entidades em causa, todas respondem solidariamente pelo pagamento das coimas e custas devidas.

Estabelece-se, pois, no regime em apreço a responsabilidade civil subsidiária pelo pagamento da coima e das custas, dos administradores, gerentes e outras pessoas que exerçam, ainda que somente de facto, funções de administração em pessoas coletivas, mesmo que irregularmente constituídas, bem como de outras quaisquer entidades a estas equiparadas.

O regime consagrado para a responsabilidade civil subsidiária pelas coimas é similar ao já estabelecido, por exemplo, em matéria fiscal, no artigo 8.º, do RGIT e também ao regime consagrado no artigo 8.º da Lei-Quadro das Contra-ordenações Ambientais, aprovada pela Lei n.º 50/2006, de 29 de agosto, na sua redação de 2015.

Neste tipo de preceitos levanta-se a questão de saber se, sob a capa de “responsabilidade civil”, não estará o legislador a estabelecer antes uma (dupla) responsabilidade sancionatória do *administrador, gerente, e outras pessoas que exerçam, ainda que somente de facto, funções de administração em pessoas coletivas e outras entidades equiparadas*, uma espécie de transmissão da responsabilidade contraordenacional, o que têm suscitado sérias dúvidas de constitucionalidade.

O Tribunal Constitucional já se pronunciou, em diversas ocasiões, relativamente a normas que impõem uma responsabilidade subsidiária aos administradores, gerentes e outras pessoas que exerçam funções de administração em sociedades comerciais pelas coimas aplicadas em processo contraordenacional e, em especial, em relação às normas do artigo 8º, n.º 1, alíneas a) e b), do RGIT e do artigo 7.º-A do Regime Jurídico das Infrações Fiscais Não Aduaneiras, que estabelecem uma responsabilidade subsidiária por factos praticados no período do exercício do seu cargo ou por factos anteriores «quando tiver sido por culpa sua que o património da sociedade ou pessoa coletiva se tornou insuficiente para o seu pagamento»⁸.

Sendo conhecida a divergência jurisprudencial nas secções nesta matéria, o Tribunal Constitucional, em Plenário, acabou por firmar o entendimento segundo qual a responsabilidade dos gerentes ou administradores prevista naquelas disposições é

⁸ No sentido de julgar inconstitucional, *vide*, a título de exemplo, Ac. 481/2010, 2ª Secção, de 09-12-2010 e Ac. 24/2011, 2ª Secção, de 12-01-2011; em sentido contrário, julgando não inconstitucional, *vide* Ac. 150/2009, 3ª Secção, 25-3-2009; Ac. 234/2009, da 3ª Secção, de 12-5-2009; Ac. 437/2011, do Plenário, de 03-10-2011, Ac. 561/2011, do Plenário de 22-11-2011, e Ac. 657/2011, 2ª Secção, de 03-10-2010.

uma responsabilidade civil por facto próprio, que não prescinde da verificação dos pressupostos gerais da responsabilidade aquiliana, e relativamente à qual se torna inadequada a convocação de qualquer dos parâmetros contidos nos artigos 30.º e 32.º da Constituição da República. Assentando-se, por isso, na ideia de que a responsabilidade subsidiária dos administradores e gerentes não provém do próprio facto típico que é caracterizado como infração contraordenacional, mas de um facto autónomo, inteiramente diverso desse, que se traduz num comportamento pessoal determinante da produção de um dano para a Administração Fiscal, concluiu-se que não pode falar-se aí de uma qualquer forma de transmissão da responsabilidade contraordenacional ou de violação dos princípios da culpa ou da proporcionalidade na aplicação das coimas (cfr. Acórdãos n.ºs 437/11 e 561/11) e que se trata de efetivar uma responsabilidade de cariz ressarcitório, fundada numa conduta própria, posterior e autónoma relativamente àquela que motivou a aplicação da sanção à pessoa coletiva (Acórdão n.º 249/12).

Assim, regressando ao artigo em apreço, se for entendido apenas como referindo-se a uma responsabilidade ressarcitória de natureza civil e não contraordenacional, o regime proposto poderá ser aceitável. Note-se, porém, que, para tal, a redação da alínea a) deve ser *substancialmente igual* à do RGIT (art.º 8.º, n.º 1, al. a)), o que não sucede: a redação proposta para a alínea a) do preceito sob análise, ao separar com uma vírgula o segmento relativo às *Coimas aplicadas a infrações por factos praticados no período do exercício do seu cargo* e o segmento relativo às *coimas por factos anteriores*, corre o risco de ser interpretada como exigindo o requisito da culpa da insuficiência do património tão-somente quanto à responsabilidade por factos anteriores ao período de exercício do cargo. Já a responsabilidade dos administradores, gerentes, etc., pelas coimas *aplicadas a infrações por factos praticados no período do exercício do seu cargo* seria automática e objetiva. Por outro lado, a redação da norma é, por exemplo, suscetível de conduzir a este iníquo resultado: o cogerente *A* responde subsidiariamente pelos factos praticados pelo cogerente *B*, apesar de neles não ter tido intervenção, porquanto respeitam a *infrações por factos praticados no período do exercício do seu cargo*.

Em qualquer caso, mesmo igualando-se a redação da alínea a) aos dizeres do RGIT, no confronto dos vários argumentos esgrimidos nos acórdãos do Tribunal Constitucional identificados neste texto, a questão é suscetível de levantar dúvidas de constitucionalidade que não deverão ser desprezadas, antes merecendo ser devidamente ponderadas.

De facto, visando-se imputar a responsabilidade pelo pagamento da coima a outros responsáveis que não o devedor originário, os quais respondem pessoalmente com o seu património pelo não pagamento da coima e custas, e tendo presente, por exemplo no que

concerne ao regime consagrado no RGIT, as diferentes natureza e finalidades subjacentes à cobrança de impostos e à cobrança de coimas por contraordenação económica, não se pode deixar de alertar para que a consagração da responsabilidade subsidiária neste âmbito poderá violar os princípios da necessidade e da proporcionalidade na vertente da proibição do excesso. Mais ainda, seguindo-se os trâmites da execução fiscal, é permitida a reversão antes de executado o património do devedor originário (art.º 23.º, n.ºs 2 e 3, da LGT), com a penhora imediata dos bens do revertido, que responderá pelo pagamento de uma moldura sancionatória aplicada e fixada à pessoa coletiva, de acordo com valores bem mais elevados para os limites mínimo e máximo das sanções, o que se poderá revelar absolutamente desproporcional⁹.

A severidade do regime poderá, por outro lado, ter influência no exercício de direitos económicos e de iniciativa privada constitucionalmente consagrados e que ao Estado cumpre assegurar, ainda mais quando, cotejadas as alterações propostas, se aumentam as coimas e se alarga a punição em grande parte dos casos à mera negligência.

Em acréscimo, e divergindo o legislador do que se mostra consagrado no RGCO, importa referir que, a fazer esta opção legislativa, deveria a mesma encontrar-se justificada no preâmbulo do diploma, conforme resulta das recomendações internacionais e europeias acima mencionadas, o que não sucede.

De todo o modo sempre se dirá que em relação às custas processuais decorrentes dos processos de contraordenação instaurados no âmbito do presente regime, parece tratar-se de uma responsabilidade objetiva, o que suscita as maiores reservas quanto à sua conformidade constitucional.

3.4.3. Cotejadas as normas do presente diploma, verifica-se que não se contempla no regime ora proposto a figura da *desistência* e da *desistência em caso de participação*, afastando-se, nesta parte e ao contrário do que faz em relação à generalidade das normas, o legislador do RGCO.

Prescrevem os artigos 14.º e 15.º do RGCO o seguinte:

Artigo 14.º

(Desistência)

⁹ Vide, com interesse, Ac. do TC n.º 26/2011.

1 - *A tentativa não é punível quando o agente voluntariamente desiste de prosseguir na execução da contra-ordenação, ou impede a consumação, ou, não obstante a consumação, impede a verificação do resultado não compreendido no tipo da contra-ordenação.*

2 - *Quando a consumação ou a verificação do resultado são impedidas por facto independente da conduta do desistente, a tentativa não é punível se este se esforça por evitar uma ou outra.*

Artigo 15.º

(Desistência em caso de comparticipação)

Em caso de comparticipação, não é punível a tentativa daquele que voluntariamente impede a consumação ou a verificação do resultado, nem daquele que se esforça seriamente por impedir uma ou outra, ainda que os participantes prossigam na execução da contra-ordenação ou a consumem.

No diploma em análise, como já se referiu, não se consagram as referidas figuras jurídicas. Ora, tendo o legislador reproduzido, na parte das normas gerais, a maioria das normas consagradas no RGCO e não o tendo feito em relação à *desistência*, advinham-se desde já dúvidas interpretativas quanto à aplicação subsidiária (ou não) nas contraordenações económicas da *desistência* e da *desistência em caso de comparticipação*, devendo o legislador esclarecer de forma clara a razão da exclusão das referidas figuras no diploma, caso a sua intenção seja efetivamente a de afastar esse regime nas contraordenações económicas.

3.4.4. Prescreve o artigo 23.º, sob a epígrafe “Critérios especiais de medida da coima”, que “*Os limites mínimo e máximo da coima a aplicar às contraordenações graves e muito graves, quando praticadas com dolo, são elevados para o dobro quando, pela sua ação ou omissão, o agente tenha perturbado ou gerado grave risco de perturbação da saúde e da segurança de pessoas ou bens*”.

Também esta norma gera algumas perplexidades.

Uma primeira observação a fazer será a de que se suscitam algumas reservas quanto à necessidade e pertinência desta agravação, não se afigurando, neste momento, nem o preâmbulo do decreto-lei o fundamenta, que a realidade social reclame o agravamento das coimas nos casos eventualmente subsumíveis no normativo em apreço, considerando-se, na verdade, para os fins pretendidos, suficiente a norma geral estabelecida no art.º 21.º e no n.º 2 do art.º 22.º à semelhança, aliás, do que sucede no RGCO.

No que respeita à técnica legislativa utilizada, julgamos que, tratando-se de uma verdadeira agravação da coima, deverá, por um lado, assumir-se essa opção desde logo na

epígrafe do artigo e, assim, em vez de constar “Critérios especiais de medida da coima” deverá constar “Agravação especial da coima”. Por outro lado, exigir-se maior objetividade ao legislador na definição dos conceitos contidos na norma. Assim, a manter-se a referida agravação, deverá ser aprimorada a redação proposta, densificando-se, por exemplo, os conceitos “*perturbado ou gerado grave risco de perturbação da saúde e da segurança de pessoas ou bens*”, evitando-se o recurso a designativos demasiado abrangentes, pois da forma como se apresenta redigida poderá gerar dificuldades interpretativas que deverão desde já atalhar-se.

Como ensina Jorge de Figueiredo Dias¹⁰ “no plano da determinabilidade do tipo legal ou tipo de garantia – precisamente, o tipo formado pelo conjunto de elementos cuja fixação se torna necessária para uma correta observância do princípio da legalidade (...) -, importa que a descrição da matéria proibida e de todos os outros requisitos de que dependa em concreto uma punição seja levada até a um ponto em que se tornem objectivamente determináveis os comportamentos proibidos e sancionados e, conseqüentemente, se torne objectivamente motivável e dirigível a conduta dos cidadãos” (...). Do mesmo modo, se é inevitável que a formulação dos tipos legais não consiga renunciar à utilização de elementos normativos, de conceitos indeterminados, de cláusulas gerais e de fórmulas gerais de valor, é indispensável que a sua utilização não obste à determinabilidade objectiva das condutas proibidas e demais elementos de punibilidade requeridos, sob pena de violação irremissível neste plano, do princípio da legalidade e sobretudo da sua teleologia garantística. Nesta acepção se afirma, com razão, que a lei penal fundamentadora ou agravadora da responsabilidade tem de ser uma lei certa e determinada (...)”. Tal doutrina tem igualmente aplicação no direito das contraordenações.

Tudo para concluir que a norma se apresenta excessivamente abrangente, devendo ponderar-se uma delimitação o mais objetiva possível, por forma a evitar subjetivismos interpretativos.

O mesmo se diga em relação ao artigo antecedente (artigo 22.º) relativo à fixação da coima concretamente aplicável quando refere que são atendíveis o “*grau do incumprimento de quaisquer recomendações constantes de auto*” ou notificação e a prática pelo agente de “*atos de coação, falsificação, ocultação ou dissimulação tendentes a dificultar a descoberta da verdade*”, introduzindo conceitos gerais e vagos que também importa objetivar.

¹⁰ in *Direito Penal, Parte Geral*, Tomo I, Coimbra Editora, págs. 173 e 174.

3.4.5. O artigo 27.º, epígrafado “Concurso de contraordenações”, dispõe no seu n.º 3:

“(…) Sem prejuízo do disposto nos números anteriores, os factos sucessivos ou simultâneos que determinem o preenchimento do mesmo tipo contraordenacional de modo repetido e em contexto de continuidade temporal, constituem uma só contraordenação, devendo a pluralidade de condutas e as suas consequências ser valoradas na determinação concreta da coima.

Pretende-se, assim, no presente normativo prever a figura da contraordenação continuada no âmbito da punição das infrações económicas, afastando-se, contudo, o legislador das normas gerais estabelecidas acerca do crime continuado, definido no art.º 30.º, n.º 2 do Código Penal que, a inexistir este novo preceito, seria aplicável subsidiariamente, por força do disposto no art.º 80.º do diploma em apreço e do art.º 32.º do Regime Geral do Ilícito de Mera Ordenação Social.

Analisada a norma proposta, verificamos, contudo, que a mesma difere, nos seus pressupostos, do regime estabelecido no Código Penal.

Vejamos.

Prescreve o art.º 30.º do Código Penal, epígrafado, “Concurso de crimes e crime continuado”, no seu n.º 2 que: *“Constitui um só crime continuado a realização plúrima do mesmo tipo de crime ou de vários tipos de crime que fundamentalmente protejam o mesmo bem jurídico, executada por forma essencialmente homogénea e no quadro da solicitação de uma mesma situação exterior que diminua consideravelmente a culpa do agente”.*

São assim pressupostos do crime continuado: (i) a realização plural do mesmo tipo de crime ou de vários tipos de crime que protejam o mesmo bem jurídico; (ii) a homogeneidade na forma de execução; (iii) a persistência de uma situação exterior que facilite a execução e que diminua consideravelmente a culpa do agente.

Consiste, pois, o crime continuado, *numa unificação jurídica de um concurso efectivo de crimes que protegem o mesmo bem jurídico, fundada numa culpa diminuída (...). As violações plúrimas devem ser objecto de distintas resoluções criminosas. Se o agente tiver tomado uma só decisão criminosa de realização de violações plúrimas do bem jurídico, há um só crime (...)*¹¹.

No que se refere ao regime contraordenacional, Jorge Lopes de Sousa e Manuel Simas Santos¹², admitem a existência da infração tributária continuada, referindo que esta

¹¹ *Comentário do Código Penal*, Paulo Pinto de Albuquerque, 2.ª ed. Actualizada, Universidade Católica Editora, p. 159 e 161.

¹² *in Regime Geral das Infrações Tributárias Anotado*, 3.ª ed., em anotação ao art. 5.º, p. 74.

deve ser juridicamente considerada como uma só. Entendem estes Autores, a propósito do conceito de infracção continuada, que “há infracção continuada, como consta do n.º 2 do art. 30.º, n.º 1 do C. Penal, quando, através de várias acções, se repete o preenchimento do mesmo tipo legal ou de tipos que protegem o mesmo bem jurídico, usando-se de um procedimento que se reveste de uma certa uniformidade e aproveita um condicionalismo exterior que propicia a repetição, fazendo assim diminuir consideravelmente a culpa do agente. Sucede, por vezes, que certas actividades que preenchem o mesmo tipo legal de infracção (ou mesmo diversos tipos legais, mas que fundamentalmente protegem o mesmo bem jurídico), e às quais presidiu uma pluralidade de resoluções (que portanto atiraria a situação para o campo da pluralidade de infracções), devem ser aglutinadas numa só infracção, na medida em que revelam uma considerável diminuição da culpa do agente. O fundamento desta diminuição da culpa encontra-se, pois, na disposição exterior das coisas para o facto, isto é, no circunstancialismo exógeno que precipita e facilita as sucessivas condutas do agente”.

E, como igualmente referem os mesmos Autores, “não se prevendo neste RGIT nem no RGCO punição para o crime ou contra-ordenação continuada, há que aplicar o preceituado no art. 79.º, n.º 1 do C. Penal, subsidiariamente aplicável nos termos do arts. 3.º do RGIT e art. 32.º do RGCO”¹³.

Deste modo, como já se referiu, caso não se introduzisse esta norma no diploma em apreço, seria de aplicar às contraordenações económicas subsidiariamente o regime previsto no Código Penal e, assim, para que se considerasse uma contraordenação como continuada teriam que estar preenchidos os pressupostos acima enunciados, que pressupõe sempre uma pluralidade de resoluções delituosas.

Ora, feita a análise crítica do preceito que agora se pretende introduzir no sistema jurídico, verifica-se, para além do mais, que, por um lado, se restringe a continuação contraordenacional *aos factos sucessivos ou simultâneos que determinem o preenchimento do mesmo tipo contraordenacional de modo repetido e em contexto de continuidade temporal*, e, por outro lado, não se contempla no normativo pressuposto idêntico ao previsto no Código Penal no que respeita ao facto de a contraordenação ser praticada no *quadro da solicitação de uma mesma situação exterior que diminua consideravelmente a culpa do agente*.

¹³ *Ob. cit.* pp. 116 e 121 e também expressamente neste sentido o Acórdão do TCA Sul de 10.11.2009, proc. n.º 3362/09.

Ou seja: estabelece-se um regime aparentemente divergente face ao estabelecido no Código Penal e, por via da sua aplicação subsidiária, a outros regimes contraordenacionais especiais, prescindindo-se agora, designadamente, da aferição dos pressupostos subjetivos da continuação delituosa que revelem a diminuição sensível da culpa, o que, naturalmente, consubstancia opções normativas sobre as quais não nos compete pronunciar. Todavia, afigura-se que, sendo essa a pretensão do legislador, ou seja, a de se afastar do regime estabelecido na lei penal, a mesma deverá ser clarificada e justificada no preâmbulo do diploma, bem como deverá assumir-se, na própria norma, essa divergência, deixando claro na sua redação que o regime da continuação é aplicável mesmo nos casos em que a culpa não se encontre especialmente atenuada ou, caso não seja essa a vontade do legislador, deverá, então, acrescentar-se na norma tal pressuposto, o qual supõe, como é sabido, a menor exigibilidade de conduta diversa por parte do agente.

Por outro lado, deverá o legislador deixar também justificada a razão pela qual, neste tipo de regime contraordenacional especial, não tem aplicação aos casos em que através de várias ações se repete o preenchimento de tipos legais diferentes, mas que protegem o mesmo bem jurídico, conforme estabelecido no Código Penal, restringindo a punição como contraordenação continuada aos casos em que se preencha o mesmo tipo contraordenacional.

Alerta-se ainda que o facto de se fazer constar no texto da lei que os factos sucessivos ou simultâneos que determinem o preenchimento do mesmo tipo contraordenacional de modo repetido e em contexto de continuidade temporal constituem uma só contraordenação pode gerar incongruências com repercussões negativas na aplicação prática do direito.

Desde logo, e considerando que a punição por infração continuada pressupõe, como já se viu, uma pluralidade de resoluções criminosas/contraordenacionais, parece-nos que a expressão “*constituem uma só contraordenação*” poderá revelar-se equívoca, deixando margem para o afastamento da aplicação deste regime quando esteja em causa mais que uma contraordenação, defraudando-se, assim, o que presumimos ser o desiderato pretendido no presente diploma, ou seja, aglutinar numa só infração várias infrações e punir como uma só contraordenação. Melhor será, pois, que fique a constar da norma “constituem uma só contraordenação continuada”, à semelhança do que se fez no Código Penal.

Em acréscimo, deverá contemplar-se na norma ou em norma autónoma o regime de punição da contraordenação continuada, o que, a manter-se a redação proposta, poderá consubstanciar uma lacuna.

Por fim, sugere-se, por uma questão de clareza e coerência do sistema jurídico, que na epígrafe do artigo se faça constar “Concurso de contraordenações e contraordenação continuada”.

3.4.6. Também no que concerne à parte processual, e face a exiguidade do prazo que foi concedido ao Conselho Superior da Magistratura para se pronunciar, nos limitaremos a salientar as dúvidas que a redação de algumas normas é suscetível de levantar e/ou as controvérsias que na sua aplicação pelos tribunais podem originar e, nesse sentido, gerar polémica na concretização da Lei, incompatível com o objetivo de consolidação do regime expresso no preâmbulo do diploma.

No que toca ao processo de contraordenação objeto do Regime Jurídico em análise, prevê o artigo 42.º que:

«1 - As competências de fiscalização, instrução e decisão dos processos de contraordenação são cometidas às entidades administrativas e policiais previstas na lei ou às que lhes sucedam nos termos gerais.

2 - Na falta de previsão legal, considera-se competente para efeitos do disposto no número anterior a Autoridade de Segurança Alimentar e Económica (ASAE). (...)»

Sob a epígrafe de «Direito de acesso» prevê, para o que ao aso interessa, o artigo 43.º que:

«(...)

3 - A requerimento da autoridade administrativa competente e havendo fundada suspeita que existem, em domicílio habitacional, indícios da prática de contraordenação muito grave ou da ocorrência ou produção de riscos para a saúde ou a segurança de pessoas e bens, pode ser realizada busca domiciliária que, na falta de consentimento do visado, documentado de qualquer forma, deve ser previamente autorizada pelo juiz de instrução criminal territorialmente competente.

4 - O requerimento a que se refere o n.º 3 deve mencionar a gravidade da infração investigada, a relevância dos elementos de prova procurados e a razoabilidade da suspeita de que tais elementos estão guardados no domicílio para o qual é pedida a autorização.

5 - O juiz de instrução criminal pode ordenar à autoridade administrativa a prestação de informações sobre os elementos que forem necessários para o controle da proporcionalidade da diligência requerida.»

Este preceito vem, assim, de forma completamente inovadora e sem paralelo no regime geral (RGCO) introduzir a possibilidade de realização de busca domiciliária a requerimento da autoridade administrativa quando existam indícios da prática de contraordenação muito grave ou da ocorrência ou produção de riscos para a saúde ou a segurança de pessoas e bens. Esta diligência pode ser realizada sem autorização do juiz de instrução criminal desde que haja o consentimento do visado documentado de qualquer forma. Só no caso de não existir este consentimento é que a autoridade administrativa deve requerer autorização ao juiz de instrução criminal territorialmente competente indicando a gravidade da infração investigada, a relevância dos elementos de prova procurados e a razoabilidade da suspeita de que tais elementos estão guardados no domicílio para o qual é pedida a autorização.

A consagração da possibilidade da autoridade administrativa realizar buscas domiciliárias levanta sérias dúvidas quanto à constitucionalidade orgânica e material desta norma por violação dos artigos 18.º, 26.º e 34.º da CRP, desde logo por afigurar que extravasa o âmbito da autorização legislativa e porque a compressão do direito fundamental em causa é desproporcional aos fins visados no âmbito da investigação contraordenacional.

Vejamos.

O art.º 174.º do CPP regulamenta os pressupostos gerais **das buscas**, as quais devem ser autorizadas ou ordenadas pela autoridade judiciária competente, ressalvando-se desta exigência os casos:

- a) de terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada, quando haja fundados indícios da prática iminente de crime que ponha em grave risco a vida ou a integridade de qualquer pessoa;
- b) em que os visados consintam, desde que o consentimento do visado fique, por qualquer forma, documentado;
- c) aquando de detenção em flagrante por crime a que corresponda pena de prisão.

No entanto, para **as buscas domiciliárias o legislador penal consagrou um regime especial no art.º 177.º do CPP, cujo n.º 1 preceitua que «a busca em casa**

habitada ou numa sua dependência fechada só pode ser ordenada ou autorizada pelo juiz e efectuada entre as 07h00 e as 21h00, sob pena de nulidade.

2 - Entre as 21 e as 7 horas, a busca domiciliária só pode ser realizada nos casos de:

- a) Terrorismo ou criminalidade especialmente violenta ou altamente organizada;*
- b) Consentimento do visado, documentado por qualquer forma;*
- c) Flagrante delito pela prática de crime punível com pena de prisão superior, no seu máximo, a 3*

anos.

3 - As buscas domiciliárias podem também ser ordenadas pelo Ministério Público ou ser efectuadas por órgão de polícia criminal:

- a) Nos casos referidos no n.º 5 do artigo 174.º, entre as 7 e as 21 horas;*
- b) Nos casos referidos nas alíneas b) e c) do número anterior, entre as 21 e as 7 horas.*

4 - É correspondentemente aplicável o disposto no n.º 6 do artigo 174.º nos casos em que a busca domiciliária for efectuada por órgão de polícia criminal sem consentimento do visado e fora de flagrante delito.»

Prevedo o artigo 269.º, n.º 1, alínea c) que durante o inquérito compete exclusivamente ao juiz de instrução ordenar ou autorizar buscas domiciliárias, nos termos e com os limites do artigo 177.º.

Como tem sido afirmado pelo Tribunal Constitucional em diversos acórdãos, designadamente e a título exemplificativo no Acórdão n.º 216/2012 Publicação: Diário da República n.º 102/2012, Série II de 2012-05-25: «O regime tutelar consagrado em relação a casa habitada ou sua dependência, na hipótese de busca, mostra-se exigível como forma de acautelar o direito à inviolabilidade do domicílio, previsto no art. 34.º, n.º 1, da CRP, exprimindo tal conceito, na óptica, sempre uniforme, do TC, aquela área que tem por objecto a habitação humana, aquele espaço fechado e vedado a estranhos, onde recatada e livremente se desenvolve toda uma série de condutas e procedimentos característicos da vida privada e familiar, ou seja, um núcleo restrito sob o signo da intimidade, de protecção da vida privada, da liberdade e da segurança individual, onde se desenrola a vivência essencial, no aspecto existencial, da pessoa.
(...)

A Constituição da República Portuguesa consagra a protecção da reserva do domicílio, no artigo 34.º, referindo que o mesmo é inviolável.

A abrangência da noção de domicílio, para efeito de interpretação desta disposição constitucional, é mais ampla do que o âmbito de idêntico conceito, operativo no domínio do Código Civil.

A este propósito, referem J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira (Constituição da República Portuguesa Anotada, vol. I, Coimbra Editora, 4.ª edição revista, 2007, p. 540):

"Tendo em conta o sentido constitucional deste direito, tem de entender-se por domicílio, desde logo, o local onde se habita - a habitação -, seja permanente, seja eventual; seja principal ou secundária. Por isso,

ele não pode equivaler ao sentido civilístico, que restringe o domicílio à residência habitual (mas, certamente incluindo também as habitações precárias, como tendas, "roulottes", embarcações), abrangendo também a residência ocasional (como o quarto de hotel) [...]"

Jorge Miranda e Rui Medeiros (Constituição da República Portuguesa Anotada, Tomo I, Coimbra Editora, 2.ª edição, 2010, p. 759), por sua vez, escrevem:

"Qualquer tentativa de aproximação ao conceito de domicílio não pode perder de vista o bem jurídico que este direito fundamental pretende proteger, no caso concreto a chamada "esfera privada espacial". Assim, a qualificação de qualquer espaço como domicílio implica, necessariamente, que aí se resida, isto é, que aí se pratiquem atos relacionados com a vida familiar e com a esfera íntima privada."

Mais acrescentam os mesmos Autores (ibidem) que "[...] é possível extrair um requisito fundamental para a determinação do conceito de domicílio: a existência de uma compartimentação espacial suscetível de evitar ou limitar a possibilidade de violações ou entradas."

Conclui-se, nestes termos, que o conceito de domicílio, para efeito de proteção constitucional, corresponde ao espaço funcionalmente utilizado como habitação humana, local reservado que é o centro da vida pessoal e familiar de cada um, ou seja, "aquele espaço fechado e vedado a estranhos, onde, recatadamente e livremente, se desenvolve toda uma série de condutas e procedimentos característicos da vida privada e familiar" (cf. Acórdão n.º 452/89, disponível in www.tribunalconstitucional.pt).

9 - O direito à inviolabilidade do domicílio surge associado à proteção de vários bens jurídicos fundamentais, como a dignidade da pessoa, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e, sobretudo, a garantia da liberdade individual, autodeterminação existencial e garantia da reserva da vida privada (cf. J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *op. cit.*, p. 539). *Corresponde, essencialmente, à proteção da habitação, "enquanto projeção espacial da pessoa" (Amorth, La Costituzione Italiana, página 62), ou, mais incisivamente ainda, enquanto "instrumento necessário de uma completa manifestação da liberdade individual" (Florian, apud Novissimo Digesto Italiano, volume VI, página 180)" (em especial, Acórdão n.º 452/89, mas também, v. g., o Acórdão n.º 507/94, no mesmo sítio da internet).*

Sintetizando o sentido da jurisprudência constitucional, a propósito deste direito, pode ler-se no Acórdão n.º 274/07 (igualmente no referido sítio da internet):

"[...] dir-se-á agora, apenas, que a inviolabilidade do domicílio densifica um direito fundamental que garante à pessoa, numa precipitação que traduz o reconhecimento da sua dignidade ética e concretiza a tutela jusfundamental do seu livre desenvolvimento (cf. artigo 26.º), um elementar espaço de vida" - elementaren Lebensraum -, ou uma "esfera privada espacial" - räumliche Privatsphäre - cf. BverfGE 51, 97 e BverfGE 109, 279), colocada na livre disponibilidade do seu titular.

Formulação esta que acompanha de perto as considerações vertidas no recente Acórdão de 4 de março de 2004 do Bundesverfassungsgericht [...], onde se considerou que "a inviolabilidade do domicílio (Unverletzlichkeit der Wohnung) está intimamente relacionada com a dignidade humana e, ao mesmo tempo, com o mandamento constitucional de respeito incondicional por uma esfera do cidadão para um exclusivamente privado - "personalíssimo" - desenvolvimento (eine ausschließ(lich) private - eine "höchstpersönliche" - Entfaltung)", daí decorrendo a necessidade de garantir o "direito de ser deixado em paz", maxime no que concerne às "dependências domiciliares" onde a pessoa desenvolve, em reserva, a sua vida privada."

10 - A proteção da inviolabilidade domiciliária, à semelhança dos restantes direitos fundamentais, não consubstancia um direito absoluto ou ilimitado.

De facto, a própria Constituição, no n.º 2 do artigo 34.º, admite que a entrada no domicílio dos cidadãos contra a sua vontade pode ser ordenada pela autoridade judicial competente, nos casos e segundo as formas previstas na lei.

Fica, assim, definida uma autorização constitucional expressa para o estabelecimento de restrições à inviolabilidade do domicílio, que estão sujeitas à reserva de lei - que definirá os seus concretos termos - e ao controlo da autoridade judicial competente.

Isso mesmo se retira do Acórdão n.º 364/2006, no qual se pode ler que "não existe norma constitucional de que possa retirar-se a completa imunidade de um espaço a buscas judiciais: basta, para o efeito, atentar no disposto no artigo 32.º, n.º 8, da Constituição, que proíbe a abusiva intromissão na vida privada e no domicílio, o que obviamente significa que existem intromissões constitucionalmente permitidas. Entre estas situam-se, sem dúvida, as buscas judiciais que tenham lugar nos casos e segundo as formas previstas na lei, que a Constituição admite quando se trata da entrada no domicílio dos cidadãos (cf. artigo 34.º, n.º 2, da Constituição)".

Na mesma linha, resulta do n.º 8 do artigo 32.º da lei Fundamental que a nulidade das provas obtidas por intromissão na vida privada, nomeadamente no domicílio, se verifica quando tal intromissão seja "abusiva", devendo considerar-se abrangida por tal qualificativo a intromissão "efetuada fora dos casos previstos na lei e sem intervenção judicial (artigo 34.º, n.os 2 e 4), quando desnecessária ou desproporcional ou quando aniquiladora dos próprios direitos (cf. artigo 18.º, n.os 2 e 3)" (J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *op. cit.*, p. 524).

11 - A restrição do âmbito máximo de proteção do domicílio deve ser entendida à luz da necessidade de proteger outros direitos e interesses constitucionalmente tutelados.

A busca domiciliária, autorizada por despacho do juiz competente, ao abrigo do artigo 177.º, n.º 1 do Código de Processo Penal, consubstancia uma restrição do direito à inviolabilidade do domicílio, que é justificada pela necessidade de salvaguardar o interesse da realização da justiça. Como atrás se sublinhou, a

opção da lei processual penal de viabilizar a busca domiciliária coativa, sujeitando-a, em regra, a prévia autorização e conformação judicial - quanto à determinação dos seus termos e extensão - alicerça-se na autorização constitucional expressa do artigo 34.º, n.º 2, da CRP.

Na verdade, a importância dos bens jurídicos tutelados pelo direito criminal - que comportam uma necessária referência à ordem axiológica constitucional, correspondendo a uma concretização de valores ligados, primordialmente, aos direitos, liberdades e garantias, no âmbito do direito penal clássico ou de justiça, e ainda à concretização de valores constitucionais ligados aos direitos sociais e à organização económica, como se verifica, em regra, no caso do direito penal secundário (cf. J. de Figueiredo Dias, "O movimento de descriminalização e o ilícito de mera ordenação social", "Jornadas de Direito Criminal", C.E.J., 1983, p. 323.) - justifica uma compressão de direitos fundamentais, como a da inviolabilidade do domicílio, desde que a mesma não se mostre excessiva.

A exigência legal de uma autorização judicial prévia da busca domiciliária pretende assegurar uma ponderação casuística entre o valor do contributo previsível da diligência para o apuramento da verdade material e a violação da reserva da vida privada que a sua realização acarreta. Esta exigência da autorização comporta a garantia de uma prévia e casuística ponderação confiada a quem, como já referimos, é matricialmente assumido como o garante, por excelência, dos direitos fundamentais. É assim, nos termos da lei, ao juiz que incumbe decidir sobre se, perante as circunstâncias concretas, o interesse da procura da verdade material justifica a medida intrusiva da busca.

A propósito desta diligência lê-se no Acórdão n.º 278/2007 que "atenta a relevância do valor em causa e a correspondente gravidade da sua ofensa, considera-se constitucionalmente imposto que a verificação da legitimidade desta ofensa, para salvaguarda de outros valores ou interesses constitucionalmente tutelados, seja sujeita a controlo judicial". A intervenção do juiz, aferindo da existência de uma suspeita razoável, e fixando os termos em que a busca pode ter lugar, incluindo a sua abrangência espacial, tem, assim, uma função predominantemente garantística.

De facto, como já se defendeu no Acórdão n.º 114/95, no tocante ao "controlo judicial da existência de indícios de ocultação, em casa habitada, de quaisquer objetos relacionados com um crime ou que possam servir de prova [...] a intervenção do juiz é exigida pela preocupação de controlar a legalidade da diligência e, bem assim, garantir os direitos fundamentais dos cidadãos, no caso, o direito à inviolabilidade do domicílio".

Fica, deste modo, cometida ao juiz a tarefa de ponderar, casuisticamente, se, perante as circunstâncias concretas, nomeadamente o grau de indiciação da ocultação dos objetos, no local referenciado, se justifica a diligência intrusiva.(...)».

É claro o entendimento, também afirmado pelos nossos Tribunais Superiores de que a busca domiciliária constitui uma medida restritiva de direitos fundamentais e, como tal,

sujeita a reserva de lei e de juiz para a respetiva autorização. Mesmo a possibilidade de limitação deste direito tem assento constitucional prevendo o número 2. do artigo 34.º da CRP que *«A entrada no domicílio dos cidadãos contra a sua vontade só pode ser ordenada pela autoridade judicial competente, nos casos e segundo as formas previstos na lei.»*. A sensibilidade dos bens jurídicos em conflito levou a consagrar a necessidade de adequada consideração dos interesses do titular do direito fundamental restringido pela medida.

Em matéria de direitos fundamentais, a autorização de uma medida restritiva de direitos está necessariamente sujeita aos limites impostos pela necessidade, adequação e proporcionalidade (cfr. arts. 18.º e 34.º da CRP). E o princípio da proporcionalidade exige que a limitação dos direitos fundamentais de cada um se cinja ao indispensável para a proteção do interesse público.

É neste sentido que aponta também claramente a declaração de voto da Conselheira Maria João Antunes, referente ao Ac. n.º 285/2007 o TC, onde se chama a atenção para a questão de saber se a interpretação que tem vindo a ser feita das disposições legais que regulam o controlo a exercer pelo juiz nas buscas domiciliárias realizadas pelos investigadores em casos de urgência *«respeita ou não a exigência constitucional de reserva de juiz»*: *«Concretamente, trata-se de saber se este controlo exercido a posteriori, por motivos constitucionalmente justificados, com a finalidade, entre outras, de acautelar as garantias de defesa do arguido (artigo 32.º, n.º 1, da Constituição) (...), exige ou não uma pronúncia judicial autónoma e expressa (Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 278/07), reportada ao momento em que foi efectuada a diligência, no sentido de que se justificava tal meio de obtenção da prova (artigo 174.º, n.º 2, do Código de Processo Penal) e de que se tratava de caso em que é legalmente admissível não haver ordem ou autorização judicial prévia (artigo 177.º, n.º 2, do Código de Processo Penal). No fundo, trata-se de saber se a função de tutela que é própria da Richtervorbehalt se cumpre, quando o juiz, ele próprio, não subjectiviza a fundamentação e a diligência ocorrida (Costa Andrade, «Formas ocultas de investigação», texto que serviu de base à intervenção no Colóquio Luso-Alemão Que futuro para o direito processual penal, Escola de Direito da Universidade do Minho, Março de 2007)»*.

Como tem sido salientado pelo Tribunal Constitucional a restrição deste direito fundamental, com a amplitude que lhe tem sido concedida, só pode ser ponderada à luz da necessidade de proteger outros direitos e interesses constitucionalmente tutelados, designadamente a salvaguardar do interesse da realização da justiça. Ora, no domínio do processo contraordenacional os bens jurídicos protegidos revestem menor dignidade constitucional pelo que se suscitam fortes reservas quanto à possibilidade de recurso a este meio de obtenção de prova para aplicação de uma sanção administrativa.

Como se descreve no artigo 1.º do diploma em apreço: «1 - O presente regime é aplicável às contraordenações económicas.

2 - Constitui contraordenação económica todo o facto ilícito e censurável que preencha um tipo legal correspondente à violação de disposições legais e regulamentares, relativas ao acesso ou ao exercício, por qualquer pessoa singular ou coletiva, de atividades económicas nos setores alimentar e não alimentar e para o qual se comine uma coima.

3 - Para efeitos do disposto no número anterior não constituem contraordenações económicas, nomeadamente, as contraordenações nos setores ambiental, bancário, financeiro, fiscal e aduaneiro, das comunicações, da concorrência, da segurança social e dos valores mobiliários.»

Em causa poderá estar a violação de disposições legais e regulamentares, relativas ao acesso ou ao exercício de atividades económicas nos setores alimentar e não alimentar o que, em regra, não conflui com direitos fundamentais, sendo certo que quando tal acontece o mais certo é já não estarmos perante um ilícito contraordenacional mas sim perante uma conduta relevante criminalmente (nomeadamente uma das condutas prevista nos artigos 272.º e seguintes do Código Penal ou no diploma das Infrações Antieconómicas e Contra a Saúde Pública – DL n.º 28/84, de 20.01).

A consagração da possibilidade de realização por uma autoridade administrativa de uma busca domiciliária quando existam indícios da prática de uma contraordenação económica, ou seja, diretamente relacionada com o exercício das atividades económicas previstas, afigura-se-nos uma violação desnecessária, desadequada e desproporcionalidade do direito à inviolabilidade do domicílio e dos vários bens jurídicos fundamentais associados a este direito, tal como a dignidade da pessoa, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, a garantia da liberdade individual, a autodeterminação existencial e a garantia da reserva da vida privada.

Salientando-se, uma vez mais, que as condutas graves e que envolvam riscos para a saúde ou a segurança de pessoas e bens encontram-se já tuteladas pelo direito penal e salvaguardadas pelos tipos de crimes económicos.

Aliás, o campo de ação da autoridade administrativa competente, que em regra, de acordo com o artigo 42.º deste diploma, será a Autoridade de Segurança Alimentar e Económica (ASAE) revela claramente a sua indissociável relação com o exercício das atividades económicas as quais por norma decorrem no espaço público e sem qualquer contato com o núcleo do domicílio dos visados, o que acentua a desproporcionalidade e desadequação desta medida.

Os riscos assinalados não são atenuados pela previsão do “*consentimento do visado, documentado de qualquer forma*” sendo conhecidas as controvérsias e dúvidas que na jurisprudência e na doutrina têm sido suscitadas sobre o âmbito e validade do mesmo, não estando sequer prevista a posterior validação da busca domiciliária por um juiz.

A se manter a possibilidade de realização de busca domiciliária no âmbito destes processos contraordenacionais, não obstante as reservas de constitucionalidade explicitadas, sempre se dirá relativamente ao processamento da requerida autorização ao juiz, não se compreender o motivo deste pedido não ficar na dependência do Ministério Público a quem compete representar o Estado e defender a legalidade democrática e os interesses que a lei determinar (cfr. artigo 219.º, número 1, da CRP e 4.º do EMP). Sendo o Ministério Público uma autoridade judiciária cuja atividade é pautada pela conformidade com a Constituição, por critérios de legalidade e objetividade, o requerimento da autoridade administrativo deveria ser entregue ao Ministério Público para que este após ponderação da necessidade e dos interesses conflitantes requeresse, ou não, a busca ao juiz de instrução.

3.4.7. No que respeita às notificações prevê o artigo 47.º do projeto que: *1« - As notificações referidas no presente diploma efetuam-se mediante:*

- a) Contacto pessoal no lugar em que for encontrado o notificando;*
- b) Carta registada, com aviso de receção, expedida para o domicílio ou sede do notificando;*
- c) Carta simples expedida para o domicílio ou sede do notificando.*

2 - A notificação por contacto pessoal deve ser efetuada, sempre que possível, no ato de autuação, podendo ainda ser utilizada para qualquer ato do procedimento, designadamente para a notificação da decisão de aplicação de medida cautelar, coima, admoestação ou sanção acessória, quando o notificando for encontrado pela entidade competente.

3 - Se não for possível proceder nos termos do número anterior a notificação deve ser efetuada através de carta registada com aviso de receção expedida para o domicílio ou sede do notificando.

4 - Se, por qualquer motivo, a carta prevista no número anterior for devolvida à entidade remetente, a notificação é reenviada ao notificando, para o seu domicílio ou sede, através de carta simples.

5 - Considera-se domicílio ou sede do notificando o que conste no registo organizado pela entidade competente para concessão de autorização ou licença de atividade ou, subsidiariamente, o que conste dos autos de contraordenação ou que tenha sido indicado pelo arguido.

6 - A notificação por carta registada com aviso de receção considera-se efetuada na data em que for assinado o aviso de receção ou no 3.º dia útil posterior ao do envio, devendo a cominação constar do ato de notificação.

7 - Na notificação por carta simples deve ser junta ao processo cópia do ofício de envio da notificação com a indicação da data da expedição e do domicílio para o qual foi enviada, considerando-se a notificação efetuada no 5.º dia posterior à data indicada, cominação que deve constar do ato de notificação.

8 - Sempre que o notificando se recusar a receber a notificação ou a assinar o aviso de receção, o agente certifica a recusa, considerando-se efetuada a notificação.

9 - Sempre que exista consentimento expresso do notificando ou do mandatário, as notificações podem ser efetuadas por correio eletrónico.

10 - Para efeitos do disposto no número anterior, considera-se consentimento expresso e informado a utilização, no procedimento respetivo, de correio eletrónico pelo notificando ou mandatário como meio de contactar a autoridade administrativa competente.(...)).».

Esta possibilidade de notificação por via de carta simples expedida para o domicílio ou sede do notificando de todos os atos do processo, designadamente das decisões de aplicação das medidas cautelares previstas no artigo 49.º; para o exercício do direito de defesa do arguido previsto no artigo 59.º e da decisão condenatória, nos termos e para os efeitos previstos nos artigos 64.º e 70.º (prazo para pagamento e/ou para interposição de recurso), poderá levantar questões de constitucionalidade por violação das garantias de defesa do arguido. Note-se que as medidas cautelares previstas são limitativas dos direitos e têm que ser impugnadas judicialmente no prazo de 20 dias a contar da notificação (cfr. artigo 53.º); e a decisão condenatória, conforme se dispõe no artigo 64.º n.º 3, «*contém ainda a ordem de pagamento da coima a efetuar no prazo de 15 dias após o carácter definitivo da mesma, sob pena da autoridade administrativa proceder à sua cobrança coerciva.*». Prevendo-se no artigo 65.º que: «*Da decisão condenatória da autoridade administrativa não impugnada judicialmente é extraída certidão de dívida, de acordo com os requisitos do artigo 163.º do Código de Procedimento e de Processo Tributário, procedendo-se à cobrança coerciva, em processo de execução fiscal, da competência da Autoridade Tributária e Aduaneira (AT).*». Por sua vez o prazo de interposição do recurso de impugnação judicial é de 30 dias, contados da data da notificação da decisão condenatória ao arguido, de acordo com o artigo 70.º.

Da conjugação das disposições legais citadas resulta que, nestes casos, os efeitos da notificação são de tal forma gravosos para o direito de defesa do cidadão que inexistência da garantia da sua efetivação, ou mesmo da sua atempada verificação, tem consequências demasiado irremediáveis para que se possa presumir a notificação feita no 5º dia da remessa da carta por via postal simples.

É verdade que o processo contraordenacional não tem que envolver tantas garantias de defesa para o arguido quanto o processo criminal (nomeadamente as previstas no artigo

32.º da CRP) ainda assim têm que ser assegurados o princípio da proporcionalidade na compressão dos direitos fundamentais em causa, previstos no artigo 18.º, n.º 2 e o direito fundamental do acesso a justiça previsto no artigo 20.º da CRP. Sendo certo que o direito contraordenacional é sancionatório e as coimas e as sanções acessórias aplicadas aos arguidos revestem, por diversas vezes, tanta ou mais penosidade para estes que as sanções penais.

Como explicita Inês Ferreira Leite sobre a «A autonomização do direito sancionatório administrativo, em especial, o direito contraordenacional» in e-book do Centro de Estudos Judiciários sobre o Regime Geral das Contra-Ordenações:

«O IMOS apresenta uma natureza híbrida, quer na ótica substantiva, quer nas suas concretizações processuais. Do ponto de vista substantivo, o IMOS integra um juízo de censura normativo-social do agente pela prática do ilícito, depende de um comportamento culposo (doloso ou negligente, praticado por alguém suscetível de um juízo de culpa), e implica a sujeição a uma sanção punitiva, com fins de prevenção geral e especial. Nesta ótica, existem razões de proximidade que explicam o recurso subsidiário às regras do Direito Penal. No entanto, não deixa de integrar também uma componente de desobediência a um determinado modelo de organização ou regulação administrativa, estando também em causa a tutela de valores organizacionais ou funcionais relacionados com o bom funcionamento das instituições do Estado.

No plano processual encontramos a mesma dualidade.

Numa primeira fase, trata-se essencialmente da atividade de entidades públicas, no exercício de poderes administrativos.

O processo contraordenacional é, na sua fase administrativa, ainda um processo tendente à prática de um ato administrativo: a decisão de aplicação da coima e, eventualmente, da sanção acessória.

Contudo, mesmo pensando na fase administrativa, porque se trata de uma sanção punitiva, existem certas garantias fundamentais que vão para lá das garantias do administrado. Porque se trata de sanções punitivas que podem alcançar uma gravidade considerável – mesmo que não se pense no impacto económico da coima, basta saber que existem sanções acessórias tão ou mais graves do que as penas acessórias previstas no Código Penal – as garantias do processo contraordenacional (na fase administrativa e no tribunal) não podem ser muito distantes das previstas para o processo penal.

A natureza híbrida do IMOS é algo que o caracteriza, independentemente do regime legal que esteja ocasionalmente em vigor, e que vincula quer o legislador, quer o julgador a ponderarem – em paralelo – as aspetos essenciais do Direito Administrativo e as garantias fundamentais do Direito Punitivo Público, máxime, do Direito Penal e Processual Penal.».

Numa outra perspetiva mas também salientando a necessidade de respeitar os princípios constitucionais no processo contraordenacional refere Fátima Reis Silva na Revista Julgar.: - “Um Olhar “Comercial” sobre o Direito Contra-Ordenacional”: *«O direito*

da mera ordenação social, nascido do crescente intervencionismo do Estado e como realização da visão do direito penal como *última ratio*, foi pensado entre nós como concretização do princípio da subsidiariedade, que pressupunham a sua autonomia e diferenciação.

A sua génese legislativa e evolução, porém, não só nunca concretizaram de forma plena esta autonomia como a foram minando, sendo o actual panorama de descaracterização do regime do ilícito de mera ordenação social e de aproximação vincada aos institutos e figuras do direito penal.

O alargamento das áreas de intervenção do direito contra-ordenacional, nomeadamente a áreas de grande complexidade quer técnica, quer económica, ditou a previsão de coimas com elevadas molduras abstratas e um leque variado de sanções acessórias aplicáveis. (...)

Foi da proteção dos direitos fundamentais que arrancou a tecitura jurídico-constitucional e temos um quadro muito completo, protector e protegido cuja aplicação nos procedimentos sancionatórios tem que ser feita respeitando as nossas regras internas, designadamente as que têm assento constitucional.(...).

De forma extramente clara afirma do Tribunal Constitucional no Acórdão n.º 632/2008 de 23-12-2008 «(...) O que seja o conteúdo rigoroso da proporcionalidade, textualmente referida na parte final do n.º 2 do artigo 18.º da Constituição, é questão suficientemente tratada pela jurisprudência do Tribunal.

Com efeito, e como se disse, por exemplo, no Acórdão n.º 634/93 (referido também no Acórdão n.º 187/2001), a ideia de proporção ou proibição do excesso - que, em Estado de direito, vincula as acções de todos os poderes públicos - **refere-se fundamentalmente à necessidade de uma relação equilibrada entre meios e fins: as acções estaduais não devem, para realizar os seus fins, empregar meios que se cifrem, pelo seu peso, em encargos excessivos (e, portanto, não equilibrados) para as pessoas a quem se destinem.** Dizer isto é, no entanto, dizer pouco. Como se escreveu no Acórdão n.º 187/2001 (ainda em desenvolvimento do Acórdão n.º 634/93):

«O princípio da proporcionalidade desdobra-se em três subprincípios:

Princípio da adequação (as medidas restritivas de direitos, liberdades e garantias devem revelar-se como um meio para a prossecução dos fins visados, com salvaguarda de outros direitos ou bens constitucionalmente protegidos);

Princípio da exigibilidade (essas medidas restritivas têm de ser exigidas para alcançar os fins em vista, por o legislador não dispor de outros meios menos restritivos para alcançar o mesmo desiderato);

Princípio da justa medida ou proporcionalidade em sentido estrito (não poderão adoptar-se medidas excessivas, desproporcionadas para alcançar os fins pretendidos).»

A esta definição geral dos três subprincípios (em que se desdobra analiticamente o princípio da proporcionalidade) devem por agora ser acrescentadas, apenas, três precisões. A primeira diz respeito ao conteúdo exacto a conferir ao terceiro teste enunciado, comumente designado pela jurisprudência e pela

doutrina por proporcionalidade em sentido estrito ou critério da justa medida. O que aqui se mede, na verdade, é a relação concretamente existente entre a carga coactiva decorrente da medida adoptada e o peso específico do ganho de interesse público que com tal medida se visa alcançar. Ou, como se disse, ainda, no Acórdão n.º 187/2001, «[T]rata-se [...] de exigir que a intervenção, nos seus efeitos restritivos ou lesivos, se encontre numa relação 'calibrada' - de justa medida - com os fins prosseguidos, o que exige uma ponderação, graduação e correspondência dos efeitos e das medidas possíveis».

A segunda precisão a acrescentar é relativa à ordem lógica de aplicação dos três subprincípios, que se devem relacionar entre si segundo uma regra de precedência do mais abstracto perante o mais concreto, ou mais próximo (pelo seu conteúdo) da necessária avaliação das circunstâncias específicas do caso da vida que se aprecia. Quer isto dizer, exactamente, o seguinte: o teste da proporcionalidade inicia-se logicamente com o recurso ao subprincípio da adequação. Nele, apenas se afere se um certo meio é, em abstracto e enquanto meio típico, idóneo ou apto para a realização de um certo fim. A formulação de um juízo negativo acerca da adequação prejudica logicamente a necessidade de aplicação dos outros testes. No entanto, se se não concluir pela inadequação típica do meio ao fim, haverá em seguida que recorrer ao exame da exigibilidade, também conhecido por necessidade de escolha do meio mais benigno.

É este um exame mais «fino» ou mais próximo das especificidades do caso concreto: através dele se avalia a existência - ou inexistência - , na situação da vida, de várias possibilidades (igualmente idóneas) para a realização do fim pretendido, de forma a que se saiba se, in casu, foi escolhida, como devia, a possibilidade mais benigna ou menos onerosa para os particulares. Caso se chegue à conclusão de que tal não sucedeu - o que é sempre possível, já que pode haver medidas que, embora tidas por adequadas, se não venham a revelar no entanto necessárias ou exigíveis - , fica logicamente prejudicada a inevitabilidade de recurso ao último teste de proporcionalidade.

A terceira precisão a acrescentar relaciona-se com a particular dimensão que não pode deixar de ter o juízo de proporcionalidade (na sua acepção ampla), quando aplicado às decisões do legislador. Afirmou-se atrás que o princípio em causa vale, em Estado de direito, para as acções de todos os poderes públicos. Quer isto dizer que ele se aplicará tanto aos actos da função administrativa quanto aos actos da função legislativa, pois que, em qualquer caso, não pode o Estado (actuando através dos seus diferentes poderes) empregar meios que se revelem inadequados, desnecessários ou não «proporcionais» face aos fins que pretende prosseguir.»

Feitas estas considerações, tendo presente as garantias de defesa do arguido e o princípio da proporcionalidade, afigura-se ser de alertar para os perigos da previsão da notificação por carta simples das decisões de aplicação de medidas cautelares, da decisão condenatória e para o exercício do direito de defesa do arguido, sendo que o fim da celeridade do processo não pode justificar essa via.

Sem conceder, a se entender ser de manter este modo de notificação, não obstante os perigos enunciados, sempre se dirá que seria necessário, advertir o cidadão que o domicílio ou sede do que conste no registo organizado pela entidade competente para concessão de autorização ou licença de atividade ou, subsidiariamente, o que conste dos autos de contraordenação ou que tenha sido indicado pelo arguido serão os considerados para efeito de qualquer notificação posterior e que esta pode ser realizada até por carta simples para aquela morada.

4. Conclusões

O projeto legislativo em causa dá corpo a legítimas opções de política legislativa.

Nas matérias que respeitam à prática judiciária, o CSM apresenta, em relação às matérias sobre as quais foi solicitado parecer, as observações *supra* exaradas, salientando que algumas das modificações preconizadas, tal como redigidas em diploma, podem, na prática, acarretar maiores problemas do que aqueles a que procuram dar resposta.

Assim, sem prejuízo da superior consideração de Vossa(s) Excelência(s), com vista ao aprimoramento do diploma legislativo em questão, sugere-se sejam tomadas em conta as considerações e sugestões *supra* assinaladas.

Lisboa, 19 de dezembro de 2020

Graça Pissarra, Adjunta do GAVPM

Sofia Wengorovius, Adjunta do GAVPM