

**O DIREITO DE DEFESA
NOS PROCESSOS DE CONTRA-ORDENAÇÕES
RODOVIÁRIAS: DOIS OLHARES SOBRE O ART. 173.º
DO CÓDIGO DA ESTRADA**

*Ana Marta Crespo
Ana Rita Gil**

1. OBJECTO DO PRESENTE ESTUDO

O Decreto-Lei n.º 44/2005, de 23 de Fevereiro, introduziu uma inovadora redacção no art. 173.º do Código da Estrada, ao determinar que o pagamento voluntário da coima nos processos de contra-ordenações estradais se realiza no acto de cometimento da contra-ordenação. Passou este normativo a estipular ainda que, pretendendo o arguido apresentar defesa face ao ilícito que lhe é imputado, deverá em contrapartida prestar caução no montante da coima, sendo que, no caso de não o fazer, ser-lhe-ão apreendidos os documentos respeitantes ao condutor ou ao veículo. Perante esta norma inovadora, em que é notória a preocupação com a eficácia dos meios para o alcance dos fins administrativos em vista (seja de segurança rodoviária ou fins verdadeiramente economicistas), cabe perguntar de que forma foram garantidos os fundamentais direitos de defesa ao arguido, sujeito deste processo contra-ordenacional.

É esse o objecto do presente artigo, que será composto por duas partes, uma vez que a actividade processual das autoridades administrativas no âmbito do Direito das contra-ordenações é também uma actividade de dupla natureza. Ela é, na sua essência, uma actividade administrativa, pois tende a uma pronúncia administrativa destinada a alcançar fins também administrativos, mas reveste contornos de uma

* Docentes da Escola Superior de Tecnologia e Gestão do Instituto Politécnico de Leiria.

actividade de natureza *parajudicial*¹, em que existe a maior necessidade de específicas garantias para arguido.

Assim sendo, esta actividade recebe influências e contributos de cada um destes ramos do Direito: o Direito Procedimental Administrativo, pela sua natureza, e o Direito Processual Penal, pelas garantias oferecidas ao arguido, sujeito destes processos.

Visando o presente estudo uma problemática específica respeitante à disciplina jurídica das contra-ordenações, em especial o direito de Defesa nas contra-ordenações estradais, este não poderia ficar completo, pois, se não se olhasse para os dois ramos jurídicos que o enformam e o inspiram. Optou-se, assim, por procurar respostas nas fontes primárias deste ramo jurídico, para com elas se poder olhar a solução que hoje o Código da Estrada consagra.

2. AS GARANTIAS DO PROCESSO PENAL

2.1. A especificidade do Direito Contra-ordenacional: diferenciação relativamente ao Direito Penal.

Num Estado de Direito (art. 2.º da Constituição da República Portuguesa – CRP), a função última do Direito Penal é a protecção de bens jurídicos que careçam de tutela penal. Efectivamente, nem todas as violações de normas jurídicas constituem ilícitos criminais, porquanto apenas alguns desses bens jurídicos têm dignidade penal, como será o caso dos bens jurídicos vida, património, honra, etc.². No entanto, além dos ilícitos civis, há ainda condutas que são tidas pela sociedade e, portanto, pelo Direito, como socialmente intoleráveis e que, apesar disso, não têm dignidade penal, tendo assim surgido a necessidade de delimitar uma nova área de punição com o ilícito de mera ordenação social ou

¹ A expressão é de António Leones Dantas. Cfr. DANTAS, António Leones, “Considerações sobre o processo das contra-ordenações – a fase administrativa”, in *Revista do Ministério Público*, Lisboa, a.16, n.61 (Jan.-Mar. 1995), pp. 103-119.

² Acompanhamos aqui Figueiredo Dias quando refere que “a violação de um bem jurídico não basta por si para desencadear a intervenção penal, antes se requerendo que esta intervenção seja absolutamente indispensável à livre realização da personalidade de cada um na comunidade. Nesta precisa aceção o direito penal constitui, na verdade, uma *ultima ratio*” – DIAS, Figueiredo, *Direito Penal – questões fundamentais, a doutrina geral do crime*, Universidade de Coimbra, Faculdade de Direito, 1996, p. 66.

contra-ordenacional, com ressonância inclusivamente a nível constitucional (arts. 165.º, n.º 1, al. d), e 282.º, n.º 3, da CRP).

Com efeito, em Portugal, deixadas para trás as contravenções com inspiração no Código Napoleónico, desde 1982 que a área das contra-ordenações ganhou fôlego, através do Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de Outubro, com o crescente intervencionismo do Estado Social, que alargou a sua acção a domínios como o ambiente, a saúde, a economia, os problemas rodoviários, entre outros.

O domínio das contra-ordenações não pode mais ser visto como uma área para pequenos delitos penais uma vez que, como adiante se verá, as diferenças entre contra-ordenação (art. 1.º do *supra* referido Diploma legal) e crime (art. 1.º, n.º 1, al. a), do Código de Processo Penal) são evidentes³, afirmando-se assim uma autonomia dogmática e também prática destes dois regimes. Nem tão pouco se pode deixar que o próprio Direito Penal, na prática dos Tribunais se “automobilize”, como, segundo as Estatísticas da Justiça mais recentes, tem vindo a acontecer...

Resulta à evidência, desde logo, uma diferença entre Direito Penal e Ilícito de mera ordenação social que reside na *natureza do ilícito*.

Efectivamente, ao ilícito penal associam-se condutas axiologicamente relevantes (ninguém duvidará da pertinência da afirmação precedente quando se fala de crimes contra a vida como o homicídio⁴, crimes contra a propriedade como o furto⁵, entre outros). Já no domínio do ilícito de mera ordenação social não há uma ligação entre a conduta e tal valoração, não há ressonância ética⁶, ou seja, à conduta teremos sempre de somar outro elemento: a proibição legal⁷.

³ Apesar de alguns autores sustentarem não existir diferença essencial entre crime e contra-ordenação, como é o caso de Manuel Cavaleiro Ferreira. Cfr. FERREIRA, Manuel Cavaleiro, *Lições de Direito Penal*, p. 107 e ss. Tal posição é, porém, minoritária.

⁴ Cfr. art. 131.º do Código Penal.

⁵ Cfr. art. 203.º do Código Penal.

⁶ Diz-nos o Professor Figueiredo Dias: «Necessário é sim que a perspectiva da “indiferença ética” se dirija, não imediatamente aos ilícitos – que supõem já realizada a valoração legal, mas às condutas que os integram. Nada tolhe o passo à distinção entre condutas a que, antes e independentemente do desvalor da ilicitude, corresponde, e condutas a que não corresponde mais amplo desvalor moral, cultural ou social. A conduta em si mesma, independentemente da sua proibição legal, é no primeiro caso axiologicamente relevante, no segundo, axiologicamente neutra.». Cfr. DIAS, Jorge de

Cedo se evidenciou esta fronteira entre Direito Penal e Direito Contra-ordenacional. Já FEURBACH aduzia que as então contravenções seriam uma violação do Direito objectivo, por oposição aos crimes que lesariam bens jurídicos ou interesses. Também BINDING via nos crimes uma lesão de bens jurídicos e nas então contravenções uma mera desobediência ao comando do legislador⁸. O próprio preâmbulo do Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de Outubro, sublinhou de modo claro esta diferença: “manteve-se, outrossim, a fidelidade à ideia de fundo que preside à distinção entre crime e contra-ordenação. Uma distinção que não esquece que aquelas duas categorias de ilícito tendem a extremar-se, quer pela natureza dos respectivos bens jurídicos quer pela desigual ressonância ética. Mas uma distinção que terá, em última instância, de ser jurídico-pragmática e, por isso, também necessariamente formal”.

Mas se a natureza do ilícito é distinta, menos não se diga quanto à natureza da sanção.

O Direito Penal é a *ultima ratio* dos ramos do Direito⁹, vale isto por dizer que o Direito Penal apenas cobre com o seu manto punitivo aquelas condutas que não podem ser suficiente e adequadamente punidas por outros ramos do Direito. A tal consideração não é alheio o carácter drástico das sanções penais, quer aquelas que se aplicam a agentes com culpa (penas), quer aquelas que se aplicam aos agentes perigosos (medidas de segurança), sobretudo quando nos referimos às penas principais: pena de prisão e pena de multa. Já no ilícito de mera ordenação

Figueiredo, “O Movimento de Descriminalização e o Ilícito de Mera Ordenação Social”, in *Jornadas de Direito Criminal, o novo Código Penal Português e Legislação Complementar*, Centro de Estudos Judiciários, p. 315 e ss.

⁷ Não olvidemos, no entanto, que apesar de tal distinção em abstracto ser fácil de delimitar como se de fronteiras completamente definidas se tratasse, a verdade é que o limiar entre contra-ordenação e crime é, não raras vezes, bem pequeno e meramente quantitativo (*verbi gratia*, o caso do crime de condução em estado de embriaguez previsto no art. 292.º do Código Penal para agentes que conduzam com uma TAS igual ou superior a 1,2 gr. de álcool por litro de sangue por comparação à contra-ordenação grave e muito grave para agentes que conduzam com uma TAS até 1,2 – arts. 145.º, n.º 1, al. l), e 146.º, n.º 1, al. j), do Código da Estrada na versão dada pelo Decreto-Lei n.º 44/2005, de 23 de Fevereiro

⁸ BINDING, *Normen I*, 313 e ss., apud CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal I*. Coimbra, Livraria Almedina, 1999, p. 214.

⁹ Cfr. o princípio da subsidiariedade do Direito Penal ínsito no art. 18.º, n.º 2 da Lei Fundamental.

social a sanção é patrimonial: a coima¹⁰, que se justifica muito mais à luz de critérios de prevenção do que de culpa.

Assim, a coima consubstancia-se numa advertência que o Direito faz ao agente, não se conotando tal advertência, pelo menos em abstracto, com considerações sobre a personalidade do agente. Isto é, faltará na sanção contra-ordenacional o *pathos* ético que existe na censura penal.

Ademais das diferenças quanto à natureza do ilícito e à natureza da sanção, uma leitura atenta do Decreto-Lei n.º 433/82 levar-nos-á a destacar algumas especificidades processuais relativamente ao Processo Penal¹¹.

A título meramente exemplificativo, poder-se-ia referir que são as autoridades administrativas que têm competência para aplicação de contra-ordenações (art. 33.º do Decreto-Lei n.º 433/82), ao passo que as penas e medidas de segurança apenas podem ser aplicadas por um juiz.

Por outro lado, atente-se na importância dogmática e prática de que se reveste uma figura constante deste regime contra-ordenacional, não existente no Direito Penal: o pagamento voluntário da coima (art. 50.º-A do predito diploma legal).

Ressalte-se ainda a diferença existente naquelas situações em que o arguido não cumpre uma coima *versus* o não cumprimento de uma pena de multa: de acordo com art. 89.º do Decreto-Lei n.º 433/82, se o arguido não pagar a coima a que foi condenado, será promovida execução, atacando-se os bens do condenado, ao passo que, no incumprimento de uma pena de multa, as consequências são bem mais dramáticas e residem na conversão dessa multa em prisão subsidiária, nos termos descritos pelo art. 49.º do Código Penal.

Numa perspectiva prática, muitas outras normas do Regime Geral das Contra-Ordenações mereceriam um olhar mais atento, sobretudo

¹⁰ A moldura da coima está hoje fixada para pessoas singulares entre €3,74 e €3740,98 e para pessoas colectivas até € 44891,81 (art. 17.º do Decreto-Lei n.º 433/82). Os critérios para determinação da medida da coima dentro de tais molduras constam do art. 18.º do mesmo Diploma legal.

¹¹ Bem sabemos que o Regime Geral das Contra-ordenações (Decreto-Lei n.º 433/82) apenas se aplica quando não haja previsão na contra-ordenação em especial (por exemplo, o Código da Estrada nas contra-ordenações rodoviárias), e que os Códigos Penal e de Processo Penal se aplicam ainda subsidiariamente na falta de previsão no referido Regime Geral das Contra-Ordenações (arts. 32.º e 41.º do Decreto-Lei n.º 433/82, de 23 de Outubro)

aquelas que tratam das prescrições (arts. 27.º e 29.º do diploma legal mencionado *supra*) e, bem assim, a norma motivadora deste texto, sobre o direito de audiência e defesa do arguido (art. 50.º do mesmo diploma), ou ainda a distinção entre fase administrativa e judicial do processo contra-ordenacional¹². Não obstante, não nos deteremos mais sobre as mesmas devido à parcimónia a que a natureza deste texto nos obriga¹³.

Como resulta à saciedade, esta área das contra-ordenações tem transparecido uma enorme relevância prática e tem conhecido notáveis desenvolvimentos (aliás o próprio Decreto-Lei de 82 já sofreu diversas alterações, como as das redacções dadas pelos Dec-lei n.º 356/89, de 17 de Outubro, e Decreto-Lei n.º 244/95, de 14 de Setembro). Apesar da bondade do regime e do seu aumento quanto ao âmbito de aplicação, certo é também que o mesmo desanuvia os Tribunais (embora tenhamos ecos de que algumas entidades administrativas não estarão, desse ponto de vista, em melhor estado que os Tribunais) e, não sejamos ingénuos, o Estado obtém por aqui aquilo a que SÉRGIO PASSOS se refere como um “não menosprezável meio de receita”¹⁴.

É ainda de prever que, com o movimento da descriminalização¹⁵, continue esta área do Direito a incrementar o seu campo de actuação. Já

¹²Não pode deixar de se referir o Acórdão do STJ n.º 1/2003, de 21 de Janeiro, já que o seu surgimento se deveu a estas especificidades processuais do processo contra-ordenacional, sobretudo quanto à necessidade de indicação, logo aquando da notificação para defesa, do tipo de culpa que se quer imputar, o que trará consequências ao cabal exercício de defesa.

¹³Não deixemos, no entanto, de referir que nem tudo neste regime das contra-ordenações é pacífico como pode resultar de um olhar menos atento... Com efeito, há críticas que vêm sendo feitas: “Parece-nos que o regime vigente em matéria de Contra-ordenações é inadequado, por excessivamente garantístico, sendo de recear que em razão da sua ineficácia se seja tentado a limitar as garantias necessárias ao Direito Penal *stricto sensu*, quando o que parece aconselhável é a adequação do direito de mera ordenação social como instrumento de intervenção simplificado, reconduzindo-o aos parâmetros anunciados no relatório preambular do DECRETO-LEI n.º 433/82 de 27 de Outubro”. Cfr. SILVA, Germano Marques, *Direito Penal Português, parte geral I – introdução e teoria da lei penal*, Verbo, 2001. p. 158.

¹⁴PASSOS, Sérgio, *Contra-ordenações – anotações ao Regime Geral*, Almedina, 2004, contra-capa.

¹⁵Movimento de descriminalização este aliás reclamado por muitas vozes. Veja-se a opinião de ALBUQUERQUE, Paulo Pinto, “Seis teses sobre a Reforma do Processo Penal”, in *Interrogações à Justiça*, Tenacitas, p. 411: “Só com a implementação deste

em 1989/1990, FIGUEIREDO DIAS nos dava conta deste previsível incremento quando narrava que “Neste plano, um operador importante é sem dúvida constituído pelo processo legal-social de descriminalização, que encontrará no domínio do direito penal secundário um campo de eleição”¹⁶.

2.2. Considerações sobre o art. 173.º do Código da Estrada

Dando então por adquirida a relevante diferenciação entre Direito Penal e Direito Contra-ordenacional, é nosso desiderato mais particular, atentar no pulsar da específica área das contra-ordenações rodoviárias e, dentro destas, na redacção dada ao actual art. 173.º do Código da Estrada, que de modo inovador estipula que o pagamento voluntário da coima deverá ser efectuado no acto da verificação da contra-ordenação (n.º 1), sendo também possível fazer depósito (n.º 2 do mesmo preceito legal), sob pena de serem apreendidos os documentos do veículo. Efectivamente, no regime legal anterior, no acto de contra-ordenação era “lavrado” um auto ao arguido que o informava sobre o prazo para pagar voluntariamente ou para se defender.

Afigurou-se-nos assim pertinente a discussão deste preceito porquanto muitas vozes ecoaram no sentido de o preceito aludido vir restringir de modo desproporcional e até inconstitucional o direito de defesa do arguido, estando assim o mote lançado para a presente, ainda que tímida, reflexão.

A ideia hoje contida no predito art. 173.º do Código da Estrada¹⁷ poder-se-ia reduzir ao seguinte brocardo: “pague primeiro, defenda-se depois!”. Temos então, de um lado, a autoridade administrativa a quem compete impor decisões relativas a contra-ordenações e, do outro lado, os defensores que poderão ser chamados pelo arguido a defender-se da

programa de descriminalização e de descarcerização se pode almejar a concretização de uma reforma significativa e duradoura do processo penal.” Veja-se, de resto, face a tal desiderato, a recente descriminalização do cheque de valor não superior a 150 € (Lei n.º 48/2005, de 29 de Agosto).

¹⁶Dias, Jorge de Figueiredo, “Para uma dogmática do direito penal secundário. Um contributo para a reforma do direito penal económico e social português”, in *Direito e Justiça – Revista da Faculdade de Direito da Universidade portuguesa*, vol. IV, Almedina

¹⁷Cuja redacção actual é a dada pelo Decreto-Lei n.º 44/2005, de 23 de Fevereiro.

aplicação da coima e sanção acessória¹⁸ aplicadas. Esta discussão ganha tanta mais pertinência quanto é certo que ainda se não dispõe, dada a juventude das normas em causa, de sedimentada Doutrina ou Jurisprudência que nos iluminem no caminho a trilhar.

Parece que, não obstante a “garantia de cumprimento” ínsita no art. 173.º do Código da Estrada, o princípio do contraditório tem vindo a ser formalmente assegurado. Efectivamente, várias são as opções do arguido em caso de ser autuado.

Assim, o arguido que quiser fazer o pagamento voluntário fá-lo logo no acto da contra-ordenação (art. 173.º, n.º 1, do Código da Estrada), mas a verdade é que quem se quer defender terá sempre a hipótese pagar o mínimo da coima também no acto da contra-ordenação, mas apenas a título de depósito, sendo-lhe tal quantia depois devolvida caso a defesa proceda (n.º 2 do mesmo preceito) ou convertendo-se em pagamento caso a defesa não proceda ou não seja apresentada (n.º 6). Naqueles casos em que o arguido se recuse a pagar, seja a título de pagamento voluntário da coima, seja a título de depósito, poderá contar com a apreensão dos documentos previstos no n.º 4 do já bastas vezes referido art. 173.º, sendo-lhe emitidas guias de substituição (renováveis) até à conclusão do processo contra-ordenacional (n.º 5).

E, se assim é, esta nova redacção do art. 173.º do Código da Estrada, sendo certo que compele ao pagamento, não obsta a que o arguido se possa defender eficazmente e no tempo adequado, nem deve ser entendido como ilegal por violação do art. 50.º do Regime Geral das Contra-Ordenações e menos ainda formalmente inconstitucional por violação do art. 32.º da CRP, em especial no seu número 10.

De resto, não olvidemos que há duas fases neste processo: a fase administrativa e a fase judicial. Com efeito, além de o art. 50.º do Regime Geral das Contra-Ordenações prever a defesa, ainda que posterior ao pagamento voluntário ou depósito (ou até apreensão de documentos), certo é que o direito de defesa não se esgota na fase administrativa. Como bem referem ANTÓNIO DE OLIVEIRA MENDES e JOSÉ DOS SAN-

¹⁸Nos termos do disposto no art. 147.º do Código da Estrada, a sanção acessória em processo contra-ordenacional rodoviário é a sanção de inibição de conduzir de um mês a um ano nas contra-ordenações classificadas pelo Código como graves (art. 145.º do Código da Estrada) e de dois meses a dois anos nas contra-ordenações tidas como muito graves (art. 147.º do Código da Estrada).

TOS CABRAL, “[o] arguido tem o direito de se pronunciar sobre a contra-ordenação e sobre a sanção ainda na fase administrativa”¹⁹. O arguido, discordante com a decisão administrativa tem sempre a hipótese de recurso para os Tribunais Judiciais²⁰, aliás, previsto em termos rodoviários no art. 186.º do Código da Estrada. E, se assim é, de um ponto de vista formal, parece não se ter restringido, de modo ilegal e inconstitucional, o direito de defesa do arguido.

Mas se vimos acentuando que do ponto de vista formal não nos parece que se possam levantar objecções de fundo à constitucionalidade das normas do art. 173.º do Código da Estrada, já o mesmo não podemos dizer do ponto de vista material uma vez que se entra no domínio de condenações sem um processo contraditório!

Efectivamente, a eficácia do sistema não pode ser o único fito do sistema contra-ordenacional estradal... O próprio processo penal apenas almeja a verdade material não como fim obtido a todo o custo, mas apenas quando possa a predita verdade material ser obtida de modo processualmente válido. Num piscar de olhos ao art. 126.º do Código de Processo Penal, é isto que leva o nosso ordenamento a proibir sob pena de nulidade a obtenção de provas sob tortura, coacção, hipnose e outros modos de perturbação de vontade, de cuja eficácia na obtenção na verdade ninguém duvidaria... Também, no domínio contra-ordenacional, *mutatis mutandis*, se almeja a eficácia do sistema, mas tal não deve coibir-nos de exigir um processo contraditório para tanto. Assoma-nos, no entanto, o receio de com este art. 173.º do Código da Estrada se poder estar a retroceder quanto aos direitos do arguido e à exigência liberal de um processo para que alguém possa ser imposta uma sanção.

Com efeito, não podemos deixar de falar numa colisão entre dois pólos: de um lado, a eficácia, celeridade, perspectiva económica e dissuasora da defesa do sistema e, do outro, os princípios do contraditório e da presunção de inocência (art. 32.º, n.º 2, da CRP) e da culpa (embora uma culpa mais causal que ética).

¹⁹ Cfr. Citação completa *Notas ao regime geral das contra-ordenações e coimas*, Almeida, p. 139.

²⁰ Recordemo-nos a este propósito de uma questão muito importante nesta sede que é a da inversão do ónus da prova. Com efeito, o auto faz fé em juízo, o que vale por dizer que é o cidadão que deverá demonstrar que os factos constantes daquele são falsos não o contrário...

De facto, ao pagar no acto da contra-ordenação poder-se-á ceder à tentação de retirar ilações, embora abusivas, de um reconhecimento tácito de culpa pelo infractor quanto à mesma... Mesmo do ponto de vista do princípio do Estado de Direito Democrático (art.2.º da C.R.P.) e das imposições do art. 32.º, n.º 10, da CRP, talvez devamos ser mais exigentes que o legislador do art. 173.º do Código da Estrada. Referem SIMAS SANTOS e JORGE LOPES DE SOUSA que “[o] arguido tem direito a pronunciar-se não só sobre os factos que lhe são imputados mas também sobre o seu enquadramento jurídico e sobre a sanção ou sanções que lhe podem ser aplicadas, como resulta do texto do artigo (art. 50.º do Regime Geral das Contra-Ordenações, acrescimo nosso) ao referir o direito de se pronunciar sobre a contra-ordenação que lhe é imputada e sobre a sanção ou sanções em que incorre. A possibilidade de exercício deste direito supõe que seja feita comunicação ao arguido, antes da decisão administrativa de aplicação das sanções, sobre quais os factos que lhe são imputados, o enquadramento jurídico dos mesmos e a sanção ou sanções que a autoridade administrativa competente para aplicar a coima entende serem aplicáveis”²¹. Não vemos como tal possa ser respeitado em toda a sua extensão com a nova redacção do art. 173.º do Código da Estrada.

Como bem refere LOPES DO REGO, comentando o Acórdão n.º 59/95 do Tribunal Constitucional onde se referia o progressivo alargamento das garantias do direito penal ao direito disciplinar, “[t]al fenómeno e extensão a todo o direito sancionatório público de certas garantias do processo penal é identicamente verificável no domínio dos direitos contra-ordenacional e contravencional”²². Também outros Acórdãos, como o Acórdão n.º 442/94 sublinham assertivamente a necessidade de uma actuação do contraditório antes de decisões concretas. O art. 173.º do Código da Estrada é, neste contexto, de modo metafórico, um barco a velejar contra o vento das tendências doutrinárias e jurisprudenciais da defesa dos direitos do arguido.

Urge assim devolver aos princípios do contraditório e da presunção de inocência a sua dignidade originária nesta sede²³ e, bem assim,

²¹ *Contra-ordenações – anotações ao regime geral*, Vislis, 2002, p. 308.

²² “Alguns Problemas constitucionais do direito das contra-ordenações”, in *Questões Laborais*, Coimbra, a. 8, n.17, 2001, p.12-25.

²³ Podemos ler em RODRIGUES, Cunha, “Sobre o princípio de igualdade de armas”, in

reflectir sobre a defesa do arguido que ANABELA RODRIGUES já apelidou de “garantia constitucional em perigo no *Admirável Mundo Novo*”²⁴...

3. AS GARANTIAS DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO

3.1. Da Legitimidade das autoridades administrativas para aplicar sanções

O art. 205.º da CRP confia a função de *reprimir a violação da legalidade democrática* aos tribunais.

Poder-se-ia questionar, numa perspectiva apriorística da *vexata quaestio*, da legitimidade da Administração para aplicar sanções aos particulares. Tal questão tem sido amplamente debatida pela doutrina²⁵, que tem vindo a chegar a respostas unânimes sobre a mesma.

De facto, como refere ROSENDO DIAS JOSÉ, “a CRP não diz que a aplicação de sanções por via administrativa seja administração da justiça e não o é de facto. Nem diz que a aplicação de sanções é exclusivamente efectuada através de tribunais”. De facto, também à Administração Pública incumbe aplicar a Lei a factos individuais e concretos, desde que não interfira na esfera própria de actuação dos tribunais²⁶.

Revista Portuguesa de Ciências Criminais, ano 1.º, fasc.1, 1991, p.77 e ss: “Igualdade de armas significa a atribuição á acusação e à defesa de meios jurídicos igualmente eficazes para tornar efectivos aqueles direitos. O que tendo em conta o lastro histórico relativo à evolução da opinião jurídica sobre o problema conduzirá a que o princípio funcione normalmente como sensor de maior ou menor grau com que, na prática, se efectivam as garantias de defesa”.

²⁴ In “A defesa do arguido : uma garantia constitucional em perigo no admirável mundo novo”, *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, Coimbra, a.12n.4 (Out.-Dez. 2002), p. 549-571

²⁵ Cfr., *inter alia*, JOSÉ, Dias Rosendo, “Sanções Administrativas”, in *Revista de Direito Público*, Lisboa, a.5, n.º 9, pp. 37-64, e SUNDFELD, Carlos Ari, “A Defesa nas Sanções Administrativas”, in *Revista Forense*, Rio de Janeiro, a.83, v.298 (Abril-Jun. 1987), p.99-106.

²⁶ Não é este o local indicado para debater a diferença entre Administração e Jurisdição. Segundo a lição de Afonso Queiró, o acto jurisdiccional tem como fim imediato a resolução de uma questão de direito. Já a actividade administrativa visará a produção de um resultado prático que não se esgota nessa resolução. No caso dos actos sancionatórios aqui em causa, o que se visará será, por exemplo, assegurar a segurança rodoviária, e

Outra coisa não o faz quando emana actos administrativos, mesmo que discricionários²⁷. O Tribunal Constitucional já se pronunciou sobre esta questão no Acórdão n.º 158/92²⁸, no sentido de afastar resistências à mesma.

3.2. Condições de legitimidade da aplicação de sanções pelas autoridades administrativas

Ao aceitar-se a legitimidade da Administração para aplicar sanções, há que questionar de que forma se protegerão os cidadãos, desprovidos de poderes semelhantes aos das autoridades administrativas, de forma que não sejam esmagados pela obsessão administrativa pela eficácia, transformando-se em simples objectos da actuação. Tal questão é tão mais relevante quando inexistente, no proceder administrativo, um processo de partes paritárias perante um terceiro imparcial decisor.

A legitimidade sancionatória é garantida por duas ordens de exigências. Desde logo, a garantia efectiva do recurso jurisdicional dessas decisões²⁹. Por outro lado, para o que aqui nos interessa, a garantia de que, em primeiro lugar, a aplicação de tais sanções só se efectivará após um Procedimento Administrativo, cuja existência é, em si, logo a primeira garantia (1) e de que, em segundo lugar, a tramitação do mesmo será pautada, por sua vez, de específicas garantias, das quais se destaca o direito de audiência (2). Será na análise destas últimas que nos iremos deter seguidamente.

não resolver a questão de direito em si, sendo a esta apenas um pressuposto que justifica a iniciativa da Administração Pública em actuar. Cfr., QUEIRÓ, Afonso Rodrigues, "A Função Administrativa", in *Revista de Direito e Estudos Sociais*, ano XXIV (1977), n.1-2-3.

²⁷ Mesmo a actividade discricionária tem momentos vinculados, de acordo com uma interpretação actual do princípio da legalidade da administração. A actividade administrativa é uma actividade jurídica secundária, no sentido de aplicação de normas jurídicas, daí que hoje o sentido da palavra "jurisprudência" enquanto Fonte de Direito se alargue para abranger a actividade prática de revelação de normas jurídicas também por parte da Administração.

²⁸ Cfr. Acórdãos do TC, 21.º vol., p. 713.

²⁹ Daí que o processo de contra-ordenações seja normalmente caracterizado por ser dividido em duas fases: a fase administrativa, tendente à aplicação da coima pela autoridade administrativa, e a fase da impugnação, em que se efectiva esta garantia de tutela jurisdicional.

3.2.1. Da Existência de um Procedimento Administrativo

A existência de um Procedimento Administrativo justo é, para GOMES CANOTILHO³⁰, uma das vertentes de um princípio concretizador do princípio do Estado de Direito - o princípio da protecção jurídica e das garantias processuais.

Como refere SUNDFELD³¹, no Direito privado, o *iter* de formação da vontade dos indivíduos não é juridicamente regulado, podendo estes seguir o percurso que pretendam para as suas decisões. Ora, o mesmo já não se passa para os agentes da Administração Pública nos Procedimentos Administrativos sancionadores. Estes desempenham, ao contrário dos particulares, poderes em nome de uma finalidade que lhes é estranha – o Interesse Público³² –, e, por outro lado, da sua actividade derivam actos administrativos sancionatórios, que afectam unilateralmente os particulares. Assim, o Procedimento aparece como uma contrapartida à autoridade e unilateralidade do acto sancionador.

À existência de Procedimento Prévio têm sido apontadas as mais diversas funções, das quais destacaremos a de obrigar a Administração a decidir ponderadamente, tomando em conta todas as informações que possa recolher. Regula-se através da existência de Procedimento a formação da vontade da Administração, para que sejam tomadas decisões justas, legais e oportunas. Mas visa-se ainda salvaguardar os direitos subjectivos e os interesses legítimos dos particulares, impondo à Administração todas as cautelas para que eles sejam tomados em conta e respeitados ou, quando hajam de ser sacrificados, para que não o sejam de forma ilegal ou excessiva. Interessante é a posição de SUNDFELD, que defende servir também a eficiência administrativa contra o próprio agente decisor³³.

³⁰ Cfr. CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2ª Edição, Coimbra, Almedina, p. 266.

³¹ SUNDFELD, Carlos Ari, “A Defesa ...”, *cit.*, p. 609.

³² Daí que consideremos, como Pedro Machete, que a Administração Pública não é “parte” no Procedimento, uma vez que esta se encontra vinculada à prossecução do Interesse Público e ao respeito da legalidade, que imporão à Administração uma necessária posição de objectividade. Cfr. MACHETE, Pedro, *A Audiência dos Interessados no Procedimento Administrativo*, Universidade Católica Portuguesa Editora, 1ª Edição, Lisboa, 1995, p. 75 ss.

³³ *Op. cit.*, p. 612.

O Regime Geral das Contra-Ordenações e Coimas consagra, em cumprimento desta exigência, a existência de um *iter* procedimental extremamente regulado, que corresponde à fase administrativa do processo contra-ordenacional³⁴.

Apesar desta dimensão garantística, não nos podemos esquecer que o Procedimento Administrativo vive da tensão constante entre a eficiência administrativa e a garantia dos particulares, sendo do equilíbrio de ambas que nasce a decisão administrativa simultaneamente legítima e eficaz. Não se poderá, porém, pretender que a eficácia absorva a garantia, como nos parece ter sucedido nos procedimentos de contra-ordenações estradais, face às recentes alterações legislativas.

3.2.2. Das Garantias Procedimentais

Nos Procedimentos sancionatórios, a entidade administrativa que tutela o sector em causa tem a seu cargo a instrução do Procedimento e decisão do mesmo. Não há aqui espaço para uma estrutura acusatória típica do Processo Penal, pelo que não basta a mera existência de um Procedimento Administrativo para assegurar, só por si, uma decisão administrativa legítima. Para que este Procedimento seja um Procedimento justo, necessita de atribuir determinadas garantias ao sancionando para que este apareça, não como objecto, mas como sujeito da decisão.

A nossa Lei de Procedimento Administrativo³⁵ consagra alguns princípios que devem pautar a actividade da Administração no decurso do Procedimento. Referiremos o que mais releva para a necessidade de protecção garantística, detendo-nos, posterior e detalhadamente, no direito de audiência.

³⁴ De acordo com uma das classificações possíveis do Procedimento Administrativo adoptadas por Freitas do Amaral, o Procedimento de Contra-Ordenações é um Procedimento Administrativo Especial, uma vez que é regulado em Lei Especial (o Regime Geral das Contra-Ordenações e Coimas, regulado pelo Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de Outubro, e, no que toca em especial às Contra-Ordenações Rodoviárias, pelo Código da Estrada, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 114/94, de 3 de Maio, revisto e republicado pelos Decretos-Leis n.os 2/98, de 3 de Janeiro, e 265-A/2001, de 28 de Setembro, e alterado pela Lei n.º 20/2002, de 21 de Agosto e pelo Decreto-Lei n.º 44/2005, de 23 Fevereiro) – Cfr. AMARAL, Diogo Freitas, *in Curso de Direito Administrativo*, vol II, Coimbra, Almedina, p. 310.

³⁵ Referimo-nos ao Código de Procedimento Administrativo, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 442/91, de 15 de Novembro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 6/96, de 31 de Janeiro.

3.2.2.1. O Princípio da Participação Procedimental e a Audiência Prévia

São vários os Princípios que pautam o agir administrativo, e que se encontram consagrados no art. 267.º e 268.º da CRP. O que mais nos releva será aquele que tem assento no art. 267.º, n.º 5, da CRP – o Princípio da Participação, plasmado no art. 8.º do Código do Procedimento Administrativo – CPA.

Este Princípio é uma manifestação da tendência de *democracia procedimental* que acaba por constituir também uma forma de controlo da gestão da *res publica* por parte dos interessados, sendo hoje um dos momentos mais marcantes de cidadania activa³⁶. Hoje deve-se entender que as decisões não são proferidas unilateral e isoladamente pela Administração. Esta deve assegurar a participação dos interessados na formação das decisões que lhes disserem respeito, o que constitui um mecanismo de controlo das mesmas, com a vantagem, em relação aos mecanismos de controlo jurisdicionais, de funcionar *a priori*. A relevância da Participação no Procedimento Administrativo leva mesmo alguns Autores a considerar o mesmo como “o local do exercício da liberdade”.

A doutrina tem vindo a defender a aplicabilidade directa deste princípio a todos os Procedimentos Administrativos Especiais, como é o caso aqui em análise. Trata-se, enfim, de um Princípio geral do ordenamento jurídico-administrativo³⁷. Assim, à sua aplicação não obstará o CPA não ser legislação subsidiária nos processos contra-ordenacionais. Nos casos em que o CPA vem regular e dinamizar preceitos constitucionais, tem a doutrina defendido que a sua aplicação prevalece mesmo em relação aos processos especiais, uma vez que nesse caso “afastar a aplicação do Código seria afastar a aplicação da CRP”³⁸. O CPA consagra hoje essa doutrina explicitamente, no art. 2.º, n.º 5.

³⁶ Nesse sentido, ESTEVES DE OLIVEIRA, Mário, *et alli*, in *Código do Procedimento Administrativo Comentado*, Coimbra, Almedina, 2ª Edição, p. 123. e FONTES, José, in *Curso Breve sobre o CPA*, Coimbra, Coimbra Editora, 2ª Edição, p. 30.

³⁷ Nesse sentido, MACHETE, Pedro, *op. cit.*, p. 322.

³⁸ Cfr., entre outros, FREITAS DO AMARAL *et alli*, *Código de Procedimento Administrativo Anotado* vol. I, Coimbra, Almedina, p. 36 e ss. Assim também o decidiu o Ac. do STA de 30.10.96., P. 38 064.

Há vários meios de garantir a participação dos interessados nos Procedimentos Administrativos que lhes dizem respeito. A fase de Audiência Prévia, prevista nos art. 100.º e ss. do CPA, é o momento por excelência de participação, podendo inclusivamente considerar-se constituir ela o conteúdo mínimo do mesmo.

Como referem MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA *et alii*, para esta fase do Procedimento Administrativo é “transportada a possibilidade da contradição, que é a garantia mais substancial que se confere a todos os interessados de que a sua versão dos factos e do direito ou a tutela dos seus interesses serão tomados em consideração na decisão do Procedimento Administrativo (...) o Direito de Audiência é, enfim, o direito a ver ponderadas na decisão final as razões suscitadas por cada interessado, nem que seja para as repudiar”³⁹. O contraditório procedimental assegurará o Procedimento justo requerido pelo Princípio Democrático, ao implicar a manifestação do ponto de vista do interessado sobre a questão e a obrigação de a Administração ter em conta tais perspectivas em vista de uma decisão ponderada. O Professor MARCELLO CAETANO, nesse sentido, apontava ao conteúdo do direito de audiência o mais amplo feixe de direitos: o direito de defesa, o direito de oposição, o direito de resposta⁴⁰.

A Audiência dos interessados só tem sentido se ocorrer antes de a decisão ser tomada. Se assim não for, a Audiência perde a sua razão de ser, que será influenciar a posição da Administração.

É a Audiência Prévia que permite construir uma decisão dialogada e, ao mesmo tempo, legitimada, fazendo com que os particulares sejam sujeitos da mesma, enquanto intervenientes portadores de interesse próprios que a co-construíram⁴¹.

Este momento procedimental tem um mecanismo de funcionamento próprio: o *mecanismo da dupla decisão*⁴², nos termos do qual a

³⁹ Cfr. *op. cit.*, p. 449.

⁴⁰ CAETANO, Marcello, *Manual de Direito Administrativo*, vol. II, 10ª Ed., Lisboa, Coimbra Editora, 1973, p. 1314.

⁴¹ Este Princípio serve ainda outros valores e objectivos. A Doutrina vem apontando como relevantes, entre outros, a compensação da falta de conhecimentos da Administração sobre realidade decidenda, servindo, por isso, como um meio de recolha adicional de informação bem como o fomento do diálogo entre a Administração e os particulares, o que proporciona uma melhor aceitação das decisões da Administração por parte dos seus destinatários.

⁴² Adoptamos a designação utilizada por Fernanda Paula Oliveira e Eduardo Figueiredo

Administração está obrigada a elaborar um projecto de decisão devidamente fundamentado, que será comunicado ao interessado para que este se pronuncie sobre ele, só depois devendo a Administração tomar a decisão final. O conteúdo deste projecto de decisão deverá abranger não só o sentido provável da mesma, como as razões pelas quais a Administração se inclina para ele⁴³. No antigo regime das contra-ordenações rodoviárias, esta pré-decisão era levada a cabo através da notificação do cometimento da contra-ordenação ao arguido, à qual acrescia um prazo para este ser ouvido antes de a decisão passar a definitiva.

3.2.2.2. Procedimentos sancionadores: O Direito de Defesa

Nos Procedimentos sancionadores, a audiência reveste a categoria de um verdadeiro Direito de Defesa, e o “interessado” a pele de “arguido”.

Mas não só. O direito de Audiência tem aqui a natureza dos direitos, liberdades e garantias, com assento constitucional no art. 32.º, n.º10. Consagrou-se, pois, a nível da Lei Fundamental o princípio já defendido pelo Professor MARCELLO CAETANO de que “quer a lei diga quer não, em tais processos há que respeitar o princípio de que ninguém pode ser condenado sem previamente ser ouvido, compreendendo-se neste direito natural de defesa a instrução contraditória”⁴⁴.

Mas a Lei di-lo... O art. 50.º do Regime Geral das Contra-Ordenações e Coimas veio dar total cumprimento a esta exigência de que a defesa seja garantida já ao *acusado* e não apenas ao *punido*.

A CRP e a Lei em seu cumprimento preocuparam-se, pois, em fazer da garantia de prévia defesa uma condição necessária do agir administrativo em matéria sancionatória. Só assim, uma simultaneamente acusadora e decisora entidade administrativa poderá, legitimamente, sancionar o Arguido.

Dias. Cfr. OLIVEIRA, Fernanda Paula e DIAS, Eduardo Figueiredo, *Direito Administrativo*, Coimbra, Edições CEFA, p. 194.

⁴³ De acordo com o estipulado no Ac. do STJ para Uniformização de Jurisprudência de 28 de Novembro de 2002, na concretização de determinados aspectos do direito de audição do arguido nos processos contra-ordenacionais “não se poderá prescindir – já que os preceitos reguladores do processo criminal não prevêem uma decisão condenatória ao cabo do inquérito pelo titular deste – da convocação dos correlativos preceitos do Procedimento Administrativo, nomeadamente os arts. 100.º a 102.º do CPA”.

⁴⁴ *Op. cit.*, vol II, p. 1280.

Para uma correcta interpretação do preceito constitucional, não poderemos deixar de referir o Acórdão 631/95 do TC nos termos do qual, apesar de o n.º 10 do art. 32.º ter estendido algumas garantias de defesa aos processos de contra-ordenações, esta norma assegura porém apenas um limiar mínimo. O que significa que será de exigir ao legislador uma actividade proactiva no sentido de reforçar esse leque, ao encontro de um cumprimento cada vez mais satisfatório do princípio do Estado-de-Direito.

3.2.2.3. Consequências da falta de Audiência de Interessados

No Procedimento Administrativo, a falta de Audiência de Interessados gerará um vício de procedimento, na terminologia jurisprudencial, um vício de forma⁴⁵. Apesar de a doutrina hesitar quanto a este ponto, parece-nos que tal vício gerará mera anulabilidade. Com efeito, e de acordo com o que defende PEDRO MACHETE⁴⁶, o direito de audiência não reveste em si a categoria de um Direito Fundamental na maior parte dos Procedimentos Administrativos.

Porém, estas considerações não valem para os processos sancionadores, onde se inscrevem os procedimentos contra-ordenacionais. Nestes últimos, o direito de audiência está consagrado como tal na própria CRP, como um Direito Fundamental, com a natureza dos direitos, liberdades e garantias.

Assim, a sua preterição num determinado Procedimento sancionador levará a que a decisão de aplicação da sanção seja nula, por violação de um Direito procedimental Fundamental⁴⁷.

3.3. Considerações sobre o art. 173.º do Código da Estrada

O art. 173.º garante, à partida, formalmente, o direito de audiência e defesa do arguido, pois, de acordo com o estabelecido no n.º 2, o

⁴⁵ Embora preferamos o termo *vício de procedimento*, uma vez que o que está em causa é a preterição de um trâmite procedimental e não tanto o modo de exteriorização do acto, como sugestiona o termo *vício de forma*.

⁴⁶ *Op. cit.*, p. 507 ss.

⁴⁷ Como dispõe, para além das normas processuais penais aplicáveis, o art. 133.º, n.º 2, al. d), do CPA.

Arguido tem a possibilidade de optar por realizá-la, tendo, em contrapartida, de *prestar depósito, também imediatamente, de valor igual ao mínimo da coima previsto para a contra-ordenação praticada*. Dispõe o n.º 4 que se o pagamento do depósito não for efectuado de imediato, devem ser apreendidos provisoriamente o título de condução ou o título de registo de propriedade do veículo, sendo passadas guias de substituição dos mesmos, *com validade pelo tempo julgado necessário*.

Algumas resistências se levantam ao presente normativo, senão vejamos:

1) Em primeiro lugar, este não deveria estar formulado no sentido de dar a entender, como dá, que o *desejável* e o *normal* será o Arguido prescindir da sua defesa, *sendo-lhe permitido*, se o salvaguardar especialmente, optar por gozar da mesma. A redacção deveria apontar precisamente para o contrário, isto é, de que ao arguido cabe o direito de defesa, mas que poderá optar por prescindir da mesma. Só assim o Legislador teria privilegiado um entendimento de acordo com os princípios garantísticos estudados, e não um entendimento cujo objectivo parece ser o de dissuadir o arguido de levar a cabo um direito garantido ao nível da própria CRP!

2) O legislador ficou muito aquém do que lhe exigia, no mínimo, o art. 32.º, n.º 10. Caber-lhe-ia continuar a construir mecanismos que reforçassem a legitimidade das ingerências unilaterais da Administração no património dos particulares, e não que os restringisse para além do admissível.

Resta saber se, uma vez que o legislador garantiu formalmente a existência desse direito de defesa, tal preceito afectou o conteúdo essencial do Direito Fundamental de Defesa, por se condicionar o seu exercício à prestação de caução / apreensão de documentos, a ponto de se poder falar de inconstitucionalidade material do art. 173.º do Código da Estrada.

Atentemos no Acórdão 30/88 do Tribunal Constitucional⁴⁸, que declarou inconstitucional a norma do n.º 5 do art. 15.º do Decreto-Lei n.º 21/85, de 17 de Janeiro, que restringia o seguimento dos recursos jurisdicionais contra a aplicação de uma coima ao prévio depósito do quantitativo desta, impedindo o acesso à tutela jurisdicional aos mais carenciados economicamente. Retirava-se nesse caso o primeiro pres-

⁴⁸ in Acórdãos do TC, vol. 11, p. 183.

suposto legitimador da acção administrativa sancionatória – o acesso à garantia jurisdicional. Situação não muito diferente da norma que agora se discute, embora aqui em causa esteja o pressuposto legitimador *garantia procedimental de audiência*. Com uma diferença apenas: é que aqui é possível aos mais carenciados economicamente optarem pela realização da defesa, sendo-lhes apreendidos os documentos mencionados no n.º 4 do art. 173.º. Resta saber se esta alternativa é o suficiente para salvar tal previsão normativa da inconstitucionalidade material, e se com esta ressalva se salvaguardou o núcleo essencial do direito de audiência e defesa.

Lembre-mos de que, de acordo com a lição de VIEIRA DE ANDRADE, uma restrição a um direito, liberdade e garantia não pode, em caso algum, diminuir a extensão e alcance do conteúdo essencial do preceito constitucional⁴⁹. Ora, de acordo com as Teorias Absolutistas alemãs, na esteira de DÜRIG, tal conteúdo essencial traduz-se na projecção da dignidade humana em cada direito, que seria afectada sempre que o indivíduo se tornasse objecto do acontecer estadual.

O que sobrou, da garantia do preceito constitucional no caso em análise? Sobrou a possibilidade de realizar uma defesa se, para tal, se der como *moeda de troca*, uma caução ou determinados documentos. Será que esta *comerciável* defesa é a Defesa que pulsa no conteúdo essencial do Direito Fundamental patente no art. 32.º, n.º10? Não é com certeza esta, a Defesa garantidora da Dignidade e Liberdade Humanas, que o cidadão, enquanto ser Digno incomerciável e enquanto Ser Livre, pode lançar mão contra ingerências unilaterais na sua esfera.

Há, pois, a possibilidade de audiência e defesa formais, mas não de Audiência e Defesa livres. Ora, só um Homem livre, sem condições ou contrapartidas se pode defender adequadamente. Só com Liberdade há verdadeira Defesa. Este preceito pôs assim o ponto final na concepção do Procedimento Administrativo enquanto *espaço de liberdade* de que nos falavam os norte-americanos, defensores do *due process*.

Por outro lado, a CRP refere no seu art. 18.º, n.º 2, que “[a] lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constituio-

⁴⁹ VIEIRA DE ANDRADE, J.C., *Os Direitos Fundamentais na Constituição de 1976*, 2.ª Edição, Coimbra, Almedina, p.294.

nalmente protegidos”. Ora, o que está em causa é a sujeição do exercício de um Direito Fundamental, expressão do Princípio do Estado de Direito e legitimador de acção sancionatória por parte da Administração a contrapartidas específicas para a exigência das quais não vemos qual o valor constitucionalmente relevante a proteger. De facto, nada na CRP parece justificar esta compressão ao direito de defesa, pois a segurança rodoviária que poderá justificar estas medidas não estará dependente, directamente, da existência ou não de defesa livre nos processos contra-ordenacionais.

Podemos dizer então que a audiência, embora formalmente prevista, não se encontra garantida, porque inadmissivelmente restringida.

Por outro lado, a uma lei restritiva não é legítimo que deixe espaços significativos de regulação de decisão. Ora, é precisamente isso que faz o preceito em análise, ao dispor no n.º 4 que, se o pagamento do depósito não for efectuado de imediato, deverão ser apreendidos provisoriamente referidos documentos, sendo passadas guias de substituição dos mesmos, *com validade pelo tempo julgado necessário*. Este último juízo passa a estar na disponibilidade do agente de autoridade em concreto confrontado com a sua aplicação. E o particular, ao ter de se sujeitar a esta arbitrária contrapartida para exercer um Direito Fundamental, transformar-se-á, assim, em objecto da Administração, e não em seu sujeito co-decisor, como se visa num Procedimento livremente participado.

3) Poder-se-ia ainda defender a nulidade em massa dos Procedimentos aplicadores de coimas nestes termos, de acordo com o que se disse *supra* acerca da aplicabilidade directa do Princípio da Participação a todos os Procedimentos Administrativos. Porém, como tal defesa se encontra formalmente prevista, parecer-nos-á excessiva tal conclusão. Só caso a caso se poderá aferir da nulidade do acto administrativo aplicativo da coima, em face do esclarecimento informativo em concreto levado a cabo pelo agente administrativo acerca da possibilidade do exercício do direito de defesa⁵¹.

⁵¹ Sendo de referir que, na prática, vigora no espírito da maior parte dos cidadãos portugueses a ideia de que o pagamento da coima no acto de cometimento da contra-ordenação é obrigatório, não sendo estes muitas vezes adequadamente informados pelos agentes administrativos da possibilidade de Defesa que a Lei ainda prevê.

O que se nos afigura indiscutível é que, face à evolução do Direito Administrativo, esta restrição constitui um grande passo atrás, ficando estes Procedimentos Administrativos muito aquém de todos os outros, em que as exigências neste domínio não se apresentavam tão reforçadas. Ficou ainda frágil e dúbia a já frágil legitimidade sancionatória da Administração. Sem processo decidido por um terceiro imparcial, e já sem *due process*, como continuar a defender a legitimidade da Administração Pública para *dizer o direito*, afectando unilateralmente os cidadãos?