



Nuno Fernando da Rocha Almeida Brandão

CRIMES E CONTRA-ORDENAÇÕES:
DA CISÃO À CONVERGÊNCIA MATERIAL

ENSAIO PARA UMA RECOMPREENSÃO DA RELAÇÃO ENTRE
O DIREITO PENAL E O DIREITO CONTRA-ORDENACIONAL

Tese de Doutoramento em Ciências Jurídico-Criminais
orientada pela Senhora Prof. Doutora Maria João da Silva
Baila Madeira Antunes e apresentada à Faculdade de Direito
da Universidade de Coimbra

Agosto de 2013



UNIVERSIDADE DE COIMBRA

NUNO FERNANDO DA ROCHA ALMEIDA BRANDÃO

**CRIMES E CONTRA-ORDENAÇÕES:
DA CISÃO À CONVERGÊNCIA
MATERIAL**

**ENSAIO PARA UMA RECOMPREENSÃO DA RELAÇÃO
ENTRE O DIREITO PENAL E O DIREITO CONTRA-
ORDENACIONAL**

Tese de Doutoramento em Ciências
Jurídico-Criminais orientada pela Senhora
Prof. Doutora Maria João da Silva Baila
Madeira Antunes e apresentada na
Faculdade de Direito da Universidade de
Coimbra

Coimbra

2013

ÍNDICE

Abreviaturas	11
§ 1. Introdução	15
Parte I – A génese e evolução do direito das contra-ordenações na república federal alemã e a sua recepção na ordem jurídica portuguesa	18
Capítulo I – A teoria do direito penal administrativo	22
§ 2. A construção de James Goldschmidt	22
§ 3. A reconstrução de Erik Wolf.....	34
Capítulo II – O surgimento do direito das contra-ordenações	44
§ 4. O renascimento da teoria do direito penal administrativo pela mão de Eberhard Schmidt	44
§ 5. A primeira Lei-Quadro das Contra-Ordenações (OWiG de 1952) e o domínio do pensamento qualitativo.....	54
§ 5.1 A integração do direito contra-ordenacional no direito penal em sentido amplo.....	59
§ 5.2 A tese qualitativa do desvalor ético-social do facto.....	63
§ 5.3 A adesão jurisprudencial ao pensamento qualitativo	72
§ 5.4 A reacção do pensamento quantitativo	74
§ 5.5 A proposta de diferenciação qualitativa através do princípio da dignidade penal	83
§ 6. A OWiG de 1968 e a consolidação da tese mista qualitativa-quantitativa	87
§ 6.1 A nova Lei-Quadro das Contra-Ordenações (OWiG de 1968).....	87
§ 6.2 A solução mista qualitativa-quantitativa definida pela jurisprudência constitucional	90

§ 7. O diagnóstico político-criminal das primeiras década do direito contra-ordenacional.....	97
Capítulo III – A recepção do direito das contra-ordenações na ordem jurídica portuguesa	102
§ 8. A figura da contravenção no direito penal português anterior ao direito contra-ordenacional.....	102
§ 8.1 As contravenções no código penal de 1852.....	103
§ 8.2 A discussão sobre a natureza intrínseca da contravenção e da sua interpenetração com a ideia de polícia.....	112
§ 9. O acolhimento da teoria alemã do direito penal administrativo pela doutrina portuguesa.....	129
§ 9.1 A rejeição inicial de Belezza dos Santos e de Eduardo Correia.....	130
§ 9.2 A adesão de Eduardo Correia no quadro do projecto de reforma global do direito penal português.....	134
§ 9.3 Reflexão crítica sobre a concepção de Eduardo Correia	145
§ 9.4 A recusa de um critério qualitativo de diferenciação para o projectado novo direito de mera ordenação social.....	153
§ 10. O pós-25 de abril e a criação legal do direito de mera ordenação social.....	158
§ 10.1 O Regime Geral das Contra-Ordenações aprovado pelo Decreto-Lei n.º 232/79	162
§ 10.2 O Regime-Geral das Contra-Ordenações aprovado pelo Decreto-Lei n.º 433/82	172
§ 11. A experiência italiana como exemplo paralelo e similar ao caso português ...	180
Parte II – As concepções dogmáticas sobre a natureza do direito contra-ordenacional e seu relacionamento com o direito penal.....	201
Capítulo I – A total identificação do direito de mera ordenação social com o direito penal	201
§ 12. A posição de Cavaleiro de Ferreira.....	201

§ 13. A jurisprudência do TEDH	205
Capítulo II – As concepções qualitativas	227
§ 14. A contraposição fundada num critério ético-social.....	227
§ 14.1 A concepção de Figueiredo Dias.....	227
§ 14.2 A concepção de Faria Costa	240
§ 14.3 A posição do Tribunal Constitucional português.....	246
§ 14.4 Reflexão crítica	264
§ 15. O direito das contra-ordenações como ordem técnica de cumprimento de deveres.....	301
§ 16. O direito das contra-ordenações como ordem de prevenção institucional de perigos	310
§ 17. O direito das contra-ordenações como direito das actividades reservadas	318
Capítulo III – O modelo misto qualitativo-quantitativo.....	329
§ 18. Na doutrina portuguesa	329
§ 19. Na doutrina alemã	337
Parte III – os rumos da aproximação entre o direito penal e o direito contra-ordenacional.....	353
Capítulo I – A ascensão do paradigma do Estado Garantidor e o novo direito contra-ordenacional económico	353
§ 20. A liberalização económica no quadro da integração europeia.....	355
§ 21. O movimento regulatório e a ascensão do modelo das entidades reguladoras	364
§ 22. O Estado Garantidor.....	373
§ 22.1 A Terceira Via.....	374
§ 22.2 A emergência do modelo do Estado Garantidor como nova paradigma da estadualidade	379
§ 22.3 As finalidades da responsabilidade pública de garantia.....	386

§ 22.4 O papel do direito contra-ordenacional na protecção do sistema económico-financeiro	409
§ 23. Significado do eminente relevo atribuído ao direito contra-ordenacional no âmbito do Estado Garantidor	412
Capítulo II – A tutela penal cumulativa dos bens jurídicos colectivos	432
§ 24. Os bens jurídicos colectivos.....	434
§ 24.1 A natureza autónoma dos bens jurídicos colectivos (concepção dualista)	434
§ 24.2 Critérios identificadores dos bens jurídicos colectivos.....	441
§ 24.3 Sistematização e estrutura dos bens jurídicos colectivos.....	445
§. 25. A estrutura cumulativa do facto punível referido aos bens jurídicos colectivos	452
§ 25.1 Conteúdo e extensão do modelo cumulativo	461
§ 25.2 Fundamentação material do pensamento cumulativo	468
§25.2.1 A lógica do grande número	469
§ 25.2.2 A fundamentação moral-filosófica	471
§ 26. Tomada de posição a favor do modelo cumulativo	477
Parte IV – Os pólos de convergência e de divergência material entre o direito penal e o direito contra-ordenacional	505
Capítulo I – O dever estadual de protecção como fundamento legitimador comum	505
§ 27. Razão de ordem: a estreita relação entre o direito penal e o sistema constitucional dos direitos fundamentais	505
§ 28. O dever estadual de protecção como função jusfundamental emanada da dimensão objectiva dos direitos fundamentais	519
§ 28.1 Os direitos fundamentais como direitos subjectivos de defesa.....	519
§ 28.2 O desvelamento da dimensão objectiva dos direitos fundamentais.....	522

§ 28.3 A génese jurisprudencial da função do dever estadual de protecção e seu acolhimento na jurisprudência constitucional portuguesa	528
§ 29. O dever estadual de protecção como expressão do princípio do Estado de direito	538
§ 30. O dever estadual de protecção como referente de legitimação material do direito penal e do direito contra-ordenacional	551
§ 30.1 A estrutura típica do dever estadual de protecção.....	555
§ 30.2 A materialização do dever estadual de protecção especificamente através do direito penal e do direito das contra-ordenações	564
§ 30.3 A efectividade da tutela como critério rector das decisões legislativas penais e contra-ordenacionais	570
§ 30.3.1 A proscrição das imposições constitucionais implícitas absolutas de criminalização	570
§ 30.3.2 O princípio constitucional da proibição da insuficiência	575
§ 31. Consequências para a distinção entre crimes e contra-ordenações	584
§ 32. Síntese conclusiva	596
Capítulo II – O facto como pólo agregador da relação de convergência material.....	605
§ 33. Método de abordagem e consequências possíveis do conteúdo da distinção ..	605
§ 34. O modelo misto qualitativo-quantitativo limitado	624
§ 35. Funções do sistema contra-ordenacional português.....	643
§ 35.1 Razão de ordem e instrumentário de análise.....	643
§ 35.2 Protecção da vida e da integridade física e saúde	664
§ 35.3 Protecção de bens jurídicos da esfera da personalidade.....	681
§ 35.4 Protecção da parte mais frágil das relações económicas jurídico-privadas	695
§ 35.5 Tutela do dever de colaboração dos particulares com a administração	707
Capítulo III – A sanção como pólo fundamentador da autonomia material.....	729

§ 36. O direito contra-ordenacional como ordem sancionatória não privativa da liberdade.....	729
§ 36.1 Razão de ordem.....	729
§ 36.2 A coima como sanção de simples advertência destituída de pathos ético .	736
§ 36.3 A (não) privação da liberdade como <i>summa divisio</i> das sanções penais e contra-ordenacionais	748
Capítulo IV – O direito contra-ordenacional e a constituição penal	778
§ 37. Princípio da jurisdicionalidade e relação com a constituição processual penal	779
§ 38. Relação com os princípios penais constitucionalmente relevantes.....	786
§ 38.1 Princípio da legalidade criminal	796
§ 38.2 Princípio da culpa	816
Conclusão.....	835
§ 39. Tese.....	835
Bibliografia	841
Jurisprudência citada	893

ABREVIATURAS

AAFDL – Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa

AdC – Autoridade da Concorrência

ADPCP – Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales

ANACOM – Autoridade Nacional de Comunicações

AcsTC – Acórdãos do Tribunal Constitucional

AöR – Archiv des öffentlichen Rechts

BGH – Supremo Tribunal Federal Alemão

BFDUC – Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

BMJ – Boletim do Ministério da Justiça

BVerfGE – Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts

CC – Código Civil

C&R – Revista de Concorrência e Regulação

CJ – Colectânea de Jurisprudência

CJ STJ – Colectânea de Jurisprudência. Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça

CEDH – Convenção Europeia dos Direitos do Homem

CEP – Código da Execução das Penas e das Medidas Privativas da Liberdade

CERC – Comissão Eventual para a Revisão Constitucional

CMV – Código dos Valores Mobiliários

CMVM – Comissão do Mercado de Valores Mobiliários

CP – Código Penal

CPA – Código do Procedimento Administrativo

CPP – Código de Processo Penal

CRP – Constituição da República Portuguesa

CT – Código do Trabalho

DAR – Diário da Assembleia da República

DR – Diário da República

ERS – Entidade Reguladora da Saúde

ERSE – Entidade Reguladora do Sector Energético

EuGRZ – Europäische Grundrechte Zeitschrift

GA – Goldammer's Archiv für Strafrecht

GG – Grundgesetz (Lei Constitucional da República Federal da Alemanha)

JO – Jornal Oficial da União Europeia

JR – Juristische Rundschau

JuS – Juristische Schulung

JZ – Juristenzeitung

KK – Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten

MDR – Monatsschrift für Deutsches Recht

NJW – Neue Juristische Wochenschrift

NStZ – Neue Zeitschrift für Strafrecht

OWiG – Ordnungswidrigkeitengesetz

RBCC – Revista Brasileira de Ciências Criminais

RDE – Revista de Direito e Economia

RDES – Revista de Direito e de Estudos Sociais

RFDUL – Revista da Faculdade de Direito de Lisboa

RFDUP – Revista da Faculdade de Direito do Porto

RGCO – Regime Geral das Contra-Ordenações e Coimas

RGICSF – Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras

RGIT – Regime Geral das Infracções Tributárias

RIDPP – Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale

RJC – Regime Jurídico da Concorrência

RJIFNA – Regime Jurídico das Infracções Fiscais Não Aduaneiras

RLJ – Revista de Legislação e Jurisprudência

RMP – Revista do Ministério Público

ROA – Revista da Ordem dos Advogados

RPCC – Revista Portuguesa de Ciência Criminal

SJZ - Süddeutsche Juristen-Zeitung

StGB – Strafgesetzbuch

StPO – Strafprozeßordnung

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

TFUE – Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

TUE – Tratado da União Europeia

ZRP – Zeitschrift für Rechtspolitik

ZStW – Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

§ 1. INTRODUÇÃO

*Because something is happening here
but you don't know what it is,
do you, Mister Jones?*

BOB DYLAN, *Ballad of a Thin Man*, 1965

O presente estudo é fruto da perplexidade em nós gerada por sucessivas digressões pelo reino contra-ordenacional. Como o Mr. Jones de Bob Dylan, aí entrados éramos invadidos por um estranho e incómodo sentimento de que alguma coisa nos estaria a escapar na tentativa de aceder à sua compreensão. Confrontado o discurso doutrinal e jurisprudencial dominante acerca do nosso direito de mera ordenação social com a realidade normativa do direito positivo vigente nada nos parecia bater certo. E daí a perplexidade, à qual se seguiu o impulso para mergulhar a fundo na matéria, numa tentativa, porventura vã, de aquietar as dúvidas radicais que o problema contra-ordenacional infunde e de procurar contribuir para um reavivar da sua discussão entre nós.

Meio século volvido, continua ainda hoje o direito contra-ordenacional a ser encarado e confrontado com o direito penal em termos substancialmente coincidentes com aqueles que Eduardo Correia prefigurou em 1963, na altura em que começou a preparar a reforma global do sistema sancionatório português: o direito penal “visa proteger, com as suas incriminações, os valores ou bens fundamentais da comunidade, isto é, aqueles interesses primários sem cuja observância a vida em sociedade não seria possível (...), bens jurídicos que directa ou indirectamente, *mas sempre de maneira essencial*, se prendem com a vida comunitária do homem e com a livre expansão da sua personalidade moral”¹, ao passo que no direito de mera ordenação social estão em causa não “valores ou interesses fundamentais da vida comunitária ou da personalidade ética do homem, mas simples valores de criação ou manutenção de uma certa ordem social e por consequência mais ou menos estranhos – isto é: indiferentes – à ordem moral”².

¹ CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal*, I, p. 28.

² CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal*, I, p. 28 e s.

Entretanto, tudo mudou. O mundo mudou. Portugal mudou. O direito penal mudou. E o direito das contra-ordenações nasceu e também mudou. Só não mudou, porém, no essencial, o modo como entre nós se põe o problema da relação entre o direito penal e o direito contra-ordenacional e, concomitantemente, se procura caracterizar a natureza do ilícito de mera ordenação social, da culpa contra-ordenacional e das sanções contra-ordenacionais.

É evidente o desfasamento entre o actual modo de existir do direito de mera ordenação social e o pensamento que em geral sobre ele incide. Irrequieto por natureza, há muito que o direito contra-ordenacional se libertou da imagem conceptual que dele poderia porventura traçar-se aquando da sua introdução no sistema jurídico português. Todavia, a persistência do apego ao pensamento dogmático com que inicialmente se tentou enquadrá-lo faz com que cada aproximação do seu regime legal ao regime do sistema penal seja geralmente recebida com cepticismo e reconduzida, sob forte crítica, a um espúrio movimento que Figueiredo Dias baptizou como “contra-revolução contra-ordenacional”³. Isto apesar de essa tendência resultar de um irreversível rumo legislativo no sentido de uma substancial transformação da realidade normativa contra-ordenacional que tem sempre escapado a qualquer censura de inconstitucionalidade por parte do nosso Tribunal Constitucional e no qual é possível surpreender uma sistemática acção de tutela dirigida à directa protecção de interesses para os quais pode ser reclamado o estatuto de bens jurídico-penais, com muito frequência recorrendo a sanções de extraordinária severidade.

No centro de toda a problemática contra-ordenacional está a questão do relacionamento entre *crimes e contra-ordenações*. É fundamentalmente a partir dele que, na experiência portuguesa, o direito contra-ordenacional é contraposto ao direito penal e é ele que decisivamente comanda a generalidade das tomadas de posição doutrinárias e jurisprudenciais sobre um sem-número de questões contra-ordenacionais, desde aquelas que pela sua amplitude transversal a todo o sistema assumem uma importância crítica para a própria existência do direito de mera ordenação social até às mais mezinhas dúvidas sobre pontos específicos do regime legal. A ideia de fundo de que o direito contra-ordenacional dispõe de uma natureza distinta da do direito penal em virtude do carácter materialmente diverso da contra-ordenação face ao crime constitui o elemento-chave da compreensão que a esmagadora maioria da doutrina e jurisprudência

³ DIAS, Figueiredo, ²DP-PG, I, 7.º Cap., 6.

nacionais têm do sistema contra-ordenacional português vigente. Essa ideia representa, na realidade, o sustentáculo que leva a que entre nós se defenda que as decisões legislativas de tipificação de crimes e de contra-ordenações devem ser orientadas pelo critério que subjaz a essa distinção material; que os princípios constitucionais válidos para o direito penal não devem, por norma, cobrar aplicação em sede contra-ordenacional, sendo esse critério sistematicamente invocado pelo Tribunal Constitucional para enfrentar as questões de constitucionalidade em matéria contra-ordenacional com que é confrontado; e que o regime legal do direito das contra-ordenações deve ser conformado de modo a assegurar a autonomia do direito contra-ordenacional em planos tão diversos como os do facto punível, das sanções e do processo. Mais do que no ordenamento alemão e muito mais do que no ordenamento italiano, os dois outros sistemas do espaço europeu que, a par do português, há mais tempo conhecem a figura das contra-ordenações, *a natureza da relação entre o direito penal e o direito contra-ordenacional*, baseada essencialmente na contraposição entre crimes e contra-ordenações, constitui pois uma questão omnipresente e de decisivo significado nas inúmeras dimensões de que se compõe o problema contra-ordenacional. E é isso que, no fundo, justifica que seja ela o *objecto central da nossa investigação*.

O propósito essencial do nosso estudo será assim o de traçar as linhas fundamentais que dão corpo a esse relacionamento. Linhas que, portanto, dizem respeito não apenas ao direito das contra-ordenações, como também ao direito penal. Daí que se trate de um estudo tanto de direito contra-ordenacional como de direito penal. Dificilmente poderia, aliás, ser de outro modo. Construindo-se uma investigação desta natureza em larga medida através do diálogo com a doutrina e jurisprudência que antes se debruçaram sobre o problema, as condicionantes imanentes ao contexto onde a discussão vem sendo travada influenciam necessariamente a abordagem ao objecto de análise. Cá, como na Alemanha, o direito contra-ordenacional é tema a que praticamente só os penalistas se têm dedicado detidamente. Isso o que faz com que o direito contra-ordenacional seja em geral concebido e tratado sob uma perspectiva penal. Aliada essa circunstância ao facto de o direito de mera ordenação social ter nascido a partir de uma cisão do direito penal e ter desde então com ele mantido laços de estreita convivência, muitas vezes manifestada através de uma actuação conjugada para a prossecução dos mesmos fins, implica a necessidade de pensar o direito contra-ordenacional numa perspectiva global que integre também o direito penal.

PARTE I – A GÉNESE E EVOLUÇÃO DO DIREITO DAS CONTRA-ORDENAÇÕES NA REPÚBLICA FEDERAL ALEMÃ E A SUA RECEPÇÃO NA ORDEM JURÍDICA PORTUGUESA

O direito das contra-ordenações tem a sua génese formal na Alemanha do pós-guerra com a publicação da Lei de Simplificação do Direito Penal Económico (“*Gesetz zur Vereinfachung des Wirtschaftsstrafrechts (Wirtschaftsstrafgesetz)*”), de 26 de Julho de 1949, entrada em vigor em 1 de Outubro desse mesmo ano⁴. O diploma foi preparado por uma Comissão, designada Comissão do Direito Penal Económico (*Wirtschaftsstrafrechtskommission*), empossada em 1947 e onde pontificou Eberhard Schmidt⁵, hoje comumente considerado como o “pai” do direito contra-ordenacional actual.

Esta lei do direito penal económico (WStG) foi qualificada por Eberhard Schmidt como o primeiro passo enérgico dado pelo legislador penal alemão para deixar para trás um estado de coisas monstruoso⁶. É bom de ver a que experiência Eberhard Schmidt pretendia referir-se e logo por aqui se adivinha o relevo crucial desempenhado pela figura da contra-ordenação na missão de purificação do direito penal a que o legislador penal alemão ocidental do pós-guerra se entregou após a catástrofe nazi⁷.

A finalidade político-criminal fundamental da WStG de 1949 foi libertar o direito penal económico de todos os sinais de degenerescência totalitária que o caracterizaram desde 1933⁸. Um dos sinais mais marcantes dessa decadência foi a autêntica tomada de assalto da esfera de jurisdição criminal pela administração. A confiança do Estado totalitário no poder judicial era nula, tal como era nulo o seu

⁴ Cf. SCHMIDT, Eberhard, *Das Neue Westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht. Grundsätzliches zu seiner Ausgestaltung und Anwendung*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1950, p. 9.

⁵ Sobre os trabalhos e os propósitos desta Comissão, cf. as memórias do próprio SCHMIDT, Eberhard, “Straftaten und Ordnungswidrigkeiten. Erinnerungen an die Arbeiten der Wirtschaftsstrafrechtskommission (1947-1949)”, in: Horst Ehmke *et. al.* (org.), *Festschrift für Adolf Arndt zum 65. Geburtstag*, Frankfurt am Main, Europäische Verlagsanstalt, 1969, p. 415 e ss.

⁶ SCHMIDT, Eberhard, “Straftaten und Ordnungswidrigkeiten. Betrachtungen zum Entwurf eines Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten”, *JZ*, 1951, p. 102.

⁷ SCHMIDT, Eberhard, “Rechtsnot im Wirtschaftsstrafrecht und ihre Überwindung. Zum Entwurf eines Gesetzes zur Vereinfachung des Wirtschaftsstrafrechts”, *SJZ*, 1948, col. 571.

⁸ SCHMIDT, *Das Neue Westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht*, p. 9 e ss.

respeito pelo princípio da independência judicial⁹, o que levou a que o sistema “jurídico” alemão em matéria de crimes económicos tivesse sido insuflado sobretudo do lado das chamadas “penas de ordem” (“*Ordnungsstrafen*”), sobre as quais a administração nazi tinha mão directa. Isso o que explica que com o crescimento exponencial dos tipos penais económicos associado ao esforço de guerra o direito penal económico alemão tivesse ficado infestado desse tipo de delitos através dos quais, durante o período nazi, a administração logrou tomar conta da jurisdição penal. Esses delitos de ordem vinham já de trás e na época da República de Weimar eram inclusivamente vistos como desempenhando um papel positivo na partilha de competências sancionatórias entre a justiça e a administração, mas com o poder nacional-socialista adquiriram toda uma outra feição, do mesmo passo que cresceram largamente em número.

O que sucedeu foi que condutas já tipificadas como crimes foram também qualificadas como infracções às quais poderiam ser aplicadas penas de ordem, levando a que um mesmo facto pudesse ser ameaçado com uma sanção penal, mas também com uma pena de ordem. Nesse caso, era a administração que chamava a si a faculdade de discricionariamente decidir se exercia o seu poder sancionatório. Optando por exercê-lo, mediante aplicação de uma pena de ordem, a administração determinava ainda que o facto deixaria de poder ser punido judicialmente com uma pena criminal. Deste modo, ao visado era retirada a possibilidade de ver o seu caso apreciado por um juiz independente e de acordo com as regras e garantias próprias do processo penal, passando a sua sorte a ser decidida exclusivamente pela administração nazi, que, naturalmente, se considerava subtraída ao controlo judicial. Pois “o controlo da administração pela justiça é algo que um Estado totalitário não pode tolerar”¹⁰. A intenção precípua da WStG de 1949 foi assim a de colocar um ponto final radical nesta situação, que perdurou após 1945¹¹.

Neste propósito de criação de um direito penal económico para um Estado de direito¹², era convicção de Eberhard Schmidt de que o espírito do Estado de direito só poderia penetrar nos domínios do penal económico quando fosse erradicado o problema

⁹ SCHMIDT, “Straftaten und Ordnungswidrigkeiten”, *Arndt-FS*, p. 416 e s.

¹⁰ SCHMIDT, “Straftaten und Ordnungswidrigkeiten”, *Arndt-FS*, p. 418.

¹¹ SCHMIDT, *Das Neue Westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht*, p. 10.

¹² Cf. SCHMIDT, Eberhard, in: *Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission, 1. Band: Grundsatzfragen, 1. Bis 13. Sitzung*, Bonn, 1956, p. 68, referente à sessão realizada em 30 de Junho de 1954.

de base que ainda o acometia, a captura do direito penal de justiça (no sentido do direito criminal propriamente dito) pelo direito penal administrativo (*sc.*, o direito penal de ordem)¹³. Para esse efeito, para restituir à justiça aquilo que é da justiça e deixar à administração apenas aquilo que é da administração, a WStG de 1949 criou um novo tipo de infracção, a contra-ordenação (*Ordnungswidrigkeit*), punível com uma sanção pecuniária, a coima (*Geldbuße*¹⁴), que seria o paralelo da pena de ordem a que se pretendia pôr fim. A conformidade com o princípio do Estado de direito ficaria assegurada através de uma cortante separação dos crimes em relação às contra-ordenações. Os crimes económicos seriam punidos apenas criminalmente e não também, em alternativa, contra-ordenacionalmente e seriam da competência exclusiva dos tribunais, uma vez que “a imposição de penas criminais é matéria da Justiça e, de acordo com uma perspectiva conforme ao Estado de direito, matéria *apenas* confiada à Justiça”¹⁵. Por seu turno, o processo com vista à aplicação de uma coima poderia ser conduzido e decidido por um órgão administrativo¹⁶.

Estando em causa esta necessidade de separar claramente águas entre os domínios da justiça e da administração, o modelo que a WStG procurou instituir baseou-se na previsão normativa de um tipo de infracção com natureza *materialmente distinta* da infracção penal, a que corresponderia também uma sanção de carácter substancialmente distinto da pena criminal e ainda um procedimento que não se confundiria com o do processo penal. Porque no fundo se trataria de criar uma realidade normativa substancialmente nova, que, à boa maneira alemã, não poderia deixar de assentar em sólidas bases teóricas, foi no passado, anterior ao passado nazi, que a Comissão do Direito Penal Económico cavou o filão dogmático e filosófico em que fez repousar o novo paradigma que procurou instituir. Mais concretamente, em termos expressa e repetidamente assumidos por Eberhard Schmidt, à *teoria do direito penal*

¹³ SCHMIDT, “Rechtsnot im Wirtschaftsstrafrecht und ihre Überwindung”, col. 571.

¹⁴ A escolha terminológica pendeu para esta designação, em detrimento da preferência de SCHMIDT, *Das Neue Westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht*, p. 39, pelo termo “*Mahngeld*”. O lamento de SCHMIDT, “Straftaten und Ordnungswidrigkeiten”, *JZ*, p. 102, em relação à opção pela palavra *Geldbuße* é compreensível à luz da daquela que, como se seguirá em texto, foi a história dogmática que precedeu a WStG, que apontaria mais para uma sanção com uma denominação que a aproximasse de uma ideia de admonição (como *Mahngeld*), do que de penitência ou expiação (*Buße*).

¹⁵ SCHMIDT, *Das Neue Westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht*, p. 25.

¹⁶ SCHMIDT, *Das Neue Westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht*, p. 10.

administrativo dos inícios do século XX¹⁷, fundada por James Goldschmidt¹⁸ e que teve como principal continuador Erik Wolf¹⁹.

A teoria do direito penal administrativo não constituiu, porém, uma mera fonte remotamente inspiradora de Eberhard Schmidt e seus pares. Foi bem mais do que isso. Essa teoria foi acolhida e depois, no essencial, “replicada” por Eberhard Schmidt tanto no que respeita às suas pedras angulares de cariz filosófico e político-criminal, como em relação a aspectos mais particulares, referidos à caracterização da natureza dos delitos e das sanções, criminais e não criminais, e concomitantemente dos seus elementos e finalidades.

Destarte, cremos que uma cabal compreensão do modelo das contra-ordenações criado pela WStG em 1949, logo seguido em 1952 pela primeira lei-quadro contra-ordenacional (OWiG – *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, de 25 de Março de 1952)²⁰, e da ganga dogmática com que Eberhard Schmidt o procurou guarnecer não pode prescindir de uma prévia referência à doutrina do direito penal administrativo, ainda que só tendo por objecto os seus momentos e autores fundamentais, Goldschmidt e Wolf. Justifica-se, assim, a nosso ver, uma análise do seu pensamento. Dado que este passar em revista da teoria do direito penal administrativo tem como escopo sobretudo fazer luz sobre a génese do direito contra-ordenacional na Alemanha ocidental do pós-guerra, ater-nos-emos somente àquilo que nos parece ter constituído o cerne dogmático dessa doutrina, recolhido em legado por Eberhard Schmidt, não sendo nosso propósito “fazer” propriamente a sua história de 1902 a 1933²¹. Analisaremos agora, portanto, o pensamento de James Goldschmidt e de Erik Wolf, para de seguida regressarmos a Eberhard Schmidt, fechando as linhas dos vértices do triângulo dogmático sobre o qual o direito das contra-ordenações começou por ser edificado.

¹⁷ Cf. SCHMIDT, Eberhard, “Probleme des Wirtschaftsstrafrechts”, *SJZ*, 1948, col. 230, e *Das Neue Westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht*, p. 12 e s.

¹⁸ GOLDSCHMIDT, James, *Das Verwaltungsstrafrecht*, cit., 1902.

¹⁹ WOLF, Erik, “Die Stellung der Verwaltungsdelikte im Strafrechtssystem”, in: A. Hegler, *Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag*, vol. II, Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1930, p. 516 e ss.

²⁰ Cf., por outros, ³KK-BOHNERT, Introdução, n.º m. 36.

²¹ Sobre a história do direito penal administrativo, por todos, MATTES, *Problemas de Derecho Penal Administrativo*, p. 177 e ss.

CAPÍTULO I – A TEORIA DO DIREITO PENAL ADMINISTRATIVO

§ 2. A CONSTRUÇÃO DE JAMES GOLDSCHMIDT

1. James Goldschmidt concebe o *direito penal administrativo* como um produto da história. Depois de proceder a uma longa análise histórica das várias manifestações do poder punitivo de natureza administrativa no espaço europeu desde o período medieval²², quando, na sua tese com o mesmo nome (*Das Verwaltungsstrafrecht*), de 1902, se propõe lançar as bases de uma teoria do direito penal administrativo, Goldschmidt começa logo por advertir que a história do direito penal administrativo conforma a sua própria teoria²³. Nega assim que o direito penal administrativo seja o resultado arbitrário de uma pura especulação individual, considerando antes que é fruto inevitável do *Zeitgeist* da ciência jurídica e do Estado²⁴.

Esta forma de apresentar o direito penal administrativo poderia inculcar a ideia de que o mesmo se encontrava já constituído ou manifestado no direito alemão então vigente. Mas o certo é que, de facto, num plano de *lege lata*, tal não sucedia, como de pronto foi expressamente ressalvado por Max Ernst Mayer, não sem encarecer o importante papel de *lege ferenda* que o direito penal administrativo poderia desempenhar na reforma do direito penal que já então urgentemente se impunha²⁵. Apesar da sua ambiguidade quanto a este aspecto²⁶, outra não parece ter sido no fundo a posição de Goldschmidt. Embora tenha procurado justificar determinadas regras do direito contravencional à luz da natureza administrativa das suas infracções²⁷, não

²² GOLDSCHMIDT, *Das Verwaltungsstrafrecht*, *passim*.

²³ GOLDSCHMIDT, *Das Verwaltungsstrafrecht*, p. 529.

²⁴ GOLDSCHMIDT, James, “Begriff und Aufgabe eines Verwaltungsstrafrechts”, *GA*, 1903, pp. 72 e 84.

²⁵ MAYER, Max Ernst, *Rechtsnormen und Kulturnormen*, Breslau, Schletter, 1903, p. 109 e ss., esp. p. 113. Nesta direcção, ainda KRAKENBERGER, Paul, *Die rechtliche Natur der Ordnungsstrafe*, Breslau, Schletter, 1912, p. 53 e s., que, apesar de valorizar relevo da teoria do direito penal administrativo para que o ilícito policial pudesse fazer a sua saída do direito penal criminal, ressalvava que de modo algum deveria sobreavaliar-se o seu significado prático para o direito à época vigente.

²⁶ Cf. DONINI, Massimo, *Il Delitto Contravvenzionale. “Culpa Iuris” e Oggetto del Dolo nei Reati a Condotta Neutra*, Milano, Giuffrè, 1993, p. 41.

²⁷ GOLDSCHMIDT, James, “Das Verwaltungsstrafrecht im Verhältnis zur modernen Staats- und Rechtslehre”, in: *Festgabe der juristischen Gesellschaft zu Berlin. zum 50jährigen Dienstjubiläum ihres Vorsitzenden, des Wirklichen Geheimen Rats Dr. Richard Koch*, Berlin, Liebmann, 1903, p. 438, considerava, com efeito, que só com base em razões de natureza jurídico-administrativa seria possível

deixou de reconhecer a necessidade de codificação dos princípios do direito penal administrativo²⁸, tendo inclusivamente participado na elaboração de projectos de reforma penal que procuraram dar corpo a esse propósito²⁹. Por isso que, em 1925, já bastante tempo depois de ter apresentado pela primeira vez a sua construção, Goldschmidt sente ainda necessidade de afirmar “ser chegado o tempo de libertar o direito penal administrativo dos laços do direito penal e de colocá-lo, por assim dizer, sobre os próprios pés”³⁰.

A referida ambiguidade encontra paralelo na própria terminologia escolhida por Goldschmidt para designar o produto da sua teoria, *direito penal administrativo*. Com efeito, para Goldschmidt, ao menos inicialmente, não se pode aqui falar com propriedade de *direito*, mas sim, quando muito, de um “*pseudo-direito*”³¹. Além de se tratar de um direito que não é direito, constitui ainda um direito *penal* que afinal também não é penal. O direito penal administrativo tem *natureza exclusivamente administrativa*, é uma parte do direito administrativo³². Assim, tal como o direito penal administrativo não é direito em sentido próprio, também as prescrições de direito penal administrativo não constituem normas jurídicas em sentido próprio, sendo antes de afirmá-lo como “o filho nascido de um casamento misto entre direito e administração”³³, um “bastardo do direito e da administração”³⁴.

2. Esta tese tem como pano de fundo a defesa de uma radical separação entre *direito (Recht)* e *administração (Verwaltung)*. É sobre esta contraposição que Goldschmidt faz assentar todas as suas considerações e conclusões, bem podendo dizer-

entender frequentes presunções jurídicas de culpa de direito penal administrativo, como no caso da responsabilização de terceiros pelo pagamento de penas de multa. Contra, MAYER, M. E., *Rechtsnormen und Kulturnormen*, p. 112, para quem essas e outras particularidades caracterizadoras de alguns delitos não seriam suficientes para atribuir a esse grupo uma identidade própria e autónoma em relação ao direito penal.

²⁸ GOLDSCHMIDT, “Das Verwaltungsstrafrecht...”, *Koch-Festgabe*, p. 442.

²⁹ Cf. MATTES, *Problemas de Derecho Penal Administrativo*, p. 195 e ss., e ³KK-BOHNERT, Introdução, n.º m. 11 e ss.

³⁰ GOLDSCHMIDT, James, “Le contravvenzione e la teoria del diritto penale amministrativo”, in: Luigi Lucchini, *Per il Cinquantenario della “Rivista Penale”*, Città di Castello, 1925, p. 419.

³¹ GOLDSCHMIDT, James, “Begriff und Aufgabe eines Verwaltungsstrafrechts”, *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1902, p. 212. Todavia, mais tarde, GOLDSCHMIDT, James, “Was ist ‘Verwaltungsstrafrecht?’”, *Deutsche Strafrechts-Zeitung*, n.º 1, 1914, cols. 223 e 227, admite que o direito administrativo tem natureza jurídica (col. 223) e considera o direito penal administrativo como um ramo do *direito* (col. 227).

³² GOLDSCHMIDT, *Das Verwaltungsstrafrecht*, p. 577, “Das Verwaltungsstrafrecht...”, *Koch-Festgabe*, p. 442 e s., e “Begriff und Aufgabe eines Verwaltungsstrafrechts”, *DJZ*, p. 213.

³³ GOLDSCHMIDT, “Begriff und Aufgabe eines Verwaltungsstrafrechts”, *GA*, p. 87.

³⁴ GOLDSCHMIDT, “Begriff und Aufgabe eines Verwaltungsstrafrechts”, *DJZ*, p. 213.

se, com M. E. Mayer, que “a diferenciação entre direito e administração representa o fundamento da teoria de Goldschmidt”³⁵. Para este, o direito e a administração distinguem-se entre si tanto quanto aos seus *fins*, como quanto aos seus *meios*. Enquanto a finalidade do direito é a protecção das esferas pessoais de vontade, isto, é, dos bens jurídicos, servindo-se para tal das *normas jurídicas*, conformadoras da ordem jurídica, que também designa por Constituição (*Verfassung*); o escopo da administração é a prossecução do bem público e estadual, através de uma *acção* constante³⁶.

Aquelas distintas finalidades correspondem a dois interesses humanos permanentemente colidentes entre si no “peito de cada homem”³⁷: o poder-querer (*Wollendürfen*), razão de ser da Constituição; e o bem-estar (*Wohlfahrt*), que justifica a existência da administração.

Sob um *ponto de vista subjectivo*, o poder-querer caracteriza-se por respeitar ao interesse de um portador de vontade, ao passo que com o bem-estar tal não sucede necessariamente assim.

De outra banda, sob um *prisma objectivo*, o poder-querer reporta-se à coexistência de múltiplos portadores de vontade e à necessidade, garantidora da paz, de regular as relações de uns com os outros, com vista a tornar possível a vida humana em comunidade. O poder-querer convoca, portanto, a dimensão pessoal que radica em cada indivíduo, a esfera de liberdade de cada um, procurando harmonizar as inúmeras esferas de poder individual que se confrontam em sociedade. Deste modo, à *Constituição de uma sociedade humana*, entendida como a ordem jurídica em sentido próprio e formal, cumpre a declaração da vontade geral sobre aquela que, em determinado momento, deve ser a legítima extensão da esfera de poder dos diferentes portadores de vontade³⁸.

O bem-estar, por sua vez e ainda num perfil objectivo, constitui a aspiração da vida em comum, correspondendo na sua substância a uma situação de absoluto de um estado material e ideal³⁹. Assim, se o poder-querer implica a existência da Constituição, isto é, das normas jurídicas, o bem-estar exige a existência da administração. “A

³⁵ MAYER, M. E., *Rechtsnormen und Kulturnormen*, p. 110, nota 3.

³⁶ GOLDSCHMIDT, *Das Verwaltungsstrafrecht*, p. 529 e ss., e “Begriff und Aufgabe eines Verwaltungsstrafrechts”, *GA*, p. 83 e s.

³⁷ GOLDSCHMIDT, *Das Verwaltungsstrafrecht*, p. 529. Desta forma, como refere MATTES, *Untersuchungen*, I, p. 136, se a teoria do direito penal de polícia estabeleceu como ponto de partida das suas reflexões o binómio indivíduo-Estado, com Goldschmidt a cisão ocorre dentro do próprio homem individual, que é de uma parte indivíduo e de outra parte ser comunitário.

³⁸ GOLDSCHMIDT, *Das Verwaltungsstrafrecht*, p. 529 e s.

³⁹ GOLDSCHMIDT, *Das Verwaltungsstrafrecht*, p. 529 e ss.

administração de uma sociedade humana é a actividade humana dirigida à prossecução do bem-estar”⁴⁰. Temos, pois, que o poder-querer se actualiza através das normas jurídicas, formando o direito; e ao bem-estar encontra-se associada uma pura actividade material, que se move em uma espécie de espaço livre de direito.

Aquele absoluto, a perfeição ideal e material, em que se consubstancia o bem-estar, nunca poderá, porém, aparecer como um estado, prefigurando-se antes sempre somente como uma meta, como uma aspiração inatingível. Daí que a administração, a quem está confiada a prossecução do bem-estar, nunca o possa encarar como um resultado alcançado e se veja confrontada com uma missão que implica um trabalho perpétuo⁴¹: “para a administração que olhasse para o bem-estar como um resultado acabado seria chegado, tal como para Fausto, o «último dia»”⁴².

Quem, em primeira linha, tem sobre os seus ombros o desígnio do bem-estar é a administração. Não obstante, o indivíduo, que sempre beneficiará da actividade desenvolvida para esse fim, não pode ficar totalmente à margem da acção administrativa. Por essa razão, o indivíduo assume um duplo papel, de portador de vontade, mas também de *órgão auxiliar da administração*⁴³. Nesta sua faceta, o sujeito individual é como que um funcionário ou melhor, ressalva Goldschmidt, acompanhando Paul Laband, um “escravo do Estado”⁴⁴. Na relação com a administração o particular aparece assim em uma posição de pura subordinação, ficando irrestritamente sujeito aos ditames que aquela lhe dirige, sejam eles prescritivos ou proibitivos. Neste sentido, as prescrições ou regulações administrativas em substância não são mais do que meras ordens que a administração dirige ao indivíduo, especificamente à sua dimensão de personalidade-membro (*Gliedpersönlichkeit*)⁴⁵.

⁴⁰ GOLDSCHMIDT, *Das Verwaltungsstrafrecht*, p. 532.

⁴¹ GOLDSCHMIDT, *Das Verwaltungsstrafrecht*, p. 533.

⁴² GOLDSCHMIDT, *Das Verwaltungsstrafrecht*, p. 533 e s.

⁴³ GOLDSCHMIDT, *Das Verwaltungsstrafrecht*, p. 553. Como veremos, algumas décadas volvidas, perante um novo *Zeitgeist*, esta concepção sobre a relação entre a administração e o indivíduo foi apontada como um dos principais pontos débeis da tese de Goldschmidt, uma vez que, nas palavras de KRÜMPELMANN, Justus, *Die Bagatelldelikte. Untersuchungen zum Verbrechen als Steigerungsbegriff*, Berlin, Duncker & Humblot, 1966, p. 168, “não é o indivíduo que é órgão da administração, mas é a administração que é órgão auxiliar da comunidade”. Tomada de posição esta a de Krümpelmann que à data continuava a fazer sentido, atenta a simpatia com que esta ideia de Goldschmidt foi depois acolhida por SCHMIDT, Eberhard, *Das Neue Westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht*, pp. 20 e 28.

⁴⁴ GOLDSCHMIDT, *Das Verwaltungsstrafrecht*, p. 549.

⁴⁵ GOLDSCHMIDT, “Das Verwaltungsstrafrecht...”, *Koch-Festgabe*, p. 442 e s.

3. Esta forma como Goldschmidt caracteriza as relações entre o direito e a administração vai ao encontro daquela que ao tempo constituía a perspectiva dominante acerca de tais relações, sustentada por alguns dos principais doutrinadores do direito administrativo alemão da época, como Otto Mayer ou Paul Laband, ambos seguidos de perto por Goldschmidt no seu *Verwaltungsstrafrecht*. A concepção de Goldschmidt foi pois um produto próprio do seu tempo, do *Zeitgeist* do Estado liberal⁴⁶, sem deixar porém de exibir ainda alguns traços próprios do Estado de polícia. Foi com o Estado de polícia que, nas palavras de Rogério Soares, se cavou “uma distinção nítida e fundamental entre matérias de direito e matérias de administração, entre *Iustizsachen* e *Regierungssachen*, distinção que transcende a sua situação histórica e há-de informar, tantas vezes a ocultas, o direito das épocas posteriores”⁴⁷. Embora já largamente mitigada, essa autonomia continuava a ser afirmada pela doutrina alemã da época, para quem “a Administração, dentro dos limites indicados, goza ainda duma liberdade, ou seja, de uma esfera de irrelevância ou indiferença jurídica que é, nem mais nem menos, a continuação do estado de coisas do regime de polícia”⁴⁸. Subsistia assim, embora “em escala cada vez mais reduzida – no âmbito, não na intensidade – uma actividade juridicamente irrelevante, afirmada nos interstícios, nos espaços mortos entre os círculos da actividade legislativa efectiva ou virtual, entre as matérias legisladas ou reservadas à lei. Era o domínio da chamada administração pura”⁴⁹.

A existência de tal linha de cortante separação entre o direito e a administração é afirmada sem peias por Paul Laband, acompanhado *pari passu* por Goldschmidt, sendo naquele bem patentes “as representações constitucionais contemporâneas, assentes no equilíbrio de poderes do monarca constitucional e do parlamento. O monarca surge no

⁴⁶ Acentuando a clara filiação do pensamento de Goldschmidt na ideologia individualista característica do liberalismo, MATTES, *Problemas de Derecho Penal Administrativo*, p. 184 e ss.

⁴⁷ SOARES, Rogério Ehrhardt, *Interesse Público, Legalidade e Mérito*, Coimbra, 1955, p. 59. Sobre o Estado de polícia, cf. ainda BRITO, Miguel Nogueira de, “Direito de polícia”, in: Paulo Otero / Pedro Gonçalves (coord.), *Tratado de Direito Administrativo Especial*, I, Coimbra, Almedina, 2009, p. 287 e ss.

⁴⁸ SOARES, Rogério, *Interesse Público, Legalidade e Mérito*, p. 70 – os limites a que o A. se refere correspondem a uma dupla limitação a que, no seu modo de ver, a administração estava sujeita no Estado liberal: “Por um lado, busca a justificação da sua actividade no texto legal que distribui pelas várias autoridades as tarefas que competem ao poder público. (...) Por outro lado, a Administração tem agora de respeitar o limite externo da sua actividade, constituído pela existência de direitos subjectivos dos particulares, cuja lesão importa necessariamente uma ilegalidade, uma vez que agora todos os direitos subjectivos estão compenetrados na lei” (Idem, p. 69).

⁴⁹ SOARES, Rogério, *Interesse Público, Legalidade e Mérito*, p. 76.

topo da Administração, assumindo *nomine suo* e com seus poderes residuais, as metas do bem-estar, sob a vigilância, resistência e contestação do parlamento”⁵⁰.

A administração é definida por Laband tanto sob um perfil subjectivo, como sob um perfil objectivo.

Numa definição subjectiva, assente no postulado da separação de poderes de Montesquieu, para Paul Laband a administração constitui tudo aquilo que não faz parte da esfera da legislação ou da justiça⁵¹. Para lá dessa noção em sentido negativo, na procura de um critério positivo, considera ser porventura correcto caracterizar o poder administrativo – por contraste com os poderes legislativo e judicial, que compreendem todos os actos do Estado que escapam à soberania do chefe do Estado, em virtude da liberdade e da vontade independente do corpo legislativo e da independência dos tribunais – como o poder que abarca a soma das acções das manifestações da vontade do Estado que se encontram submetidas à direcção do chefe do Estado. No seio da monarquia constitucional, o poder administrativo representa assim o domínio submetido ao poder do soberano, livre de qualquer colaboração dos representantes que compõem o poder legislativo e alheio à intervenção dos tribunais.

Se a administração se distingue da legislação e da justiça naquela prisma subjectivo, também se distingue destas em uma *vertente objectiva*, referida às diferentes actividades do Estado⁵². O que, no ponto de vista de Laband, constitui a nota identitária da actividade legislativa é o carácter imperativo que imprime a uma máxima jurídica, isto é, a enunciação de um princípio jurídico abstracto e o que forma a essência da justiça é o carácter imperativo atribuído a um estado de coisas concreto, manifestado no reconhecimento, na negação ou na regularização de um direito. Leis e sentenças encontram-se, destarte, dominadas por um critério comum: ambas contêm juízos. Todavia, os juízos, pela sua própria natureza, não dispõem por si só de vigência. Isto no sentido de que um Estado que se contentasse em apenas emitir leis e em dar sentenças judiciais desconjuntar-se-ia de imediato, uma vez que o mesmo não está em condições de cumprir a missão que lhe é imposta pelos seus fins senão através de *acções*. É imperioso que as leis sejam aplicadas e que as sentenças sejam executadas e nessa medida à legislação e à justiça será de contrapor a execução, tal como à vontade e ao

⁵⁰ ANDRADE, Manuel da Costa, “Contributo para o conceito de contra-ordenação (a experiência alemã)”, *RDE*, 6/7, 1980/1981, p. 98.

⁵¹ LABAND, Paul, *Le Droit Public de L'Empire Allemand*, II, Paris, V. Giard & E. Brière, 1901, p. 509.

⁵² LABAND, *Le Droit Public de L'Empire Allemand*, II, p. 511 e ss.

pensamento do Estado será de contrapor a actividade do Estado. A esta actividade será de fazer crescer ainda as acções vinculadas ao cumprimento de outras funções estaduais que vão para além da afirmação do direito, como sejam a protecção dos indivíduos e do território dos ataques de outros Estados e a conservação do bem-estar moral e material do povo.

Nesta ordem de ideias, Laband define a administração pública como a acção do Estado, o fazer e o omitir do Estado enquanto pessoa capaz de acção⁵³. Estabelece um paralelo entre a pessoa física e o Estado: da mesma forma que a acção se reconduz à força física do homem que se manifesta através da sua mão, por oposição à sua actividade intelectual, existe também uma estreita conexão objectiva e inclusivamente filológica entre administração (*Verwaltung*) e poder (*Gewalt*). A administração compreende então tudo aquilo que o Estado faz, sendo certo que o Estado administra não quando legisla ou realiza a justiça, mas apenas quando se mostra em acção. É assim que, consistindo a ordem jurídica numa limitação dos direitos e deveres dos indivíduos, se compreende que a própria administração esteja subordinada a esses limites quando a esfera de vontade das autoridades a quem é confiada a administração estadual se confronte com a esfera dos indivíduos ou de outros entes públicos⁵⁴. Todavia, naquilo que se mantenha dentro dos limites da própria administração não estarão já em causa preceitos jurídicos. Quando a administração rege a sua própria conduta no seio do domínio onde a sua vontade é livre e constitui lei, isso nenhum relevo tem para a ordem jurídica. Tudo o que justifica que os regulamentos, as instruções e as circulares produzidas no âmbito administrativo não tenham a natureza de disposições jurídicas.

4. Voltando a James Goldschmidt, percebe-se que a sua caracterização do direito penal administrativo e da sua contraposição ao autêntico direito penal, o direito penal constitucional ou de justiça, é reflexo do paradigma acabado de traçar à data dominante na ciência jurídico-alemã, de que Paul Laband era um dos máximos expoentes. Um paradigma de total separação entre os planos da administração e do direito.

⁵³ LABAND, *Le Droit Public de L'Empire Allemand*, II, p. 511 e ss.

⁵⁴ LABAND, *Le Droit Public de L'Empire Allemand*, II, p. 518 e ss.

Para Goldschmidt, o critério de distinção entre o verdadeiro direito penal – de início denominado *direito penal constitucional* (*Verfassungsstrafrecht*)⁵⁵ e passado apenas um ano, porventura em função da crítica formulada por M. E. Mayer a esta designação, apelidado, tal como sugeria este último autor⁵⁶, de *direito penal de justiça* (*Justizstrafrecht*)⁵⁷ – e o direito penal administrativo e concomitantemente entre a *ilicitude (penal)* e a *antiadministratividade* radica essencialmente na existência de uma ofensa a um *bem jurídico*, concebida como “a insurreição de um portador de vontade contra a vontade geral, um *danus emergens*”⁵⁸.

O ilícito corresponde, desde logo, numa *perspectiva formal*, à violação de um preceito jurídico, a uma antijuridicidade (*Rechtswidrigkeit*). Nota que logo à partida o distingue da antiadministratividade (*Verwaltungswidrigkeit*), já que esta não se manifesta em uma afronta à declaração da vontade geral e como tal não representa uma infracção a normas jurídicas. Uma vez que, como vimos, a administração consiste em pura actividade material, a antiadministratividade projecta-se somente em uma contrariedade de uma vontade de actuação, que não contende com qualquer norma jurídica⁵⁹.

Além desta diferença de cunho formal, a divergência entre ilicitude e antiadministratividade exprime-se ainda num *plano material*, a ofensa de um bem jurídico, característica identitária do direito penal de justiça que se não mostra presente nos factos próprios do direito penal administrativo. No facto penalmente relevante, o indivíduo, na sua faceta de portador de vontade, ofende a esfera de poder de outro portador de vontade, assim perpetrando uma ofensa de um bem jurídico, qualificada

⁵⁵ GOLDSCHMIDT, *Das Verwaltungsstrafrecht*, p. 553 e ss., e “Begriff und Aufgabe eines Verwaltungsstrafrechts”, *DJZ*, p. 213, ambos de 1902.

⁵⁶ Cf. MAYER, M. E., *Rechtsnormen und Kulturnormen*, p. 109 e ss., para quem, em todo o caso, a questão terminológica constituía um mero “apêndice” da divergência de fundo em relação a Goldschmidt. Considerava M. E. Mayer que, tendo em conta a convergência entre o conceito de Constituição e o conceito de ordem jurídica advogado por Goldschmidt, não poderia aceitar-se a contraposição direito / administração a que nos vimos referindo em texto, uma vez que tinha por indefensável o ponto de partida de toda a construção, a premissa de que a administração viveria fora do direito. Postas assim as coisas, MAYER, M. E., *cit.*, p. 111, acrescentava que se se pretendesse designar o direito penal criminal através de uma expressão que permitisse contrapô-lo ao direito penal administrativo sempre seria preferível utilizar para aquele o termo “direito penal de justiça”, porque corresponderia à distinção corrente entre justiça e administração.

⁵⁷ GOLDSCHMIDT, “Das Verwaltungsstrafrecht...”, *Koch-Festgabe*, 1903, *passim*.

⁵⁸ GOLDSCHMIDT, *Das Verwaltungsstrafrecht*, p. 539. Do mesmo passo, rejeita a possibilidade de fazer passar essa distinção, mais especificamente a delimitação das contravenções de polícia, pelo conceito de perigo abstracto – cf. GOLDSCHMIDT, “Begriff und Aufgabe eines Verwaltungsstrafrechts”, *GA*, p. 79 e ss.

⁵⁹ GOLDSCHMIDT, “Begriff und Aufgabe eines Verwaltungsstrafrechts”, *GA*, p. 84.

como *danus emergens*⁶⁰. Nada disso é porém possível no âmbito administrativo, que, por definição, é imune à produção de um *danus emergens*. Se, como se referiu, a meta da administração é a busca do bem-estar, mas este aparece-lhe sempre como um objectivo a perseguir e nunca como um resultado acabado, o desrespeito do particular para com as prescrições administrativas poderá, quando muito, representar um *lucrum cessans*. Existe aí, com efeito, a omissão de um acto tido como necessário para a prossecução daquele fim. Mas também por isso esse facto não implica mais do que a falta de auxílio para a obtenção de um resultado, o que redundará tão-só em um simples *lucrum cessans*. Não se verificando aí em caso algum um atentado a um bem jurídico ou, dito de outro modo, na terminologia de Goldschmidt, um *danus emergens*, à infracção administrativa falta esse elemento material essencial que permite reconhecê-la como um facto do direito penal de justiça, como um facto *do* direito⁶¹.

Estes termos em que o confronto entre direito penal de justiça e direito penal administrativo é apresentado por Goldschmidt são em parte alterados e em parte complementados pelo seu pensamento posterior, desvelado aliás logo no ano seguinte ao da publicação da dissertação com que pela primeira vez deu a conhecer a sua tese⁶².

4.1 A *alteração* dá-se relativamente ao seu ponto de vista sobre o aspecto formal das regulações administrativas. Se inicialmente parece repudiar a ideia de que estas se dão a conhecer através de preceitos com natureza jurídica, passa depois claramente a aceitar que sob um *prisma estritamente formal* as normas do direito penal administrativo são normas jurídicas⁶³. Esse reconhecimento não significa, todavia, qualquer cedência em relação ao *punctum saliens* da sua concepção, designadamente, que o direito penal administrativo é matéria exclusivamente administrativa. Se por força da ideia de Estado de direito os preceitos administrativos devem assumir forma jurídica nem por isso todavia perdem o seu carácter exclusivamente administrativo, mais especificamente, de *purus ordens administrativas*. E nisso continuam a distinguir-se das normas do direito penal de justiça. Enquanto este é constituído por normas autenticamente jurídicas, tanto

⁶⁰ GOLDSCHMIDT, *Das Verwaltungsstrafrecht*, p. 539 e ss.

⁶¹ GOLDSCHMIDT, *Das Verwaltungsstrafrecht*, p. 545 e ss., e “Begriff und Aufgabe eines Verwaltungsstrafrechts”, *GA*, p. 84 e s.

⁶² Cf. GOLDSCHMIDT, “Das Verwaltungsstrafrecht...”, *Koch-Festgabe*, p. 415 e ss.

⁶³ GOLDSCHMIDT, “Das Verwaltungsstrafrecht...”, *Koch-Festgabe*, p. 419, e “Le contravvenzione e la teoria del diritto penale amministrativo”, p. 413. Sublinhando já esta evolução, TIEDEMANN, Klaus, *Tatbestandfunktionen im Nebenstrafrecht, Untersuchungen zu einem rechtsstaatlichen Tatbestandsbegriff, entwickelt am Problem des Wirtschaftsrechts*, Tübingen, J. C. B. Mohr, 1969, p. 103.

na sua forma, como na sua essência; o direito penal administrativo é composto por normas que formalmente são preceitos jurídicos, mas que no seu núcleo contêm comandos de natureza administrativa⁶⁴. Esta duplicidade da norma do direito penal administrativo, produto híbrido de uma ordem administrativa e de uma norma jurídica⁶⁵, faz com que, sob uma perspectiva sistemática, a mesma deva ser colocada em um plano intermédio entre a norma do direito penal de justiça, pura norma jurídica, e a norma do direito penal disciplinar, pura ordem administrativa, desprovida em absoluto de qualquer nota que a possa caracterizar como norma jurídica. Em conformidade, conclui Goldschmidt que “as normas do direito penal de justiça dirigem-se à personalidade-individual, as do direito penal administrativo à personalidade-membro e as do direito penal disciplinar ao órgão ou, se se preferir, à personalidade-órgão”⁶⁶. Não obstante, mesmo tendo sempre uma expressão menor do que no direito penal administrativo, admite que no próprio direito penal de justiça releve ainda uma dimensão de personalidade-membro. Neste aspecto, direito penal administrativo e direito penal de justiça distinguem-se qualitativamente do direito penal disciplinar, em que só releve a personalidade-órgão, e nas relações entre aqueles dois domínios só será possível falar em uma diferenciação quantitativa, que, todavia, pela sua expressão, acaba por assumir natureza qualitativa⁶⁷.

4.2 A referida diferenciação entre as normas do direito penal de justiça e do direito penal administrativo é além disso ainda *desenvolvida e complementada* numa *dimensão substancial*. O critério material de distinção continua a ser o do bem jurídico e é a partir dele que Goldschmidt cava mais fundo o fosso da separação entre umas normas e outras, lançando na teoria do direito penal administrativo os gérmenes de uma ideia que é ainda hoje capital nesta discussão, a da relevância ética do facto.

⁶⁴ GOLDSCHMIDT, “Das Verwaltungsstrafrecht...”, *Koch-Festgabe*, p. 419.

⁶⁵ GOLDSCHMIDT, “Das Verwaltungsstrafrecht...”, *Koch-Festgabe*, p. 441.

⁶⁶ GOLDSCHMIDT, “Das Verwaltungsstrafrecht...”, *Koch-Festgabe*, p. 423.

⁶⁷ GOLDSCHMIDT, “Das Verwaltungsstrafrecht...”, *Koch-Festgabe*, p. 438. A fórmula aqui usada por Goldschmidt – “*ein qualitativer Quantitätsunterschied*” – tornou-se famosa, tendo atravessado várias décadas e chegado à actualidade, afluindo no pensamento de autores como Walter Sax, Richard Lange, Claus Roxin ou Figueiredo Dias, via de regra com o intuito de (re)afirmar a natureza qualitativa da distinção entre crimes e contra-ordenações em cenários nos quais a contraposição entre estes tipos de infracção aparenta ser feita em função da respectiva gravidade.

Considerando que as normas do direito penal de justiça compreendem a proibição de produção de um dano ou da criação de um perigo⁶⁸ e desempenham assim uma função concreta e material de protecção de bens jurídicos, entende que por essa via cada uma dessas normas revela um “*momento ético*”, na esteira do “*mínimo ético*” a que já se referia Georg Jellinek⁶⁹, para quem “o direito não é outra coisa senão o mínimo ético”⁷⁰. No sentido dessa relevância ética concorre sobremaneira o facto de a norma do direito penal de justiça ser manifestação de uma vontade que é expressão da razão, ser no fundo a explicitação de uma convicção que se encontra arreigada na comunidade⁷¹. Assim, acrescenta, caracterizando-se essas normas por uma proibição de lesão ou de perigo, impregnada por esta natureza, a sua violação implica sempre uma lesão ou uma colocação em perigo de um bem jurídico, o que representa a violação de um dever ético-jurídico. Estes deveres éticos, em relação aos quais as normas reagem juridicamente, correspondem às exigências impostas pela sociedade aos seus membros enquanto indivíduos, constituindo o correlato necessário do reconhecimento social do indivíduo como personalidade, como portador de direitos⁷².

De um tal momento ético já não é todavia possível falar no âmbito do direito penal administrativo. Ao contrário da norma do direito penal de justiça, que, sendo portadora daquela declaração da razão, compreende um momento ético, a norma do direito penal administrativo repousa exclusivamente na vontade do seu emissor, o Estado, que, qual “*stat pro ratione voluntas*”⁷³, coloca uma ordem administrativa no lugar de tal declaração de razão. Deste jeito, as normas que caem na esfera do direito penal administrativo não são normas criadas em função de uma íntima convicção ética da comunidade, mas apenas por obra da vontade do Estado⁷⁴, revelando-se por isso

⁶⁸ A proibição a que GOLDSCHMIDT, “Das Verwaltungsstrafrecht...”, *Koch-Festgabe*, p. 422, se refere filia-se, segundo o próprio, nos conceitos de proibição de lesão e de proibição de perigo de Binding.

⁶⁹ Cf. GOLDSCHMIDT, “Das Verwaltungsstrafrecht...”, *Koch-Festgabe*, p. 422.

⁷⁰ JELLINEK, Georg, *Die sociaethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe*, Wien, Alfred Hölder, 1878, p. 42.

⁷¹ GOLDSCHMIDT, “Das Verwaltungsstrafrecht...”, *Koch-Festgabe*, pp. 422 e 424. Esta visão reconduz-se à posição assumida por Otto von Gierke na controvérsia mantida com Zorn a propósito da identidade (ou falta dela) entre a ordem estadual e a norma jurídica. Referindo-se a esta polémica, GOLDSCHMIDT, *cit.*, p. 420 e ss., coloca-se do lado de Gierke, para quem a ordem estadual e a norma jurídica são realidades distintas, sendo esta última caracterizada como uma expressão da razão, designadamente, como uma norma que deve determinar incondicionalmente a livre vontade humana pela sua própria força de convencimento. Nesta perspectiva, o *direito* é considerado como uma força interior, isto é, que se impõe por si, e o *Estado* como uma força exterior, que se impõe pelo seu poder.

⁷² GOLDSCHMIDT, “Das Verwaltungsstrafrecht...”, *Koch-Festgabe*, p. 423 e s.

⁷³ GOLDSCHMIDT, “Das Verwaltungsstrafrecht...”, *Koch-Festgabe*, p. 422.

⁷⁴ GOLDSCHMIDT, “Das Verwaltungsstrafrecht...”, *Koch-Festgabe*, p. 424.

culturalmente indiferentes⁷⁵. Donde, nelas não se exprime a força interior de uma crença colectiva sobre o indivíduo, antes só a força externa de um grupo sobre um seu membro. A violação dessas normas em cada caso concreto não constitui então a violação de um dever ético-jurídico, configurando apenas uma mera desobediência perante uma ordem administrativa⁷⁶.

5. O binómio direito *vs.* administração reflecte-se na contraposição entre ilicitude e antiadministratividade, no contraste entre as normas do direito penal de justiça e do direito penal administrativo e conhece por fim uma continuidade no *contraste entre a “reacção penal do direito” e a “reacção penal da administração”*⁷⁷. Ali temos a pena em sentido autêntico, como reacção do direito penal e da justiça penal ao ilícito praticado pelo indivíduo. Trata-se de uma reacção que, no plano formal, se caracteriza pelo facto de ser ditada por sentença judicial, que se apresenta como contradecaração à violação da declaração jurídica, isto é, à antijuridicidade. No plano material a pena consubstancia-se na “ofensa de um bem jurídico do criminoso como reacção à ofensa do bem jurídico a ele imputável”⁷⁸. É toda uma outra a natureza daquela a que Goldschmidt chama de “reacção penal da administração”. Neste domínio relevam sobretudo as ideias de que a administração se caracteriza essencialmente pela sua *actividade* e que as violações das suas prescrições não passam de transgressões de um *mero órgão auxiliar da administração*, com uma gravidade bem distinta daquela que é inerente à ofensa da esfera jurídica de um outro indivíduo⁷⁹. Porque assim é, “em termos substanciais, o exercício do poder penal administrativo não representa uma realização da justiça, nem contende com a esfera jurídica do visado, não sendo nada mais do que uma actividade administrativa que consiste na reprimenda de um órgão auxiliar”⁸⁰. Destarte, não está em causa uma consequência jurídica, mas tão-só uma consequência administrativa que é manifestação do poder de coerção da administração⁸¹.

⁷⁵ Cf. GOLDSCHMIDT, “Was ist ‘Verwaltungsstrafrecht?’”, col. 226, que, declaradamente, se aproxima aqui de MAYER, M. E., *Rechtsnormen und Kulturnormen*, p. 109 e ss.

⁷⁶ GOLDSCHMIDT, “Das Verwaltungsstrafrecht...”, *Koch-Festgabe*, p. 423 e ss.

⁷⁷ Cf. GOLDSCHMIDT, “Begriff und Aufgabe eines Verwaltungsstrafrechts”, *GA*, p. 86.

⁷⁸ GOLDSCHMIDT, “Begriff und Aufgabe eines Verwaltungsstrafrechts”, *GA*, p. 86.

⁷⁹ GOLDSCHMIDT, *Das Verwaltungsstrafrecht*, p. 552 e s.

⁸⁰ GOLDSCHMIDT, “Begriff und Aufgabe eines Verwaltungsstrafrechts”, *GA*, p. 86.

⁸¹ GOLDSCHMIDT, “Was ist ‘Verwaltungsstrafrecht?’”, cols. 222 e 224.

6. A diferença marcada que Goldschmidt divisa entre o direito penal de justiça e o direito penal administrativo não vai porém ao ponto de os considerar como territórios estanques e incomunicáveis. Pelo contrário, o que a história demonstra é um contínuo processo de comunicabilidade entre um domínio e outro, o chamado *Abschichtungsprozess*, que permite concluir no sentido de que a separação entre delitos administrativos e delitos criminais é somente relativa e não absoluta. A inclusão de um facto num campo ou noutro depende da percepção temporal e espacial que sobre a sua natureza recaia, sendo mesmo de considerar que poucos serão os crimes que não hajam previamente passado por um estágio de mera natureza administrativa⁸². Essa passagem ocorre quando as infracções do direito penal administrativo são interiorizadas pela moral social⁸³, mostrando-se então maduras para entrarem no direito penal de justiça.

§ 3. A RECONSTRUÇÃO DE ERIK WOLF

1. Depois de Goldschmidt, a passagem de testemunho da teoria do direito penal administrativo foi assegurada por Erik Wolf, sobretudo através do seu estudo acerca da posição do delito administrativo no âmbito do sistema penal, de 1930⁸⁴. Não que a tese de Goldschmidt não tenha colhido a adesão de outros autores, um deles inclusive de grande nomeada, como v. Liszt⁸⁵. Mas retrospectivamente é sempre o nome de Wolf que sobressai entre aqueles que se colocaram na esteira de Goldschmidt. Para tal terá contribuído o facto de Wolf ter aparecido a defender o paradigma do direito penal administrativo numa fase em que a discussão em seu torno já havia claramente esmorecido, sendo mesmo objecto de rejeição generalizada, ao ponto de Wolf ser mais tarde apontado por Mattes como o salvador da teoria do direito penal administrativo⁸⁶. Contribuiu ainda, em definitivo, a circunstância de Wolf, manifestando-se embora fiel

⁸² GOLDSCHMIDT, *Das Verwaltungsstrafrecht*, p. 584 e ss.

⁸³ GOLDSCHMIDT, “Le contravvenzione e la teoria del diritto penale amministrativo”, p. 416.

⁸⁴ WOLF, Erik, “Die Stellung der Verwaltungsdelikte im Strafrechtssystem”, P. 516 e ss.

⁸⁵ Cf. LISZT, Franz v., *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 21.^a e 22.^a ed., Berlin, Walter de Gruyter, 1919, p. 112 e s., e ainda, por outros, KRAKENBERGER, *Die rechtliche Natur der Ordnungsstrafe*, p. 53 e s., HOFACKER, Wilhelm, *Über die Grenzabscheidung zwischen Strafrechtsprechung und Verwaltung*, Berlin, Kohlhammer, 1914, p. 103 e ss., LÖWENTHAL, Martin, “Brauchen wir ein deutsches Verwaltungsstrafrecht und ein Verwaltungsstrafverfahren?”, *Verwaltungsarchiv*, 32, 1927, p. 168 e ss., e ANDERS, Georg, “Verwaltungsstrafrecht”, in: Stier Somlo *et. al.* (orgs.), *Handwörterbuch der Rechtswissenschaft*, VI, Berlin, Walter de Gruyter, 1929, p. 625 e ss.

⁸⁶ MATTES, *Problemas de Derecho Penal Administrativo*, p. 207.

às principais linhas de força do movimento do direito penal administrativo, ter apresentado uma renovada fundamentação em sua defesa, bem acolhida aliás pelo próprio Goldschmidt⁸⁷ e mais tarde em larga parte retomada por Eberhard Schmidt.

À semelhança de Goldschmidt, o mote que anima Wolf é a ideia de que é chegada a hora de empreender uma total separação do direito penal administrativo ou de polícia do direito penal criminal ou de justiça. Nesse sentido, concorrem razões de jusfilosóficas, dogmáticas e político-criminais⁸⁸, todas elas detidamente explicitadas por Wolf.

2. Para Wolf é claro que, mais do que com base em razões de índole lógico-formal, o direito penal administrativo deve fundar-se na própria ideia de crime e de pena, sendo-lhe pois indissociável uma fundamentação de natureza *jusfilosófica*. A problemática jusfilosófica da infração administrativa não é portanto senão um reflexo da doutrina geral do crime e da pena⁸⁹.

Relativamente à *pena*, a sua opinião é de que como quer que a pena criminal seja caracterizada quanto aos seus fins – isto é, seja na perspectiva da escola clássica, seja na da escola moderna – nunca a pena administrativa poderá ser com ela identificada⁹⁰. Na fundamentação idealista, espiritual ou ideológica da pena que é própria da escola clássica, a pena criminal tem as suas raízes em representações de cariz teológico ou ético, como a negação do ilícito ou a expiação da culpa, cujo sentido perde total razão de ser perante um delito administrativo. Mas o mesmo pode dizer-se de uma pena como é a concebida pela escola moderna, com um vezo realístico, naturalístico ou ontológico. Para este movimento, a pena criminal deve servir propósitos de educação ou de segurança vinculados a pressupostos científico-naturais e sociológicos, que todavia são de todo em todo estranhos ao sentido da infração administrativa. De acordo com Wolf, há assim que convir que o sentido da pena criminal, em qualquer uma daquelas diferentes acepções, é distinto do sentido da pena administrativa. E é por aqui mesmo que a diferença entre uma e outra deve ser estabelecida, pois baldadamente procurar-se-

⁸⁷ Cf. GOLDSCHMIDT, James, “Die Rechtsgültigkeit des Zwangsgeldes in Polizeiverordnungen nach dem Preußischen Polizeiverwaltungsgesetz. Ein der Preußischen Regierung erstattetes Gutachten”, *ZStW*, 52, 1932, p. 524, considerando que Erik Wolf fundamentou e desenvolveu a sua teoria de modo mais elegante e profundo do que ele próprio.

⁸⁸ WOLF, “Die Stellung der Verwaltungsdelikte im Strafrechtssystem”, p. 518 e *passim*.

⁸⁹ WOLF, “Die Stellung der Verwaltungsdelikte im Strafrechtssystem”, p. 518 e s.

⁹⁰ Cf. WOLF, “Die Stellung der Verwaltungsdelikte im Strafrechtssystem”, p. 519 e s.

á diferenciá-las através da sua natureza conceitual. É que ambas poderão ser conceptualmente qualificadas como consequências jurídicas decorrentes do preenchimento de um tipo. Parificação que, no entanto, como vimos, será de rejeitar quanto aos respectivos fins, o que leva Wolf a concluir que a distinção entre pena criminal e pena administrativa deve fazer-se não num plano conceitual, mas num plano de (desvalor de) sentido.

Tal como sucede com a pena, também em relação ao *crime*, como conceito correlativo à pena, há-de afirmar-se uma incompatibilidade de princípio no confronto com o delito administrativo, tanto no caso de o crime ser fundamentado a partir do binómio conceitual de pendor idealista “culpa e ilícito”, como no caso de ser conformado na base do binómio conceitual realista “perigosidade e danosidade”⁹¹. Se, por um lado, culpa e ilicitude respeitam ao conflito ético entre o delincente e a comunidade jurídica; por outro lado, a perigosidade e a danosidade têm a ver com a relação de tensão de índole sociológica entre o delincente e a comunidade jurídica; mas nem esta relação de tensão, nem aquele conflito se verificam na generalidade dos casos de infracções administrativas. Embora admita que no plano conceitual existe um paralelo entre o crime e o delito administrativo, pois ambos podem ser caracterizados como uma conduta típica, ilícita e culposa, para Wolf, tal como ocorre quanto à pena, também o facto criminal será de distinguir do delito administrativo não por uma via conceitual, mas pela via do respectivo (desvalor de) sentido.

Nesta linha, entende Wolf que a natureza jusfilosófica do delito administrativo perante o delito de justiça radica numa diferenciação (de desvalor de sentido) transcendental e não num critério conceitual lógico-formal⁹². Ainda nesta dimensão apela à ideia de *bem jurídico* para marcar a diferença entre os mundos da infracção criminal e da infracção administrativa. Concorda com Fritz Trops, um dos mais acirrados críticos de Goldschmidt, quando este afirma que o conceito de bem jurídico constitui o ponto nevrálgico da distinção entre o delito criminal e o delito de polícia⁹³, mas diverge dele na medida em que possa admitir-se que para a delimitação do direito penal administrativo e do direito penal de justiça o bem jurídico seja tomado como conceito *dogmático* conformador de um ponto de referência formal do juízo de ilicitude.

⁹¹ WOLF, “Die Stellung der Verwaltungsdelikte im Strafrechtssystem”, p. 520.

⁹² WOLF, “Die Stellung der Verwaltungsdelikte im Strafrechtssystem”, p. 520.

⁹³ TROPS, Fritz, *Begriff und Wert eines Verwaltungsstrafrechtes*, Breslau, Schletter’sche Buchhandlung, 1926, p. 53 e s., nota 5.

O bem jurídico pode desempenhar uma tal função de delimitação, mas desde que seja invocado como conceito jusfilosófico. Nessa condição, o pensamento do bem jurídico pode adquirir conteúdo material. Cumpre é que estejam em causa autênticos bens aos quais seja oferecida protecção através de preceitos penais. Pois não pode ser considerado como bem jurídico para este efeito tudo aquilo que como tal seja declarado pelo legislador. Para que um determinado interesse assuma tal qualidade de autêntico bem jurídico é essencial que lhe seja reconhecível uma ligação emocional com o conteúdo de um pensamento de justiça. Numa palavra, o bem jurídico que tem em mente, o bem jurídico em sentido filosófico, é o “bem de cultura” (*Kulturgut*). Não obstante, isto está longe de significar que só devam merecer esse qualificativo os bens objecto de protecção penal, já que existem bens que apesar de não beneficiarem dessa tutela são bens jurídicos dignos e capazes de protecção, como é o exemplo da força de trabalho.

Paralelamente, aponta como bens *administrativos*, por contraposição aos bens *jurídicos*, aqueles que resultam da ligação entre qualquer questão social e o conteúdo de um valor estadual de perfil administrativo. Assim, no âmbito da denominada vida de cultura os bens jurídicos estão vinculados a fins jurídicos e os bens administrativos estão ao serviço de finalidades de bem-estar.

Complementarmente, considera que a oposição entre fins de bem-estar e fins de justiça se manifesta ainda de modo claro através da sua diferenciada estrutura temporal. Os bens administrativos do bem-estar são bens do presente; já os bens da justiça, os bens jurídicos, são bens do futuro. Isto porque aqueles têm estampado o signo da efemeridade e encontram-se sujeitos a um perpétuo processo de mutação, o processo de decantação a que já se referia Goldschmidt⁹⁴. A prossecução desses interesses administrativos tem portanto sentido apenas para o tempo presente e é isso que justifica que às prescrições de polícia seja praticamente sempre marcada uma vigência limitada, que faz delas direito temporário. Com efeito, os bens por elas protegidos são dignos e merecedores de protecção sempre apenas em função de circunstâncias sazonais ou históricas que não se prolongam no tempo. Esta nota temporal repercute-se, por sua vez, nas próprias características do facto punível do delito administrativo, *maxime* do elemento da *culpa* que se lhe encontra associado. Uma vez que o que essencialmente releva na infracção administrativa é um momento de imposição de um *facere*, quem

⁹⁴ GOLDSCHMIDT, *Das Verwaltungsstrafrecht*, p. 584 e ss.

comete um delito administrativo viola um dever positivo, que corresponde a uma obrigação de levar a cabo determinada actividade que é cunhada pela própria época em que o agente se insere.

Sob esta perspectiva, Wolf divisa então uma diferença fundamental entre o agente que pratica um crime e aquele que comete um delito administrativo. O primeiro, o criminoso, que culposamente comete um ilícito criminal, lesando ou colocando em perigo um bem jurídico, actua ilegal ou ilicitamente. É um agente que não dá observância ao mínimo ético vertido nos limites legais, actuando contra a “íntima convicção ética da comunidade jurídica”, na expressão, uma vez mais, de Goldschmidt. Trata-se, portanto, nas palavras de Wolf, de “uma pessoa associal, anti-social e perigosa”⁹⁵. O agente do delito administrativo encontra-se nos antípodas: quem realiza um ilícito administrativo, através da lesão ou colocação em perigo de um bem de bem-estar, revela meramente uma falta de zelo social, de um comportamento socialmente solidário. É um sujeito que não actua de forma verdadeiramente ilícita, mas apenas desagradável e incómoda. É alguém que não faz o suficiente para atingir o máximo ético; mas, ainda assim, não é de todo um ser anti-social e perigoso, revelando-se apenas, via de regra, uma pessoa meramente descuidada⁹⁶.

3. A contraposição entre o crime e o delito administrativo deve passar ainda pelo plano *dogmático*. Erik Wolf dá como adquirido que *em sentido material o direito penal administrativo é direito administrativo e em sentido formal é direito penal*⁹⁷. Esta ligação formal obriga a que todo o delito administrativo seja penetrado pelas categorias formais do direito penal: tipicidade, ilicitude e culpa. Se deve assim reconhecer-se que as categorias formais jurídico-penais têm validade para o sistema do direito penal administrativo, não quer isso porém dizer que haja identidade material de conteúdos entre ambos. É justamente essa diferença material de conteúdo das categorias da tipicidade, da ilicitude e da culpa que, de acordo com Wolf, concorre para alicerçar a diferença qualitativa que separa o direito penal administrativo do direito penal de justiça.

⁹⁵ WOLF, “Die Stellung der Verwaltungsdelikte im Strafrechtssystem”, p. 525.

⁹⁶ WOLF, “Die Stellung der Verwaltungsdelikte im Strafrechtssystem”, p. 526.

⁹⁷ WOLF, “Die Stellung der Verwaltungsdelikte im Strafrechtssystem”, p. 560.

A nota identitária dos delitos administrativos em sede de *tipicidade* é a ausência de um objecto do facto⁹⁸. A sua especificidade em relação ao delito de justiça não está para Wolf na carência de um bem jurídico da ofensa tipicamente relevante, mas na inexistência de um objecto do facto susceptível de lesão. Isto significa que o evento típico, *hoc sensu*, é ético-culturalmente descolorido, sendo exclusivamente produto de uma pré-construção jurídica. O delito administrativo corresponde a um específico delito de ordem, confinado a um ordenamento jurídico nacional e que não raro se encontra previsto em legislação meramente temporária. Um delito, em suma, que não dispõe de qualquer significado transpositivo ou jurídico-natural.

No domínio da *ilicitude*, e uma vez mais, nada há que permita traçar uma distinção à luz de uma avaliação formal. O delito administrativo e o delito de justiça são absolutamente iguais na medida em que sejam vistos como *infracção à norma* em sentido jurídico. Em um perfil sistemático, sendo praticada uma conduta típica será de considerar indiciada a existência de ilicitude. Esta “verdade” é tão válida para o delito penal, como para o delito administrativo, pelo que não será por aí que, no âmbito da ilicitude, a diferença entra ambos pode ser encontrada⁹⁹. Já se o confronto for estabelecido a partir daquilo que materialmente caracteriza a ilicitude de cada um desses domínios, será de concluir pela autonomia entre ambos, nomeadamente, através das gradações de ilicitude material que os separam. Sobreleva aqui desde logo a ideia de que o delito administrativo apresenta uma menor danosidade social do que aquela que é própria do delito de justiça. Facto que é comprovado pelas contravenções de polícia, nas quais, as mais das vezes, o dano individual é mínimo ou até mesmo inexistente, o dano cultural é insignificante e o dano estadual (social) por elas causado não é de todo em todo relevante. Especificidade do dano administrativo é a circunstância de lhe ser estranha qualquer ligação a uma pessoa ou a uma situação de natureza individuais, manifestando-se o mesmo na imaterialidade da lesão produzida e na frustração de uma função estadual em curso. Dano que portanto não é susceptível de ser apreendido através de um resultado modificativo do mundo exterior, tal como não é susceptível de quantificação ou mensuração, sendo assim apropriado designá-lo, com Goldschmidt, como *lucrum cessans*¹⁰⁰.

⁹⁸ WOLF, “Die Stellung der Verwaltungsdelikte im Strafrechtssystem”, p. 560 e ss.

⁹⁹ WOLF, “Die Stellung der Verwaltungsdelikte im Strafrechtssystem”, p. 563.

¹⁰⁰ WOLF, “Die Stellung der Verwaltungsdelikte im Strafrechtssystem”, p. 564 e ss.

A razão por que os delitos administrativos se deixam caracterizar pela falta de um dano palpável ou tangível prende-se com a ausência de um dano cultural (individual ou social) pré-jurídico que se mostre plasmado no respectivo tipo legal. Contudo, o “dano” do delito administrativo não se cinge a uma pura violação formal da norma, pois as regras que à partida são culturalmente indiferentes são elas próprias criadoras de normas de cultura. E isto porque, quanto a elas, a evolução da consciência normativa social decorre não de um influxo das normas de cultura sobre as normas jurídicas, mas precisamente de um influxo de direcção contrária, destas para aquelas. Ou seja, os delitos administrativos não são um produto de normas de cultura que desembocam em normas jurídicas, são sim fruto de normas jurídicas, que, actuando sobre a consciência normativa social, podem acabar por criar normas de cultura. Esta futura materialidade do dano não é todavia suficiente para se constituir como critério decisivo no sentido de conferir uma especial ilicitude material à infracção administrativa. Pelo contrário, esse critério é formado pelo abalo da consciência jurídica objectiva, desencadeado por um comportamento infractor e pelo desacatamento de uma concreta ordem estadual, levando a que este *danus emergens* apareça aos olhos de um observador fundamentalmente como um *lucrum cessans*¹⁰¹.

Wolf considera, em conclusão, que aquilo que faz contrastar a ilicitude do delito administrativo com a ilicitude do delito de justiça não é tanto a violação formal de uma norma ou a produção de um dano individual, quanto a causação de um dano social imediato, que não pressupõe a lesão de interesses de natureza individual. Onde não exista uma lesão material pessoal ou patrimonial tipicamente relevante e assim constitutiva de um elemento essencial do ilícito não se estará perante um delito criminal. Nesses casos, por maior que seja a pena aplicável, o facto típico configurará um ilícito administrativo¹⁰².

4. A última dimensão em que, no pensamento de Wolf, é possível divisar uma clara separação entre o direito penal administrativo e o direito penal de justiça é de carácter *político-criminal*. No seu modo de ver, com efeito, “o combate dogmático para a construção jurídica de um direito penal administrativo é apenas o reflexo teórico da luta político-criminal no sentido de ser logrado um tratamento legal e jurisprudencial

¹⁰¹ WOLF, “Die Stellung der Verwaltungsdelikte im Strafrechtssystem”, p. 567.

¹⁰² WOLF, “Die Stellung der Verwaltungsdelikte im Strafrechtssystem”, p. 568.

especial do delito administrativo”¹⁰³. Porque considera que este problema político-criminal nasce da oposição de princípio entre as finalidades das penas no âmbito do direito penal de justiça e do direito penal administrativo, coloca a questão sobre qual a finalidade que é servida pela pena administrativa. Em ordem a responder a esta questão passa em revista as várias finalidades que ao tempo eram apontadas à pena criminal no seio do direito penal de justiça.

A *finalidade de intimidação* que segundo muitos pode ser adscrita à pena criminal – em todo o caso, somente no momento da ameaça da pena e já não, por razões civilizacionais, da sua execução – é desvalorizada por Wolf, por julgar que o efeito dessa ameaça é mínimo no âmbito do direito penal de justiça. Diferentemente, no domínio do direito penal administrativo, dado que o delito administrativo se liga a uma exigência de cumprimento de um dever positivo, como uma prescrição policial, uma obrigação fiscal ou uma ordem administrativa, tais imposições são por norma levadas ao conhecimento do respectivo destinatário conjuntamente com a ameaça de pena correspondente. Isso faz com que a força intimidatória da sua ameaça seja mais intensa do que aquela que se verifica com a norma incriminadora do delito de justiça.

De outra banda, porém, a *finalidade reeducativa* da pena só em medida muito limitada é que constitui objectivo da pena administrativa¹⁰⁴. A natureza da anti-socialidade revelada pela infracção administrativa cinge-se a uma “actividade anti-social”, que obsta a uma profunda intromissão estadual na esfera dos bens jurídicos do agente, devendo circunscrever-se apenas à dimensão de “estadualidade” do indivíduo. Como quer que seja, a finalidade de educação da pena administrativa não acode a uma carência de ressocialização, porque o agente em questão simplesmente dela não necessita, nem a uma melhoria moral. Daí que, no sentido de uma finalidade educativa, lhe devam ser reconhecidos apenas propósitos de admonição ou advertência. O conteúdo da pena administrativa esgota-se assim num sentido de correcção. O que através dela se pretende é evitar o afrouxamento da autodisciplina jurídico-cooperativa do indivíduo através de uma “chamada à ordem pontual, firme e convincente”¹⁰⁵. Deste modo, à condenação por um delito administrativo não vai associada qualquer *capitis deminutio*, ao contrário do que sucede em caso de condenação por um delito criminal. Demais que não está aqui em questão um inimigo da sociedade ou um cidadão que,

¹⁰³ WOLF, “Die Stellung der Verwaltungsdelikte im Strafrechtssystem”, p. 583.

¹⁰⁴ WOLF, “Die Stellung der Verwaltungsdelikte im Strafrechtssystem”, p. 584 e s.

¹⁰⁵ WOLF, “Die Stellung der Verwaltungsdelikte im Strafrechtssystem”, p. 585.

vivendo em sociedade, dirija ao direito o desdém da indiferença, devendo por isso ser censurado, mas apenas um sujeito socialmente desleixado e indolente para com o Estado, que, dadas essas circunstâncias, deve ser instado a activar a sua personalidade jurídica. A pena administrativa acaba assim por funcionar aqui não como uma intensificação de um dever, mas como uma exortação ao dever.

Por fim, atendendo à *finalidade de segurança* da pena, considera Wolf que o delito administrativo nada tem a ver com a mesma¹⁰⁶. Justificando-se uma tal finalidade com base na danosidade social do facto e na correspectiva perigosidade social do agente, compreende-se que a pena administrativa não seja por ela penetrada. É que nos delitos administrativos o dano e o perigo são praticamente sempre diminutos e o agente não é um sujeito socialmente danoso ou perigoso, é apenas um indivíduo socialmente desleixado.

5. Em conclusão, Wolf enfatiza a necessidade de um tratamento especial dos delitos administrativos que passe pela total erradicação do direito penal administrativo do seio do direito penal de justiça¹⁰⁷. Ideia a que volta poucos anos mais tarde, já no período do regime nazi, quando a teoria do direito penal de ordem ganhava terreno a passos largos¹⁰⁸. Torna a insistir na linha pensamento de que a separação das contravenções do domínio penal constitui um passo imprescindível para uma reforma global do direito penal. Separação essa que se justifica pelas características do direito penal administrativo, que o fazem algo de substancialmente distinto do direito criminal propriamente dito¹⁰⁹. Um direito que portanto que só formalmente é direito penal, pois materialmente *é direito administrativo*. Repete, em síntese, que o propósito do direito penal administrativo não é o de servir a justiça através da aplicação de penas expiatórias, mas de servir o bem-estar através de repreensões funcionalmente adequadas; o que justifica que a condenação por um delito administrativo não represente uma qualquer *capitis deminutio*, ou um qualquer enfraquecimento da posição jurídica do visado, como sucede na aplicação da pena criminal. É que não está em causa uma decisão reprovadora emitida pela comunidade do povo sobre um seu membro, que imponha o seu afastamento total ou transitório da vida social, mas apenas a necessidade

¹⁰⁶ WOLF, “Die Stellung der Verwaltungsdelikte im Strafrechtssystem”, p. 585 e s.

¹⁰⁷ WOLF, “Die Stellung der Verwaltungsdelikte im Strafrechtssystem”, pp. 518 e 586.

¹⁰⁸ Cf. MATTES, *Problemas de Derecho Penal Administrativo*, p. 213 e ss., e ANDRADE, Costa, “Contributo para o conceito de contra-ordenação”, p. 101 e s.

¹⁰⁹ WOLF, Erik, “Das künftige Strafsystem und die Zummessungsgrundsätze”, *ZStW*, 54, 1935, p. 554.

de exortar um compatriota¹¹⁰ relapso para com os seus deveres a um comportamento mais activo. Não se trata por isso aqui de uma mera distinção quantitativa entre factos penais mais graves e menos graves, mas de realidades materialmente diferentes, que carecem de uma regulamentação jurídica diferente, a levar a cabo necessariamente através de uma reforma legislativa destinada a esse fim¹¹¹.

¹¹⁰ No original, *Volksgenossen*, expressão própria da época nazi para designar os membros do povo germânico, camaradas de raça – cf. NOVAIS, Jorge Reis, *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito*, Coimbra, Almedina, 2006, p. 145 e ss. Circunstância esta ou mesmo o facto de Erik Wolf ter sido membro do partido nacional-socialista (cf. KLEE, Ernst, *Das Personenlexikon zum Dritten Reich. Wer war was vor und nach 1945*, 2.^a ed., Frankfurt am Main, Fischer Taschenbuch Verlag, 2005, p. 685) que estão longe de significar uma captura da teoria do direito penal administrativo pela ideologia nazi. Aliás, ao seu fundador, James Goldschmidt, judeu, seria mesmo, por definição, estranha a qualidade de *Volksgenossen*, o que o levou inclusivamente a ter de refugiar-se na América do Sul nos anos de 1930, onde morreu, em 1940 (cf. SCHMIDT, Eberhard, “James Goldschmidt zum Gedächtnis”, *SJZ*, 1950, cols. 447 e s.); e não será ainda despiciendo notar, como se referirá de seguida mais de espaço, ter sido à doutrina do direito penal administrativo que Eberhard Schmidt recorreu no esforço empreendido para resgatar o direito penal alemão das cinzas da época nazi.

¹¹¹ WOLF, “Das künftige Strafsystem und die Zummessungsgrundsätze”, p. 555.

CAPÍTULO II – O SURGIMENTO DO DIREITO DAS CONTRA-ORDENAÇÕES

§ 4. O RENASCIMENTO DA TEORIA DO DIREITO PENAL ADMINISTRATIVO PELA MÃO DE EBERHARD SCHMIDT

1. Como começámos por referir, o aparecimento da figura da contra-ordenação na *Wirtschaftsstrafgesetz*, de 1949, inscreve-se na resposta à ingente necessidade de levar a cabo uma limpeza radical dos muitos resquícios da experiência nazi que ainda comprometiam a adequação e funcionamento do direito penal económico alemão ocidental no quadro de um Estado de direito. Urgia libertar a relação entre a administração e a justiça do estado caótico em que foi mergulhada por uma política totalitário inimiga da ideia de justiça, bem como fazer desaparecer numerosas das suas normas com conteúdo abertamente hostil ao princípio do Estado de direito e que não já pertenciam ao tempo novo do pós-guerra¹¹².

A solução de princípio adoptada pela WStG consiste na criação da contra-ordenação como infracção de tipo distinto da infracção criminal, com uma sanção própria, também ela distinta da pena criminal, e com um processo próprio, ainda ele distinto do processo penal, a cargo da administração, que inversamente. Com isto procurou-se expurgar o pecado capital da experiência nazi neste domínio, barrando-se à partida qualquer espécie de possibilidade de interferência da administração na justiça penal, que passaria a ser exclusivamente reservada aos tribunais. Dado que, no essencial, este programa se baseia na ideia e na intenção de uma nítida e substancial segregação dos domínios da justiça e da administração, torna-se agora clara, depois de analisadas as posições de Goldschmidt e de Wolf, ambas fundamentalmente marcadas por uma radical cisão entre os domínios da justiça e da administração, a razão do apelo à doutrina do direito penal administrativo para assentar as bases teóricas da nova experiência legislativa consumada na WStG.

Como veremos de seguida mais detidamente, a influência daqueles dois autores sobre o pensamento de Eberhard Schmidt plasmado no novo regime legal faz-se sentir a

¹¹² SCHMIDT, “Rechtsnot im Wirtschaftsstrafrecht und ihre Überwindung”, col. 572.

vários níveis. De Goldschmidt avulta o princípio da marcada separação entre justiça e administração, mesmo ainda no que respeita à configuração das relações entre esta e o cidadão, que continua a ser qualificado como um seu órgão auxiliar. Releva ainda também a ligação estabelecida por Goldschmidt entre os conceitos de crime e de bem jurídico para afastar do seio penal os factos que contendam fundamentalmente com interesses de natureza administrativa. À concepção de Wolf, Eberhard Schmidt vai buscar a premissa de que para se estabelecer uma diferenciação material entre o crime e a contra-ordenação e entre a pena e a coima é imprescindível a imputação de conteúdos e finalidades substancialmente distintos entre os pólos de cada um dos dois pares, mas é também necessária a existência de uma relação de congruência entre cada um dos tipos de infracção e as sanções que lhes correspondem.

Os princípios fundamentais orientadores da reforma legislativa então em curso foram adiantados por Eberhard Schmidt logo no primeiro estudo que nesse período publicou sobre a matéria do direito penal económico, assumindo já aí a sua filiação na teoria do direito penal administrativo de Goldschmidt e de Wolf¹¹³. Por isso, porque o modelo de Eberhard Schmidt se projecta como sucessor directo desta corrente de pensamento, pôde Heinz Mattes afirmar, com propriedade, que com Eberhard Schmidt se dá o renascimento do paradigma do direito penal administrativo¹¹⁴. Na visão de Eberhard Schmidt, aqueles princípios apontam em duas direcções:

¹¹³ SCHMIDT, “Probleme des Wirtschaftsstrafrechts”, 1948, col. 230. Note-se que mesmo antes da II Guerra Mundial, já Eberhard Schmidt se mostrava favorável ao ideário da teoria do direito penal administrativo, entendendo que uma concordância entre o direito penal de justiça e o direito penal administrativo só poderia ser afirmada no plano dos pressupostos penais formais da tipicidade, ilicitude formal e culpa formal, já que seria vã a busca de um conteúdo material do ilícito e da culpa criminais (isto é, do direito penal de justiça) no âmbito dos tipos do direito penal administrativo. Com o que conclui que “a libertação do direito penal administrativo do direito penal de justiça constitui assim uma importante missão legislativa” – cf. LISZT, Franz v. / SCHMIDT, Eberhard, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 26.^a ed., Berlin, Walter de Gruyter, 1932, p. 148 e s., dando já destaque às contribuições de Goldschmidt e de Wolf para a construção da doutrina do direito penal administrativo.

¹¹⁴ MATTES, *Untersuchungen*, I, p. 174 e ss. Contra, porém, DIAS, Jorge de Figueiredo, “Para uma dogmática do direito penal secundário. Um contributo para a reforma do direito penal económico e social português”, *RLJ*, 116.º ano, 1983-1984, n.º 3716, p. 332, ao que cremos, sem razão. Como veremos, Eberhard Schmidt diverge da tese do direito penal administrativo na medida em que, como acentua Figueiredo Dias, no moderno Estado de Direito social há interesses relativos à ordem económico-social que podem e devem qualificar-se como autênticos bens jurídicos, dignos e carentes de tutela penal. Mas também é seguro que Eberhard Schmidt vai ao directo encontro dela em praticamente tudo quanto respeita à modelação do direito contra-ordenacional, concebendo-o, tal como preconizavam Goldschmidt e Wolf, como um espaço materialmente distinto do penal, *maxime* relativamente à natureza do ilícito e da sanção. Mesmo qualificando esta sanção como pena, como acentua Figueiredo Dias em prol da sua objecção, Goldschmidt e Wolf só o faziam numa acepção formal. Com efeito, a caracterização substancial que dela faziam afastava-a decididamente da pena criminal. É pois nesta acepção de que com Eberhard Schmidt ganha corpo um novo direito sancionatório que tem as suas raízes no pensamento do direito

Em primeiro lugar, o delito administrativo (*sc.*, a contra-ordenação) distingue-se materialmente do delito de justiça. Não está em causa uma questão de grau, à luz do qual a contra-ordenação constitui um insignificante delito de bagatela¹¹⁵. A diferenciação tem, isso sim, carácter qualitativo e não quantitativo. Em suma, “a contra-ordenação não é um delito bagatelar”¹¹⁶; donde, a sua relação com o facto criminal não é de “*minus para plus*, mas de *aliud para aliud*”¹¹⁷. Esta diferença de natureza que torna crimes e contra-ordenações em infracções de espécie distintas deriva de um ilícito e de uma culpa com conteúdos diferenciados¹¹⁸.

Em segundo lugar e em conformidade com a diferenciação ora acabada de assinalar quanto aos tipos de infracção, a sanção contra-ordenacional também se distingue materialmente da pena criminal, tanto quanto à sua finalidade, como quanto à sua função. “Também aqui trata-se não de uma relação de *minus para plus*, mas de *aliud para aliud*”¹¹⁹.

É sobre esta estrutura que Eberhard Schmidt, louvando-se ora em Goldschmidt, ora em Wolf, desenvolve a sua tese sobre a autonomia contra-ordenacional, primeiro no plano da contraposição entre crime e contra-ordenação e depois no plano do confronto entre pena e coima.

2. Na linha directa de Erik Wolf, Eberhard Schmidt sustenta que entre o facto penal, que também designa como delito de justiça (*Justizdelikt*), e a contra-ordenação, inicialmente ainda apelidada de delito administrativo (*Verwaltungsdelikt*), intercede

penal administrativo que pode afirmar-se que com ele ocorre um renascimento ou um reavivar, como quer que se queira dizer, dessa doutrina.

Como no texto, já também JESCHECK, “Das deutsche Wirtschaftsstrafrecht”, p. 459, TIEDEMANN, Klaus, *Kartellrechtsverstöße und Strafrecht*, Berlin, Carl Heymanns Verlag, 1976, p. 99, FERREIRA, Cavaleiro de, *Lições de Direito Penal*, 1992, p. 111, que afirma que a doutrina de Goldschmidt “ressurge fundamentalmente com Eb. Schmidt”, ANDRADE, Costa, “Contributo para o conceito de contra-ordenação”, p. 106, considerando que “tal como Eb. Schmidt a concebe, toda a contra-ordenação se reconduz linearmente ao Direito Penal Administrativo de Goldschmidt”, DIAS, Silva, «*Delicta in Se*» e «*Delicta Mere Prohibita*», p. 151 e s. (esp. nota 369), e CARVALHO, Taipa de, *DP-PG*, § 268.

¹¹⁵ SCHMIDT, “Probleme des Wirtschaftsstrafrechts”, 1948, col. 230. Neste primeiro escrito é ainda patente o recurso à terminologia da concepção do direito penal administrativo, como “*Verwaltungsdelikt*” vs. “*Justizdelikt* e “*Verwaltungs-(Ordnungs-)Strafe*” vs. “*Kriminalstrafe*”.

¹¹⁶ SCHMIDT, “Rechtsnot im Wirtschaftsstrafrecht und ihre Überwindung”, col. 573, na linha de GOLDSCHMIDT, “Le contravvenzione e la teoria del diritto penale amministrativo”, p. 416: “o direito penal administrativo e o direito penal das bagatelas não se identificam”.

¹¹⁷ SCHMIDT, “Rechtsnot im Wirtschaftsstrafrecht und ihre Überwindung”, col. 573. Se bem que em Goldschmidt e em Wolf houvesse já afloramentos desta terminologia, é com Eberhard Schmidt que se torna corrente, até hoje!, o emprego destes binómios “quantitativo vs. qualitativo” e “*minus e plus vs. aliud*”.

¹¹⁸ SCHMIDT, “Probleme des Wirtschaftsstrafrechts”, col. 230.

¹¹⁹ SCHMIDT, “Probleme des Wirtschaftsstrafrechts”, col. 230.

uma diferença que não é formal, mas sim material. Sob um prisma formal, nada há, com efeito, que os distinga, sendo ambos formalmente caracterizados pela presença das categorias da tipicidade, da ilicitude e da culpa¹²⁰. É no conteúdo delas, mais especificamente da ilicitude e da culpa, que se joga a diferença qualitativa que separa estes tipos de infracção.

2.1 Em relação à *ilicitude*, entende Schmidt que o respectivo conteúdo material no âmbito do delito de justiça é determinado através de um dano tangível e mensurável infligido a um *bem jurídico*, sendo este compreendido como um interesse juridicamente reconhecido de uma pessoa individual ou de uma personificação de um conjunto de pessoas, *v. g.*, a comunidade ou o Estado¹²¹. A natureza deste dano e assim também do próprio *conteúdo material de ilicitude* do facto penal manifesta-se através da destruição ou, pelo menos, da colocação em perigo de valores sociais vitais ou ainda através da limitação da eficiência das condições de cuja conservação e produção de efeitos o bem jurídico atingido está dependente. Se é a lesão ou a significativa colocação em perigo de interesses vitais socialmente reconhecidos – isto é, de bens jurídicos, individuais ou colectivos – que dá corpo à ilicitude material do facto penal é justamente a sua ausência que, por seu turno e inversamente, permite caracterizar o ilícito contra-ordenacional.

Continuando a seguir Wolf, para Eberhard Schmidt o dano que é inerente ao *delito administrativo, i. e.*, à *contra-ordenação*, é um dano administrativo, ao qual falta qualquer ligação a uma pessoa individual ou à personificação de uma colectividade e que se manifesta apenas no âmbito de uma relação estabelecida entre o indivíduo, considerado como cidadão sujeito a um dever de obediência, e a autoridade administrativa. Dano administrativo esse que se consubstancia na não execução de uma tarefa estadual carente de concretização¹²². O ilícito contra-ordenacional constitui, portanto, um ilícito administrativo correspondente a factos cujo significado social *não vai para além do espaço dos interesses administrativos*. Cabem aqui, além do mais, os casos em que, por desleixo, um indivíduo a quem é dirigida uma concreta instrução dada pela autoridade administrativa não leva a cabo essa actividade de colaboração que

¹²⁰ SCHMIDT, “Probleme des Wirtschaftsstrafrechts”, col. 230; e antes, WOLF, “Die Stellung der Verwaltungsdelikte im Strafrechtssystem”, p. 563.

¹²¹ SCHMIDT, “Probleme des Wirtschaftsstrafrechts”, col. 230, e *Das Neue Westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht*, p. 26.

¹²² SCHMIDT, “Probleme des Wirtschaftsstrafrechts”, col. 231.

se mostra necessária a uma execução sem dificuldades ou atritos da acção administrativa do órgão da administração.

Neste contexto, Eberhard Schmidt preza como especialmente frutuosa a ideia de Goldschmidt de que, no âmbito das relações com a administração, o indivíduo tem o estatuto de órgão auxiliar do ente administrativo¹²³. Desta forma, antes de mais, cada desobediência do indivíduo é sentida pelo órgão administrativo como uma perturbação da sua actividade administrativa, devendo o cidadão, logo por isso, enquanto órgão auxiliar da administração, abster-se daquelas condutas. As contra-ordenações correspondem e resumem-se, em suma, àquelas infracções que esgotam o seu significado social em uma *desobediência ao órgão administrativo*, consubstanciando assim um *mero dano administrativo* que se *circunscreve ao espaço dos interesses administrativos*.

Transpondo este modelo para o domínio dos delitos económicos a que se refere a WStG, Eberhard Schmidt procura identificar um critério que permita adscrever um determinado comportamento à esfera criminal ou à esfera contra-ordenacional. Divisa-se aqui a principal originalidade da sua concepção em relação aos antecessores Goldschmidt e Wolf. Na comparação com estes, Schmidt é bem mais claro e assertivo no acolhimento do princípio de que interesses de carácter supra-individual são susceptíveis de serem erigidos à categoria de bens jurídicos e como tal serem objecto de tutela penal. É seu entendimento que o interesse na capacidade de intervenção do Estado é um interesse material vital do Estado enquanto personificação de uma comunidade e nessa medida constitui um autêntico interesse de justiça¹²⁴. A chave para este salto dogmático e político-criminal é o conceito de economia relevante para efeito de uma legítima intervenção penal, que Eberhard Schmidt vai buscar a um estudo de Curt Lindemann do início dos anos de 1930 (*“Gibt es ein eigenes Wirtschaftsstrafrecht?”*, de 1932) e que permaneceu na obscuridade durante todo o período nacional-socialista¹²⁵.

Na definição de interesse económico idóneo a figurar como objecto de protecção do direito penal económico deverão relevar não as aspirações económicas do indivíduo, não o seu interesse na protecção da propriedade, do património, do cumprimento dos contratos, *etc.*, mas sim a economia global do Estado, a economia nacional, enquanto

¹²³ SCHMIDT, *Das Neue Westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht*, p. 27 e s.; e antes GOLDSCHMIDT, *Das Verwaltungsstrafrecht*, p. 553 (cf. supra, § 2.).

¹²⁴ SCHMIDT, “Probleme des Wirtschaftsstrafrechts”, col. 232.

¹²⁵ Cf. SCHMIDT, *Das Neue Westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht*, p. 16 e ss.

organismo vivo. O interesse estadual na configuração e funcionamento da economia no seu conjunto é concebido como um específico bem jurídico e a lesão desse bem jurídico é vista como aquilo que corresponde ao núcleo material da sua ilicitude. Em conformidade, o delito económico é caracterizado como a conduta penalmente punível que se dirige contra a economia considerada na sua globalidade ou contra importantes ramos ou instituições da economia nacional.

Nesta direcção, Eberhard Schmidt distingue dois espaços de interesses com relevo para o direito económico. *Em primeira linha* avulta o espaço dos *interesses vitais económico-materiais*. Estes interesses são representados primariamente pelo interesse do Estado na conservação da capacidade de intervenção necessária à prossecução das suas funções, o qual pode ser identificado com o interesse na existência e manutenção da ordenação da economia nacional e dos seus específicos domínios económicos criada pelo próprio Estado. Mas são também representados, num plano secundário, pelos interesses dos indivíduos numa adequada participação na actividade relacionada com os artigos de consumo e com o desenvolvimento da sua vontade de ocupação e realização profissional. *Em segunda linha* avulta o espaço dos *interesses administrativos*, relativo às tarefas estaduais no âmbito económico ligadas às relações entre os órgãos administrativos e os particulares, que por sua vez são vistos como órgãos auxiliares daqueles.

O direito económico confere reconhecimento jurídico a estes dois espaços de interesses, tomando em consideração os interesses económicos vitais como *bens jurídicos* e os interesses de índole administrativa como *bens administrativos*. Como tal, ao *direito penal económico*, perspectivado em *sentido amplo*, cumpre garantir a protecção e o reconhecimento destes dois tipos de bens, jurídicos e administrativos. Os tipos delituais que lhe hão-de corresponder serão constituídos pelas infracções que se traduzam em uma lesão destas duas esferas de interesses. Não obstante, essas infracções terão um significado *qualitativamente distinto* consoante lesem um ou outro tipo de interesse, ou seja, um bem jurídico ou um bem administrativo. Ao que corresponderá paralelamente uma diferenciação qualitativa também ao nível punitivo, já que à lesão de bens jurídicos caberá uma pena criminal, ao passo que à lesão de bens administrativos caberá uma sanção administrativa¹²⁶.

¹²⁶ SCHMIDT, *Das Neue Westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht*, p. 20 e s. Este modelo compreensivo veio muito depois a ser convocado entre nós por ANDRADE, Manuel da Costa, “A nova lei dos crimes contra a

É partindo da cisão de princípio que estabelece entre, de um lado, a ofensa a bens jurídicos como correlato do facto criminal e, de outro lado, a desobediência do cidadão à administração como correlato da contra-ordenação; e conjugando-a com a bipartição do direito penal económico, *hoc sensu*, entre bens jurídicos e bens administrativos, que Eberhard Schmidt justifica e esclarece a técnica legislativa plasmada na *Wirtschaftsstrafgesetz* de 1949. Nesta são previstas três espécies de infracções: num extremo, os crimes económicos (*Wirtschaftsstraftaten* – §§ 1 e 5); no outro extremo, as contra-ordenações (*Ordnungswidrigkeiten* – §§ 23 e 24; e entre ambos, os tipos de natureza mista ou ambivalente¹²⁷, denominados *Zuwiderhandlungen* (§§ 7 e 21). Como *Zuwiderhandlungen* foram legalmente qualificadas aquelas infracções que, no caso concreto, ora poderiam ser crime, ora poderiam ser contra-ordenação, em função da natureza e das características da conduta levada a cabo pelo agente.

O critério encontrado pela WStG para proceder a essa concreta determinação do tipo delitual foi o definido no § 6, tendo passado à história como a *fórmula de Schmidt*¹²⁸. Perante uma conduta subsumível em uma *Zuwiderhandlung*, cumpriria ao aplicador, o tribunal ou o órgão administrativo¹²⁹, avaliar se a mesma reunia as características tipificadas nessa “fórmula mágica”¹³⁰, caso em que deveria ser qualificada como crime económico, ou não, hipótese em que seria uma mera contra-ordenação. Embora o alcance imediato da fórmula do § 6 da WStG de 1949 fosse somente este, o de orientar o aplicador na dilucidação da natureza penal ou contra-ordenacional da infracção, para Eberhard Schmidt o critério nela inscrito deveria ser levado mais longe e seguido pelo próprio legislador quando se tratasse de criar novos tipos delituais de direito penal económico. De acordo com o § 6 da WStG uma *Zuwiderhandlung* configuraria a prática de um *crime económico* quando a conduta lesasse o interesse do Estado na existência ou na conservação da ordem económica globalmente considerada ou de domínios específicos da mesma. Essa ofensa poderia

economia (Dec.-Lei n.º 28/84 de 20 de Janeiro) à luz do conceito de «bem jurídico», in: *Ciclo de Estudos de Direito Penal Económico*, CEJ, Coimbra, 1985, p. 91 e ss., no âmbito da ordenação do direito penal económico introduzida após a Revolução de 25 de Abril.

¹²⁷ BOCKELMANN, *ZStW*, 66, 1954, p. 123.

¹²⁸ Cf. TIEDEMANN, Klaus, “Verwaltungsstrafrecht und Rechtsstaat”, *Österreichische Juristen-Zeitung*, 1972, p. 287.

¹²⁹ BOCKELMANN, *ZStW*, 66, 1954, p. 123.

¹³⁰ Assim lhe chamava SCHMIDT, *Das Neue Westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht*, p. 32, colhendo designação dada por Gross, *MDR*, 1949, p. 529 (*apud* SCHMIDT, *ibidem*, p. 32, nota 1).

ocorrer através de uma de duas modalidades, previstas em alternativa no § 6. Na primeira (§ 6, 1.), a infracção seria adequada, por força da sua dimensão ou dos seus efeitos, a afectar a eficiência da ordem económica estadualmente protegida. Na segunda (§ 6, 2.), o agente revelaria, através da infracção, uma atitude de desprezo para com a ordem económica estadualmente protegida, na sua globalidade ou em certos dos seus domínios, especialmente no caso de agir profissionalmente, por egoísmo reprovável ou por outra forma irresponsável ou ainda no caso de transgredir com persistente reiteração. Se nenhuma destas duas circunstâncias se verificasse na situação concreta, o facto não seria um crime económico, mas antes, *por exclusão de partes*, uma *contra-ordenação*.

2.2 Do mesmo modo que crime e contra-ordenação só se distinguem no plano da ilicitude sob uma perspectiva material e não já também sob um ponto de vista formal, no plano da culpa é igualmente o conceito material de *culpa* que os separa¹³¹. A culpa própria do facto penal é para Eberhard Schmidt uma culpa que se caracteriza materialmente pela “carga ético-social da personalidade do agente na sua relação global com a ordem jurídica”¹³². Corresponde a uma censurável inimizade para com o direito que faz entrar em consideração a autónoma personalidade ética do agente, implicando do mesmo passo que seja esta personalidade o único e exclusivo objecto da pena enquanto expiação, porquanto, como melhor se verá infra, a verdadeira pena tem, em derradeira instância, de ser concebida como *expiação*.

À contra-ordenação falta, porém, esta conexão da culpa com a personalidade ética do agente¹³³. A culpa contra-ordenacional esgota-se num defeito da vontade, que se direcciona no sentido da desobediência administrativa, pese embora o conhecimento de uma ordem administrativa em contrário¹³⁴. Como tal, o objecto de conexão desta culpa não é a autónoma personalidade ética na sua relação com a ordem jurídica, mas antes apenas a vontade do agente submetido ao poder administrativo na sua relação com as exigências da administração ordenadora. É precisamente por isto, porque a responsabilização contra-ordenacional não está associada à personalidade ética do agente, que, ao contrário do que sucede no domínio penal, é possível o passo dado pela

¹³¹ SCHMIDT, “Probleme des Wirtschaftsstrafrechts”, col. 233, e *Das Neue Westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht*, p. 51 e ss.

¹³² SCHMIDT, *Das Neue Westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht*, p. 51.

¹³³ SCHMIDT, “Probleme des Wirtschaftsstrafrechts”, col. 233.

¹³⁴ SCHMIDT, *Das Neue Westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht*, p. 52.

WStG no sentido de prever a admissibilidade da responsabilidade das pessoas colectivas pela prática de contra-ordenações¹³⁵.

3. A par da contraposição entre crime e contra-ordenação, Eberhard Schmidt pugna ainda por uma inequívoca diferenciação qualitativa entre a *sanção criminal* e a *sanção contra-ordenacional*¹³⁶. Fá-lo, uma vez mais e de forma assumida, fundamentalmente com base no pensamento de Erik Wolf, seguindo a sua ideia de que a pena criminal e a pena administrativa estão separadas por um mundo de diferenças ligadas às suas finalidades e aos seus efeitos sobre a pessoa do agente da infracção. No seu ponto de vista, foi também propósito da WStG dar expressão a essa diferença material entre a sanção penal e a sanção contra-ordenacional. Sinal notório disso mesmo foi a escolha da designação da própria sanção da contra-ordenação. Se, como referimos, Schmidt teria preferido a opção pela palavra *Mahngeld* para denominar essa sanção, não deixa, em todo o caso, de saudar a opção pelo termo *Geldbuße*, na medida em que por essa via o legislador conseguiu evitar o emprego da palavra “pena” (*Strafe*). Eleição que revela uma intenção legislativa de prevenir possíveis confusões ou pretensões de identificação entre as sanções do direito penal e do direito contra-ordenacional que poderiam subsistir no caso de opção pela expressão “pena de ordem” (*Ordnungsstrafe*) para apelidar a sanção devida pela prática de uma contra-ordenação. A WStG não abriu, enfim, espaço algum para que se instalasse um mínimo de dúvida que fosse sobre um princípio que era para Eberhard Schmidt indiscutível, o de que “a coima é um *aliud* em relação à pena”¹³⁷!

Se a dimensão terminológica é indício de uma opção dogmática e político-criminal, ela é, não obstante, insuficiente para demonstrar a profunda diferença qualitativa que, de acordo com Schmidt, opõe a pena à coima. Nesse sentido concorrem, isso sim, fundamentalmente os termos em que a coima é aplicada e executada quando considerados na sua globalidade. Relevam sobretudo várias características do regime da WStG, como sejam a circunstância de a aplicação da coima ser matéria administrativa, porque confiada a uma autoridade administrativa, a submissão do processo contra-ordenacional ao princípio da oportunidade da promoção processual, a possibilidade de

¹³⁵ Note-se, aliás, que esta análise do conceito de culpa realizada por SCHMIDT, *Das Neue Westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht*, p. 51 e ss., é feita no âmbito e com o propósito de fundamentar a possibilidade de responsabilizar contra-ordenacionalmente as pessoas colectivas.

¹³⁶ SCHMIDT, *Das Neue Westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht*, p. 39 e ss.

¹³⁷ SCHMIDT, *Das Neue Westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht*, p. 40.

responsabilizar uma pessoa colectiva pela comissão de uma contra-ordenação e a inadmissibilidade da prisão subsidiária em caso de não pagamento da coima. Tudo isto, acrescenta Eberhard Schmidt, não é fruto de meras razões de conveniência, mas decorre, pelo contrário, da diferença qualitativa que separa a pena criminal e a pena administrativa (a coima), nos termos já antes preconizados por Wolf, e que, como se começou por dizer, faz par com a diferença qualitativa que intercede o crime e a contra-ordenação.

No modo de ver de Eberhard Schmidt, a pedra-de-toque da pena criminal é a ideia de *expição* e é através dela que procura ancorar a sua contraposição material em relação à coima¹³⁸. A verdadeira expiação não é susceptível de imposição pelo Estado, podendo quando muito ser perspectivada como uma aspiração, contanto que o exercício do poder punitivo seja orientado por um princípio de justiça, por uma *ideia ética*. A autêntica expiação só é alcançável quando um condenado possa reconhecer a pena como quinta-essência da justiça, como uma necessidade ético-jurídica no sentido de recuperar a liberdade ética perdida com o cometimento do ilícito. Tal constitui a chave para a compreensão de que sendo a expiação aquele momento a que em última instância a pena criminal aspira no âmbito do autêntico núcleo do direito penal já não tem ela nada que ver com o exercício do poder administrativo, designadamente, com uma eventual reacção que o órgão administrativo deva activar sobre um seu órgão auxiliar no caso de verificação de uma desobediência de carácter administrativo, de forma a subordiná-lo às intenções administrativas através de uma vigorosa chamada à ordem. Sendo este o sentido da coima, está fora de cogitação que ela possa ter qualquer grau de parentesco próximo com a pena criminal ou que pena e coima sirvam as mesmas finalidades. A coima não é, pois, de modo algum uma pena, dado que de forma nenhuma aspira a uma finalidade de expiação.

Se é da ideia de expiação que a pena recebe o seu sentido ético, é do pensamento ressocializador que recebe o seu sentido político-criminal. É através desta dupla ordem de sentidos que a pena procura abraçar a personalidade jurídica do agente na sua globalidade¹³⁹. Porém, também não é possível ligar a coima à função reeducativa ou de ressocialização que no plano político-criminal deve ser inerente à pena¹⁴⁰. Entende

¹³⁸ SCHMIDT, “Probleme des Wirtschaftsstrafrechts”, col. 234 e s., e *Das Neue Westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht*, p. 45 e s.

¹³⁹ SCHMIDT, “Probleme des Wirtschaftsstrafrechts”, col. 235.

¹⁴⁰ SCHMIDT, *Das Neue Westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht*, p. 46.

Eberhard Schmidt que para que a pena cumpra um efeito ressocializador deverá ter como objecto a autónoma personalidade ética do cidadão. Só assim irá associado à pena o *pathos* moral que a deve caracterizar¹⁴¹. Sucede que essa personalidade ética constitui um *noli me tangere* para a administração e como tal a coima é totalmente desprovida de um tal *pathos* ético. Conclui Schmidt, de novo na esteira directa de Wolf, que o sentido, a função e concomitantemente a singularidade da coima estão umbilicalmente ligados à ideia de exortação ao dever¹⁴². Com a coima, o órgão administrativo que viu a sua actividade funcional perturbada por uma desobediência consubstanciadora de uma contra-ordenação pune o cidadão desobediente, que desempenhou mal o seu papel de órgão auxiliar da administração, com uma firme chamada à ordem, mas também não mais do que isso.

§ 5. A PRIMEIRA LEI-QUADRO DAS CONTRA-ORDENAÇÕES (OWIG DE 1952) E O DOMÍNIO DO PENSAMENTO QUALITATIVO

1. Com a *Wirtschaftsstrafgesetz* de 1949 foi dado o primeiro e decisivo passo para a criação do direito contra-ordenacional. Nos anos que imediatamente se seguiram foi posto em marcha um processo legislativo dirigido a um alargamento da amplitude do domínio contra-ordenacional, concretamente através da introdução no direito positivo alemão ocidental de uma lei-quadro contra-ordenacional (OWiG) ao abrigo da qual o legislador pudesse daí em diante prever específicos tipos contra-ordenacionais em legislação avulsa. Nesses trabalhos legislativos preparatórios continuou a ser assumido como eixo do modelo legislativo o paradigma da diferenciação material entre crime e contra-ordenação e entre pena e coima herdado da doutrina do direito penal administrativo e moldado fundamentalmente por Eberhard Schmidt, nos termos que acabámos de analisar¹⁴³.

Voltando a pronunciar-se sobre estes novos trabalhos legislativos, Eberhard Schmidt congratula-se pelo facto de a WStG ter mostrado a viabilidade prática da erradicação das infracções de natureza contra-ordenacional do âmbito do direito penal,

¹⁴¹ SCHMIDT, *Das Neue Westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht*, p. 46, e *Niederschriften*, 1., cit., p. 68.

¹⁴² SCHMIDT, “Probleme des Wirtschaftsstrafrechts”, col. 235, e *Das Neue Westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht*, p. 46.

¹⁴³ BTDrucks I/2100, p. 14 e s., *apud* ³KK-BOHNERT, Introdução, n.º m. 36.

assim desmentindo para todo o sempre o pretexto tantas vezes acenado no passado de que seria dogmaticamente impossível libertar o direito penal do ilícito administrativo¹⁴⁴. Se a preocupação que o animava ao tempo da preparação da WStG era a ingente necessidade de quanto antes pôr termo à influência da legislação e das práticas administrativas nazis no seio do direito penal económico, agora, no contexto do alargamento do raio de acção do direito contra-ordenacional *para lá dos estritos domínios do direito penal económico*, é a virtualidade da figura da contra-ordenação para se assumir como panaceia contra a hipertrofia do direito penal em geral que é encarecida por Eberhard Schmidt, dando o mote ao discurso político-criminal da *descriminalização através da contra-ordenação*¹⁴⁵.

Conhecido o projecto legislativo da OWiG, Eberhard Schmidt clama que “precisamos dessa lei como praticamente de nenhuma outra”, em ordem a finalmente e de uma vez libertar o sistema penal de um estado deletério¹⁴⁶. Um estado a que se chegou em virtude de uma prática estadual já secular de tudo punir com penas criminais, dessa forma roubando à ideia de pena o seu conteúdo ético¹⁴⁷ e redundando em desastrosas consequências político-criminais. Invocando o centenário do nascimento de Franz v. Liszt e o seu discurso em favor de um emprego racional da lei penal e de combate às penas de prisão de curta duração, Schmidt lamenta a hipertrofia penal, que, em oposição ao programa proposto por v. Liszt, se faz sentir ao ponto de as leis penais extravagantes serem totalmente inabarcáveis, com a consequência de um larga parte dos reclusos cumprir penas de prisão de curta ou até de curtíssima duração. Reconhece que o Estado do seu tempo está obrigado a regular e a administrar todos os imagináveis domínios da vida e a receber a obediência do cidadão, mas contrapõe que este forte e inelutável crescimento das funções estaduais não significa que se mostre justificada e legitimada a tendência para responder a todas as infracções que comprometam esses desígnios estaduais através de uma monótona repetição do emprego da pena criminal.

A alternativa que aos olhos de Eberhard Schmidt se apresenta desejável para dar resposta à necessidade de uma racionalização político-criminal da intervenção penal congruente com o princípio do Estado de direito não pode passar pela repetição dos

¹⁴⁴ SCHMIDT, “Straftaten und Ordnungswidrigkeiten”, *JZ*, 1951, p. 103.

¹⁴⁵ SCHMIDT, “Straftaten und Ordnungswidrigkeiten”, *JZ*, p. 101 e ss.

¹⁴⁶ SCHMIDT, “Straftaten und Ordnungswidrigkeiten”, *JZ*, p. 101.

¹⁴⁷ Como exemplo trágico-cómico deste estado de coisas, SCHMIDT, *Niederschriften, I., cit.*, p. 68, apresenta o caso do tipo legal que ameaça com pena de reclusão até seis semanas quem mate um pardal no período nocturno!

habituais expedientes *ad-hoc*, como o enfraquecimento do princípio da legalidade da promoção processual ou a periódica emissão de leis de amnistia. Impõe-se, isso sim, pôr em marcha um programa descriminalizador, no qual a expansão da figura da contra-ordenação é uma peça-chave. Nesse sentido, saúda vivamente a lei-quadro contra-ordenacional que se encontrava na forja, considerando-a um passo natural depois de a WStG de 1949 ter mostrado a falta de fundamento da eterna objecção de que os tempos não estariam ainda maduros para que uma reforma global do direito penal alemão fosse finalmente empreendida à luz do paradigma purificador da doutrina do direito penal administrativo¹⁴⁸.

Cria, assim, Eberhard Schmidt que com a introdução de uma lei-quadro das contra-ordenações estariam dadas as condições para que o domínio do direito penal extravagante fosse objecto de uma completa depuração de todas as infracções que não passassem de meras desobediências administrativas. Com ela seria também possível, do mesmo passo, circunscrever em apertados limites a esfera de intervenção penal, delineando claramente as suas fronteiras. E assim postas as coisas, seria legítima a expectativa de que as medidas desta moderna política-criminal viriam a revelar-se eficazes, desde logo contribuindo para o alívio do sistema penitenciário, dele retirando inúmeras pessoas que definitivamente nele não deveriam estar¹⁴⁹.

2. Foi, pois, sob o lema da descriminalização e da purificação do direito penal¹⁵⁰ que a *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten* (OWiG) conheceu a luz do dia em 1952¹⁵¹. Isso o que levou Jescheck, mesmo discordando do critério de natureza qualitativa em que esta começou por assentar, a assinalar o novo quadro legal como uma conquista com elevado significado político-criminal¹⁵².

A OWiG foi concebida como lei-quadro do direito contra-ordenacional futuro. Ao contrário da WStG, nela não foram tipificadas quaisquer infracções, sendo antes propósito do legislador criar o quadro normativo, tanto de natureza substantiva, como de natureza adjectiva, com base no qual passasse a ser possível criar específicos tipos contra-ordenacionais. Além disso, a OWiG não viu o seu campo de aplicação reduzido à área do direito económico. É certo que se esperava que continuasse este a ser o campo

¹⁴⁸ SCHMIDT, “Straftaten und Ordnungswidrigkeiten”, *JZ*, p. 102 e ss.

¹⁴⁹ SCHMIDT, “Straftaten und Ordnungswidrigkeiten”, *JZ*, p. 104.

¹⁵⁰ SCHMIDT, “Straftaten und Ordnungswidrigkeiten”, *Arndt-FS*, p. 415, nota 2.

¹⁵¹ *Bundesgesetzblatt*, I, de 25 de Março de 1952, p. 177 e ss. (cf. www.bgbl.de).

¹⁵² JESCHECK, Hans-Heinrich, “Das deutsche Wirtschaftsstrafrecht”, *JZ*, 1959, p. 461.

por excelência da intervenção contra-ordenacional¹⁵³, mas dessa forma foi viabilizada a expansão do direito das contra-ordenações para lá dos domínios estritamente económicos.

Ainda de modo diverso do que havia sucedido com a WStG, a OWiG não incluiu qualquer fórmula de distinção material entre crimes e contra-ordenações aparentada com a chamada fórmula de Schmidt constante do § 6 daquele diploma de 1949¹⁵⁴. A distinção vazada na letra da lei (§ 1 da OWiG) foi de índole estritamente formal¹⁵⁵: “1. Sendo uma conduta ameaçada exclusivamente com uma coima, então trata-se de uma contra-ordenação. 2. Sendo uma conduta ameaçada exclusivamente com uma pena, então trata-se de um facto penal”.

A partir da introdução da OWiG, considerando o seu papel fundamental para a reforma global do direito penal, o legislador procurou agir em conformidade com a ideia de princípio de que factos sem dignidade penal deveriam deixar de dar entrada no seio criminal e por isso não mais criou qualquer contravenção¹⁵⁶. Ainda neste sentido, interveio paulatinamente nos mais variados domínios normativos, eliminando inúmeras contravenções, ora transformando-as em contra-ordenações¹⁵⁷, ora convertendo-as em

¹⁵³ JESCHECK, “Das deutsche Wirtschaftsstrafrecht”, p. 458.

¹⁵⁴ Uma tal fórmula, adaptada ao âmbito mais lato da OWiG, foi sugerida por SCHMIDT, “Straftaten und Ordnungswidrigkeiten”, *JZ*, p. 103

¹⁵⁵ O § 1, n.º 3, da OWiG, fazia ainda referência aos tipos mistos, mencionados supra, que no caso concreto poderiam ser sancionados como crime ou como contra-ordenação. Procurou, assim, o legislador estender a aplicação da OWiG às *Zuwiderhandlungen* previstas em legislação avulsa, como a WStG. As versões de 1952 e de 1954 da WStG continuaram a prever tais tipos mistos, considerados por JESCHECK, “Das deutsche Wirtschaftsstrafrecht”, p. 460, o calcanhar de Aquiles da teoria qualitativa.

Perante as reservas suscitadas por essas infracções e pela fórmula que lhes estava subjacente, a referida fórmula de Schmidt, sobretudo quanto à sua compatibilidade com a exigência de determinabilidade própria do princípio constitucional da legalidade penal, após a revisão de 1954 da WStG o legislador alemão não voltou a criar novos tipos mistos (cf. JESCHECK, *op. et. loc. cit.*) e expurgou-os definitivamente da ordem jurídica em 1968, com a revisão da OWiG (cf. ANDRADE, Costa, “Contributo para o conceito de contra-ordenação”, p. 105, nota 78).

Aliás, de acordo com SCHMITT, Rudolf, *Ordnungswidrigkeitenrecht*, Köln, Carl Heymanns Verlag, 1970, p. 13, a fórmula de Schmidt revelou-se um fiasco desde o início, dado que a tendência dos tribunais correu no sentido de qualificar as infracções graves como crimes e as infracções menos graves como contra-ordenações, acabando desta forma por transformar o critério de distinção em um critério quantitativo, ao arpejo da fundamentação de índole qualitativa proposta por Eberhard Schmidt que esteve na sua génese.

¹⁵⁶ Pronunciando-se contra a criação futura de qualquer nova contravenção, logo SCHÄFER, Karl, *in: Niederschriften*, 1., *cit.*, p. 71. Propósito que segundo GÖHLER, Erich, “Das neue Gesetz über Ordnungswidrigkeiten”, *JZ*, 1968, p. 583, foi cumprido.

¹⁵⁷ Em 1959, escassos anos volvidos sobre a introdução da OWiG, JESCHECK, “Das deutsche Wirtschaftsstrafrecht”, p. 458, dava como exemplos de domínios onde o direito contra-ordenacional se instalou o direito da concorrência, através da *Kartellgesetz* de 1957, o direito rodoviário, o direito agrícola, o direito industrial, o direito médico, o direito marítimo, *etc.*

delitos (*Vergehen*)¹⁵⁸, ora até retirando-lhes, pura simplesmente, qualquer relevo em sede sancionatória. Isto na linha do consenso total, afirmado por Mezger no âmbito da discussão com vista à reforma do StGB, em relação à ideia de que as contravenções deveriam ser erradicadas do Código Penal¹⁵⁹.

Não obstante, dado que neste alvor do direito contra-ordenacional era claramente dominante uma concepção qualitativa quanto à contraposição entre crimes e contra-ordenações¹⁶⁰, as sugestões para que o âmbito contra-ordenacional tomasse o lugar da intervenção penal quando estivessem em causa delitos penais bagatelares eram em geral repudiadas¹⁶¹. Como vimos supra, constituía firme convicção de Eberhard Schmidt que a contra-ordenação se apresentava em relação ao crime como um *aliud* e não como um *minus*, devendo por isso rejeitar-se a tentação de qualificar a contra-ordenação como um delito bagatelar¹⁶². Neste mesmo sentido, perante o entendimento de Welzel de que além do ilícito administrativo também a criminalidade bagatelar deveria ser removida do direito penal em sentido próprio¹⁶³, Gallas manifestou a sua oposição, justificando que tal representaria uma deriva própria de um critério quantitativo. Pronunciando-se a favor de uma distinção de índole qualitativa, declarou pois as suas reservas em face da possibilidade de “delitos bagatelares, isto é, de casos bagatelares de autênticos delitos penais, serem afastados do direito penal”¹⁶⁴, admitindo apenas a adopção de mecanismos processuais como solução para enfrentar o problema da criminalidade bagatelar¹⁶⁵.

¹⁵⁸ Cf. KRÜPELMANN, *Die Bagatelldelikte*, p. 155.

¹⁵⁹ Cf. MEZGER, Edmund, in: *Niederschriften*, I., p. 86 (sessão de 1 de Julho de 1954); e depois ainda os princípios orientadores da reforma penal aprovados pela *Großen Strafrechtskommission*, in: *Niederschriften*, I., cit., p. 341: “As contravenções no sentido do direito penal actual não devem existir no futuro Código Penal”.

¹⁶⁰ Assim, à época, DANSCHACHER, Wolfgang, *Die Theoretischen Grundlagen einer Abgrenzung zwischen krimineller Straftat und Ordnungsverstoß*, Hamburg, 1963, p. 26, e TIEDEMANN, Klaus, “Die Gesetzgebungskompetenz für Ordnungswidrigkeiten”, *AöR*, n.º 89, 1964, p. 58.

¹⁶¹ Esta uma razão pela qual MAYER, Hellmuth, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Stuttgart, Kohlhammer, 1953, pp. 47 e 71 e s., contra a corrente, do mesmo passo que considerava a coima como uma autêntica pena de multa, apenas com um nome diferente, e a contra-ordenação como verdadeira matéria penal, lamentava que o novo quadro legal não tivesse servido sequer para responder ao problema político-criminal da pequena criminalidade de massa.

¹⁶² SCHMIDT, “Rechtsnot im Wirtschaftsstrafrecht und ihre Überwindung”, col. 573. Igualmente contra essa associação, ROTBERG, *OWiG*, p. 25.

¹⁶³ WELZEL, Hans, in: *Niederschriften*, I., cit., p. 87 (sessão de 1 de Julho de 1954).

¹⁶⁴ GALLAS, Wilhelm, in: *Niederschriften*, I., cit., p. 87 e s. (sessão de 1 de Julho de 1954).

¹⁶⁵ Não assiste pois razão a MACHADO, Miguel Pedrosa, “Elementos para o estudo da legislação portuguesa sobre contra-ordenações”, *Scientia Iuridica*, 1986, p. 104, quando conclui que “as contra-ordenações surgem como bagatelas penais”, como é também questionável a ideia de PINTO, Frederico de Lacerda da Costa, “A figura do assistente e o processo de contra-ordenação. Anotação ao Acórdão da

Ainda assim, não sendo embora frequente na *doutrina* jurídico-penal da época a invocação de razões de ordem pragmática para sustentar o discurso da autonomização de um novo direito sancionatório extraído da esfera criminal, o certo é que, como sublinha Albin Eser, tais razões de índole político-criminal foram também elas decisivas para a criação legislativa do direito das contra-ordenações como ramo autónomo do sistema sancionatório¹⁶⁶. É, em primeiro lugar, indesmentível a influência da necessidade de racionalizar a intervenção da máquina judicial. A hipertrofia penal implicava naturalmente uma sobrecarga do trabalho judicial, comprometendo a atenção que os tribunais deveriam dedicar aos casos mais importantes. A necessidade imperiosa de aliviar consideravelmente o esforço dos tribunais figurou como razão determinante para a instituição do direito contra-ordenacional¹⁶⁷. Ao lado desta razão e no mesmo sentido, acrescenta Eser, não pode ignorar-se ainda um propósito de tratamento diferenciado dos delitos consoante a respectiva gravidade, independentemente da natureza qualitativa ou quantitativa dessa categorização.

§ 5.1 A integração do direito contra-ordenacional no direito penal em sentido amplo

1. A consolidação da figura da contra-ordenação através da OWiG e da legislação extravagante que sob a sua alçada foi gradualmente introduzindo novos tipos contra-ordenacionais foi acompanhada de um amplo debate na doutrina, na jurisprudência e nos trabalhos de reforma legislativa em torno do critério de diferenciação entre o direito penal e o direito contra-ordenacional, sendo discutida intensamente a já velha questão de saber qual o tipo de diferença que intercede entre um e outro, se de natureza qualitativa ou apenas quantitativa, assim se contrapondo as chamadas teses qualitativa e quantitativa. O problema assomava reiteradamente como derradeira instância da qual dependeria a solução para questões da mais variada ordem. Só para referir os mais

Relação de Lisboa de 20 de Maio de 1998”, *RPCC*, 1/2002, p. 126, de que na “pureza original” o direito das contra-ordenações abrangia infracções bagatelares.

Considerando mesmo o pensamento bagatelar como o exacto oposto da teoria das contra-ordenações vazada nas primeiras leis contra-ordenacionais, MATTES, *Untersuchungen*, II, p. 35.

¹⁶⁶ ESER, Albin, *Die Abgrenzung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten*, Würzburg, Julius-Maximilians Universität, 1961, p. 8 e ss.

¹⁶⁷ Além de ESER, *cit.*, ainda neste sentido, MAURACH, Reinhart, *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 3.^a ed., Karlsruhe, C. F. Müller, 1965, p. 11, GÖHLER, “Das neue Gesetz über Ordnungswidrigkeiten”, p. 584 e s., e TIEDEMANN, “Verwaltungsstrafrecht und Rechtsstaat”, p. 287.

relevantes, *de ordem legislativa*, quanto a decidir se deveria ser mantida a tripartição dos factos penais ou pelo contrário se deveria ser extinta a categoria da contra-ordenações; *de ordem constitucional*, quanto à conformidade da entrega do processamento contra-ordenacional à administração com o princípio constitucional do monopólio judicial em matéria penal; e *de ordem dogmática*, quanto, por exemplo, ao problema do erro sobre a proibição.

A acesa discussão que então se instalou à volta da natureza da contra-ordenação e da coima não perturbou, nem condicionou porém a formação de um largo consenso acerca do lugar ocupado pelo direito contra-ordenacional no âmbito do sistema jurídico. Na realidade, foi também objecto de reflexão a questão de saber qual o domínio em que, no *plano sistemático*, deveria inscrever-se o direito das contra-ordenações, se no direito penal, formando com o direito penal clássico ou de justiça o chamado direito penal em sentido amplo; se, pelo contrário, no direito administrativo. A resposta começou logo por ser dada por Eberhard Schmidt e ainda hoje concita a concordância da doutrina¹⁶⁸ e da jurisprudência¹⁶⁹ alemãs absolutamente maioritárias: o direito contra-ordenacional pertence ao *direito penal em sentido amplo e não ao direito administrativo*. Conclusão que é independente da posição que se tome em relação a uma diferenciação qualitativa ou meramente quantitativa entre crimes e contra-ordenações¹⁷⁰, sendo esta problemática vista como uma questão intrapenal. É até do lado da tese qualitativa que de forma mais enfática procura sustentar-se o porquê da inclusão sistemática do direito das contra-ordenações no seio do direito penal e não do direito administrativo, como em seu tempo era defendido por Goldschmidt em relação ao direito penal administrativo.

¹⁶⁸ Cf. entre outros, SCHMIDT, “Straftaten und Ordnungswidrigkeiten”, *JZ*, p. 104; SCHOREIT, Armin, “Die sogenannten Ordnungswidrigkeiten”, *GA*, 1967, p. 234 e s.; SCHMIDHÄUSER, Eberhard, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2 ed., Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1975, 8/105 e ss.; WEBER, Ulrich, “Die Überspannung der staatlichen Bußgeldgewalt. Kritische Bemerkungen zur neueren Entwicklung des materiellen Ordnungswidrigkeitenrechts”, *ZStW*, 92, 1980, p. 315 e ss.; JAKOBS, ²*AT*, 3/6; JESCHECK / WEIGEND, ⁵*AT*, § 7, V, 1; VOGEL, Joachim, “Strafrechtsgüter und Rechtsgüterschutz durch Strafrecht im Spiegel der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts”, *Strafverteidiger*, 1996, p. 110, nota 1; APPEL, Ivo, *Verfassung und Strafe*, p. 506 e s.; MITSCH, ²*Ordnungswidrigkeiten*, § 1, n.º m. 2; REBMANN / ROTH / HERRMANN, ³*OWiG*, antes do § 1, n.º m. 1; e KLESCZEWSKI, *Ordnungswidrigkeitenrecht*, § 1, n.º m. 1.

¹⁶⁹ Afirmando expressamente que o direito das contra-ordenações se integra no direito penal em sentido amplo, os Acórdãos do BGH de 24-11-1958 (*NJW*, 1959, p. 253) e de 21-04-1959 (*NJW*, 1959, p. 1232) e depois ainda o Tribunal Constitucional Federal, para efeitos do art. 74.º-1 da GG, nos Acórdãos de 16-07-1969 (*BVerfGE* 27, 18, p. 32 e s.), de 09-06-1970 (*BVerfGE* 29, 11, p. 16) e de 09-06-1971 (*BVerfGE* 31, 137, p. 144). Sobre esta posição da jurisprudência constitucional alemã, cf. ainda PAULDURO, Aurelia, *Die Verfassungsgemäßheit von Strafrechtsnormen, insbesondere der Normen des Strafgesetzbuches im Lichte der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, München, VVF, 1992, p. 17.

¹⁷⁰ Assim, peremptoriamente, REBMANN / ROTH / HERRMANN, ³*OWiG*, antes do § 1, n.º m. 1.

Foi Eberhard Schmidt quem primeiro se deu conta da necessidade de esclarecer o *lugar sistemático* do novo direito de mera ordenação social, atento o relevo dessa questão, antes de mais, para a determinação da competência legislativa da Federação em matéria contra-ordenacional, desde logo para introduzir um regime quadro das contra-ordenações. Na medida em que o art. 74, (1), 1., da *Grundgesetz* então recentemente aprovada, relativo à definição das competências legislativas concorrentes da Federação e dos *Länder*, consignava apenas uma referência ao direito penal (*Strafrecht*)¹⁷¹, omitindo, como aliás ainda hoje, qualquer menção ao direito das contra-ordenações, logo se pôs a questão sobre a possibilidade de a Federação legislar no domínio contra-ordenacional. A tal respondeu Eberhard Schmidt de forma peremptoriamente afirmativa. No seu ponto de vista, aquela referência constitucional ao direito penal não poderia deixar de abarcar o direito contra-ordenacional¹⁷². Nesse sentido depõe a evolução histórica que precedeu o aparecimento da figura da contra-ordenação e o indelével relevo do direito das contra-ordenações para a própria delimitação do espaço do direito penal de justiça. Isto ao ponto de considerar que “ninguém está em condições de afirmar que o conceito de «direito penal» inscrito no art. 74, n.º 1, da GG será de interpretar como abrangendo somente este direito penal em sentido próprio, já liberto da escória do «direito penal administrativo», de modo a que a regulação jurídico-material e processual das «contra-ordenações» fique de fora da competência do legislador federal”¹⁷³. Ideia mais tarde abraçada também pelo próprio Tribunal Constitucional Federal alemão, que, a propósito do art. 74.º, n.º 1, da GG e invocando de igual modo a história constitucional alemã, não hesita em afirmar que “o conceito de «direito penal» em matéria de competência legislativa abarca agora não apenas o direito penal em sentido tradicional, mas ainda também o direito contra-ordenacional”¹⁷⁴.

2. Não tardou, no entanto, a que a localização sistemática do direito das contra-ordenações passasse a ser discutida em um plano mais lato, que não apenas portanto o do seu eventual relevo no contexto da competência legislativa da Federação. Na defesa da pertença do direito contra-ordenacional ao direito penal em sentido amplo destaca-se

¹⁷¹ *Grundgesetz*: Art. 74 (Matérias de competência legislativa concorrente): (1) A concorrência de competência legislativa estende-se às seguintes matérias: 1. o direito civil, o direito penal (...).

¹⁷² SCHMIDT, “Straftaten und Ordnungswidrigkeiten”, *JZ*, p. 104.

¹⁷³ SCHMIDT, “Straftaten und Ordnungswidrigkeiten”, *JZ*, p. 104. Sobre toda a questão, desenvolvidamente, TIEDEMANN, “Die Gesetzgebungskompetenz für Ordnungswidrigkeiten”, *passim*.

¹⁷⁴ Acórdão de 16-07-1969, *in*: *BVerfGE* 27, n.º 3 (p. 18 e ss.), p. 32 e s.

Hans Michels. Pese embora a sua clara e assumida filiação na teoria qualitativa, Michels considera que é no âmbito do direito penal, perspectivado em sentido amplo, e não no do direito administrativo que deve firmar-se o direito de mera ordenação social¹⁷⁵. A circunstância de a crimes e contra-ordenações corresponderem diferentes sentidos de valor, os primeiros ligados à justiça e as segundas à administração, não é impedimento a que ambos estejam unidos como espécies do género penal. Assim deve ser, porque ao direito penal, *lato sensu*, devem ser reconduzidas todas as normas jurídicas das quais decorra uma imposição ou uma proibição de um comportamento sob ameaça de uma sanção de carácter repressivo, independentemente do conteúdo material do ilícito que lhes corresponda e de a sanção respectiva ser uma pena ou uma coima. Demais a mais que, em última instância e à semelhança da pena, a coima representa a inflicção estadual de um mal pela prática de um ilícito no passado, no que se contrapõe às medidas coercitivas próprias do poder administrativo que têm por objecto condutas ou estados actuais antiadministrativos. Pena e coima são pois consequências reactivas perante um ilícito já praticado e não um meio de pôr termo a um estado antiadministrativo que perdure, pelo que, a existirem diferenças entre uma e outra, tais diferenças serão de analisar na esfera interna do direito penal em sentido amplo.

Só esta perspectiva permite compreender, continua Michels, que factos contra-ordenacionais sejam amnistiados através de leis de amnistia penal, que o próprio legislador use frequentemente a expressão “penal” em leis contra-ordenacionais ou que à Federação seja reconhecida competência para legislar em matéria de contra-ordenações. Ao que Rudolf Schmitt acrescenta, para também concluir pela pertença do direito contra-ordenacional ao direito penal, a aplicabilidade, com não mais do que algumas poucas excepções, das regras da parte geral do Código Penal e ainda até a aplicabilidade subsidiária das regras processuais penais ao processo das contra-ordenações¹⁷⁶.

Nesta ordem de ideias, Michels repudia a possibilidade de o direito contra-ordenacional ser enquadrado no âmbito do direito administrativo e entende que a antítese com que neste contexto nos deparamos não se prende com o problema de saber se a punição de ofensas a prescrições de natureza administrativa pertence ao direito

¹⁷⁵ MICHELS, Hans Gehrard, *Strafbare Handlung und Zuwiderhandlung. Versuch einer materiellen Unterscheidung zwischen Kriminal- und Verwaltungsstrafrecht*, Berlin, Walter de Gruyter, 1963, p. 30 e ss.

¹⁷⁶ SCHMITT, Rudolf, *Ordnungswidrigkeitenrecht*, p. 15 e s. Nesta direcção, ainda SCHMIDHÄUSER, ²AT, 8/107 e s.

penal ou ao direito administrativo, mas sim se pertence ao direito penal criminal ou de justiça ou ao direito penal de ordem ou administrativo¹⁷⁷. Em conclusão e em definitivo, para Michels, como ainda hoje para a generalidade do pensamento contra-ordenacional alemão, a problemática do direito das contra-ordenações e em especial da sua contraposição perante aquilo a que chama o direito penal criminal inscreve-se na esfera interna do direito penal¹⁷⁸. Isto posto e clarificado, passemos então a uma análise mais detida do debate em torno da natureza material da contra-ordenação e da coima perante o crime e a pena.

§ 5.2 A tese qualitativa do desvalor ético-social do facto

1. Nesta discussão, o *pensamento qualitativa* corresponde em primeira linha à doutrina sustentada por Eberhard Schmidt, com ligação directa à teoria do direito penal administrativo de Goldschmidt e Wolf¹⁷⁹. Como vimos já detalhadamente, segundo esta perspectiva é uma diferença de natureza material que aparta crimes e penas de contra-ordenações e coimas. Em síntese muito apertada, os factos penais estão vinculados à protecção de bens jurídicos e são por isso autênticos delitos de justiça, só podendo ser apreciados tribunais; e a sanção que lhes corresponde, a pena, comporta um *pathos* ético, associado a uma finalidade expiatória. Por sua vez, as contra-ordenações não visam a protecção de bens jurídicos e não representam mais do que uma mera desobediência do cidadão, tido como órgão auxiliar da administração, em relação a prescrições, com natureza de ordens administrativas, que lhe são dirigidas. Donde, a contra-ordenação tem natureza administrativa. Em consonância, a coima mostra-se desprovida de qualquer *pathos* ético e constitui somente uma vigorosa chamada à ordem do infractor pela entidade a quem este deve obediência, a administração. Donde, novamente, a coima tem natureza administrativa.

¹⁷⁷ No original, “«Kriminal-»(«Justiz-»)Strafrecht” e “«Ordnungs-»(«Verwaltungs-»)Strafrecht”, respectivamente (MICHELS, *Strafbare Handlung und Zuwiderhandlung*, p. 32).

¹⁷⁸ MICHELS, *Strafbare Handlung und Zuwiderhandlung*, p. 36.

¹⁷⁹ Seguindo, no essencial, a posição de Eberhard Schmidt, entre outros, ROTBERG, ³OWiG, p. 25 e ss., PATZIG, *OWiG*, p. 5 e ss., MAURACH, ³AT, p. 13 e s., SCHÖNKE / SCHRÖDER¹², antes do § 13, n.º m. 11, e ainda, inicialmente, LANG-HINRICHSSEN, Dietrich, “Zur Frage der Schuld bei Straftaten und Ordnungswidrigkeiten”, *GA*, 1957, p. 225 e ss.

Dentro da doutrina qualitativa surge logo, porém, uma outra corrente¹⁸⁰, que rejeita os termos de diferenciação material acabados de expor e procura um fundamento alternativo para sustentar a oposição substancial entre crimes e contra-ordenações, o conteúdo de *desvalor ético-social do facto*¹⁸¹. O denominador comum desta concepção, sintetizado por Michels, consiste na ideia de que enquanto nos *delitos clássicos*, como o homicídio, o perjúrio, o furto, *etc.*, é imediatamente claro que a ameaça penal se funda numa norma de proibição pré-legal, jusnatural, religiosa, ética ou moral (“não debes matar”, *etc.*), sendo portanto o ilícito criminal dominado por um ilícito ético, já nos *delitos administrativos* está em causa uma realidade ético-socialmente neutra e indiferente, representando esses delitos uma mera infracção a prescrições ordenativas que, pela sua natureza, são alheias a valorações de carácter ético-social¹⁸². Também esta vertente da teoria qualitativa representa uma solução com afinidades com o pensamento do direito penal administrativo de Goldschmidt e de Wolf, que, como vimos, haviam já sustentado uma diferença material entre o direito penal de justiça e o direito penal administrativo também com base no critério do mínimo ético¹⁸³.

Uma das primeiras vozes a dar corpo a esta outra perspectiva qualitativa foi a de Wilhelm Gallas, mas foi essencialmente com Richard Lange e Hans Michels que ela fez o seu curso¹⁸⁴.

De acordo com esta posição, não é possível acompanhar a ideia de que o critério de diferenciação qualitativa entre o crime e a contra-ordenação assenta na vinculação (ou não) à tutela de bens jurídicos¹⁸⁵. Considera Gallas que tal poderia fazer sentido ao tempo de Goldschmidt. O ponto de vista deste, de que o ilícito criminal corresponderia a intromissões em esferas jurídicas, em bens jurídicos, ao passo que tudo o mais poderia ser descrito apenas como falta de colaboração com determinadas finalidades estaduais e nessa medida ultrapassaria uma dimensão administrativa, poderia estar em

¹⁸⁰ Assinalando já esta espécie de bifurcação dentro da teoria qualitativa, ESER, *Die Abgrenzung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten*, p. 70, e ANDRADE, Costa, “Contributo para o conceito de contra-ordenação”, p. 109.

¹⁸¹ Como nota MICHELS, *Strafbare Handlung und Zuwiderhandlung*, p. 13, n. 17, não é, porém, incomum encontrar Autores que argumentam a favor da tese qualitativa tanto com base no critério do bem jurídico, como com base no critério do desvalor ético-social do facto – assim, v. g., SCHÖNKE / SCHRÖDER¹², antes do § 13, n.º m. 11, e ROTBERG,³ *OWiG*, p. 25 e ss.

¹⁸² MICHELS, *Strafbare Handlung und Zuwiderhandlung*, p. 11 e s.

¹⁸³ Cf. novamente GOLDSCHMIDT, “Das Verwaltungsstrafrecht...”, *Koch-Festgabe*, pp. 422 e 424, e WOLF, “Die Stellung der Verwaltungsdelikte im Strafrechtssystem”, p. 560 e ss.

¹⁸⁴ Esta perspectiva parece ser mais tarde sufragada também por STRATENWERTH, Günter, *in*: FISCHER, Gero, “Bericht über das Kolloquium «Die Problematik der Umwandlung der Verkehrsübertretungen in Ordnungswidrigkeiten»”, *ZStW*, 82, 1970, p. 111.

¹⁸⁵ GALLAS, *Niederschriften, I., cit.*, p. 87 e s., e DANSCHACHER, *Die Theoretischen...*, p. 60 e ss.

conformidade com o espírito do Estado liberal em que surgiu. Com efeito, no contexto do Estado liberal seria de admitir que este segundo tipo de comportamento traduzido em uma abstenção de colaboração poderia apresentar-se como materialmente distinto de uma lesão de bens jurídicos. Tudo muda, porém, segundo Gallas, com o advento do Estado social. Tendo o Estado passado a assumir uma função assistencial, a cooperação do indivíduo com a prossecução do programa do Estado social adquire todo um outro significado. Exemplo disso mesmo é o relevo conferido aos delitos tributários, cujo desvalor ético-social não pode ser agora negado, dado que contendem com os pressupostos de existência do próprio Estado e assim, mediatamente, também representam uma ameaça às condições de existência do indivíduo que se encontra na dependência do Estado. Isso o que leva então Gallas a rejeitar que nesta nova época do Estado social possa basear-se uma distinção qualitativa entre crime e contra-ordenação na (in)existência de uma relação do facto com o bem jurídico¹⁸⁶.

O critério a considerar deveria antes ser o do *desvalor ético-social do facto*. No modo de ver de Gallas, haverá sempre razões para que um facto mereça um juízo de desvalor ético-social e outro não. Tais razões não se ligam, contudo, à eventual diferença dos bens em questão, estando pelo contrário ligadas ao modo de cometimento do facto. Factos haverá que se apresentam como tão censuráveis que como que pedem uma punição criminal. Isto independentemente da possibilidade da sua apreciação mediante um critério de quantidade. Por isso que, segundo o critério do desvalor ético-social, os furtos bagatelares são sempre ilícitos criminais, mesmo que, diz Gallas, esteja em causa uma quantia tão insignificante como 10 *Pfenning*¹⁸⁷. Porque se trata de factos que, apesar do carácter bagatelar, ostentam um inapagável desvalor ético-social não podem integrar o domínio contra-ordenacional, pois neste só deve entrar aquilo que seja absolutamente desprovido de qualquer mácula ético-social. Em conformidade, a um facto que identitariamente se caracterize por um desvalor ético-social e como tal deva ser penalmente relevante há-de corresponder uma sanção que seja também ela expressão de um desvalor ético-social. Nisto se distinguindo da coima, que não passa de uma

¹⁸⁶ GALLAS, *Niederschriften*, I., cit., p. 87. Não parece, assim, correcta a percepção de D'AVILA, Fabio Roberto, "Direito penal e direito sancionador. Sobre a identidade do direito penal em tempos de indiferença", *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 60, 2006, p. 17, de que "a tradicional distinção a partir do critério de «ofensa a bens jurídicos», segundo o qual o ilícito criminal seria caracterizado pela existência de uma lesão ou perigo ao bem jurídico, ao passo que o ilícito administrativo não passaria de infrações de mera desobediência (...) continuava «essencialmente» presente não só na elaboração de Goldschmidt, mas também na «teoria do conteúdo de desvalor ético-social»".

¹⁸⁷ GALLAS, *Niederschriften*, I., cit., p. 88.

chamada à ordem, sendo portanto também de evitar uma comparação entre a coima e a pena de multa em uma base quantitativa.

2. Esta perspectiva ensaiada por Gallas ganha um impulso decisivo com Richard Lange – não obstante o problema ser por si tratado sobretudo em função do seu relevo para a questões da culpa jurídico-penal e do erro sobre a proibição – e com o seu discípulo Hans Michels¹⁸⁸. Em ambos é reconhecível uma linha de continuidade em relação a todas aquelas posições da doutrina e da *praxis* que de um modo ou de outro viam na separação material entre crimes e infracções de ordem um reflexo da *ordem natural das coisas*¹⁸⁹. O seu ponto de partida, como Eser começou por notar¹⁹⁰ e o próprio Lange depois assumiu¹⁹¹, está assim bem mais ligado à contraposição clássica entre os *delicta in se* e os *delicta mere prohibita* do que especificamente à doutrina do direito penal administrativo. O que neles há de novo é um aprofundamento da conexão, logo sugerida por Gallas, do modelo das contra-ordenações com o princípio do Estado de direito social e uma construção tripartida dos fenómenos delituosos, *hoc sensu*, que corre a par da tríade infraccional plasmada na WStG (crimes; tipos mistos designados como *Zu widerhandlungen*; e contra-ordenações).

2.1 A assumpção pelo sistema penal, considerado na sua globalidade, do paradigma do Estado de direito social é tida como uma exigência da sua própria conformidade constitucional, atenta a proclamação constitucional de que o Estado assume as vestes de Estado de direito social (arts. 20.º, n.º 1, e 28.º da GG)¹⁹². Neste Estado conformado pelo conceito de *Daseinsvorsorge*, de prestação de cuidados existenciais, cunhado essencialmente por Forsthoff¹⁹³, assiste-se a um incremento exponencial das tarefas administrativas estaduais, vendo-se o Estado obrigado a intervir, regulando e administrando, em todos os imagináveis ramos da vida social. Daqui resulta

¹⁸⁸ Ainda nesta direcção, DANSCHACHER, *Die Theoretischen...*, p. 78 e ss.

¹⁸⁹ LANGE, Richard, “Ordnungswidrigkeiten als Vergehen”, *GA*, 1953, p. 3.

¹⁹⁰ ESER, *Die Abgrenzung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten*, p. 70 e s. A continuidade desta concepção em relação ao pensamento de Max Ernst Mayer (cf. supra, § 2.) é ainda assinalada por JAKOBS, ²AT, 3/3.

¹⁹¹ LANGE, Richard, *Das Rätsel Kriminalität. Was wissen wir vom Verbrechen?*, Frankfurt, Metzner, 1970, p. 52 e s.

¹⁹² Cf. LANGE, Richard, “Der Strafgesetzgeber und die Schuldlehre. Zugleich ein Beitrag zum Unrechtsbegriff bei den Zu widerhandlungen”, *JZ*, 1956, p. 77 e s., e MICHELS, *Strafbare Handlung und Zu widerhandlung*, p. 21 e ss.

¹⁹³ Cf. logo, FORSTHOFF, Ernst, *Die Verwaltung als Leistungsträger*, Stuttgart, Kohlhammer, 1938, p. 6 e ss. e *passim*.

necessariamente uma alteração da relação entre o cidadão e o Estado. Da personalidade individual independente e autónoma característica da época liberal passa-se para uma personalidade do indivíduo como membro que é a do Estado social. Um indivíduo que, nas palavras de Forsthoff, já não vive apenas no Estado, mas também do próprio Estado. Torna-se compreensível que o Estado assim configurado exija como contrapartida do cidadão a sua colaboração na prossecução das funções sociais que lhe são cometidas e que preveja os meios coercivos necessários a garantir a sua obediência¹⁹⁴.

O sistema penal deve incorporar tanto a identidade do Estado de direito, como a identidade do Estado social. À luz do ideário do *Estado de direito* é imprescindível a existência de um sistema sancionatório alternativo ao do direito penal de justiça para prover à necessidade de conferir tutela à prossecução estadual das funções administrativas. Não obstante, sob o ponto de vista do *Estado social* é insuficiente uma resposta sancionatória que se esgote na estrita alternativa entre o direito penal de justiça e o direito das contra-ordenações. Impõe-se a existência de uma *zona de fronteira* constituída por um autêntico direito *penal* administrativo¹⁹⁵. Porque assim é, não é seguramente fruto do acaso a tripartição legislativa entre o direito administrativo punível com sanções de ordem (*sc.*, o direito das contra-ordenações), o direito penal administrativo ao qual devem corresponder verdadeiras penas e o direito penal criminal. Tríade que constitui assim a lídima expressão do Estado contemporâneo como Estado de direito social. Questão é saber de que lado fica o direito penal administrativo, ou melhor, qual a sua natureza. Isto é, se os delitos que o integram se identificam materialmente com as infracções contra-ordenacionais ou se pelo contrário partilham a mesma natureza dos crimes do direito penal clássico¹⁹⁶.

2.2 É no sentido de dar resposta a este problema que Lange e Michels invocam o *critério do carácter ético-social da conduta*. Para ambos, o que caracteriza os verdadeiros delitos criminais, conformadores do direito penal clássico ou de justiça, é a afronta ao *núcleo de valores ético-sociais pré-existentes à ordem jurídica*, que carecem somente de um *reconhecimento* pelo direito para adquirir a qualidade de bens jurídicos.

¹⁹⁴ MICHELS, *Strafbare Handlung und Zuwiderhandlung*, p. 26 e s.

¹⁹⁵ LANGE, “Der Strafgesetzgeber und die Schuldlehre”, p. 77 e s., e MICHELS, *Strafbare Handlung und Zuwiderhandlung*, p. 28. Assim, também SCHMIDT, Eberhard, *Niederschriften*, 1., *cit.*, p. 88, considerando evidente que o futuro direito penal secundário deveria continuar a contar com crimes em sentido próprio.

¹⁹⁶ MICHELS, *Strafbare Handlung und Zuwiderhandlung*, p. 24.

Estes delitos – *delicta per se* ou delitos naturais – trazem em si estampada a sua própria ilicitude, que, deste modo, existe por si mesma, independentemente da sua previsão jurídico-formal¹⁹⁷. Trata-se, enfim, de factos em que é absolutamente claro que “a ameaça penal é integrada por uma norma de proibição pré-jurídica, jurídico-natural, religiosa ou ética”¹⁹⁸.

Se os factos que devem pertencer ao direito penal em sentido estrito são aqueles cuja ilicitude não é criada, mas tão-só descoberta pelo direito positivo, dele, por seu turno e *a contrario*, devem ficar de fora os comportamentos que não detendo em si mesmos qualquer relevância ético-social só a adquirem mediante uma intervenção criadora do próprio sistema jurídico. Nesta consideração vão referenciadas as duas notas características deste tipo de delitos que os contrapõem aos autênticos delitos criminais: o carácter constitutivo de ilicitude ínsito na norma legal criadora da infracção; e a neutralidade ético-social da conduta proibida¹⁹⁹.

Está aqui desde logo presente a ideia, explicitada por Michels, de que cumpre à ordem jurídica não só proteger a convivência humana, como também regular essa própria convivência no âmbito social, o que inevitavelmente acarreta a necessidade de ordenar certas matérias de uma determinada forma. Em regra, os comportamentos que são objecto de regulação em função desta necessidade não possuem *a priori* qualquer desvalor ético-social. Não é pois em virtude de uma consciência jurídica comunitária referida a um juízo de valor pré-existente que a norma de proibição é criada. Tal decorre antes do interesse em que haja uma ordenada convivência social e uma actuação da administração desimpedida de obstáculos. O interesse material de garantir ao cidadão uma vida em comunidade tão livre de perturbações quanto possível (interesse de ordenação) e o interesse material de que as finalidades colectivas sejam organizadas tão bem quanto possível (interesse de administração) obrigam frequentemente à previsão de regras às quais, apesar de não lhes corresponder qualquer ordem de valores de índole pré-jurídica, deve ser atribuída uma força obrigatória geral. São pois considerações puramente funcionais e não uma racionalidade de cariz axiológico que está na base deste tipo de intervenção legislativa, o que também explica que a *norma* em apreço

¹⁹⁷ LANGE, “Der Strafgesetzgeber und die Schuldlehre”, pp. 75 e s. e 79, e MICHELS, *Strafbare Handlung und Zuwiderhandlung*, p. 43 e ss.

¹⁹⁸ LANGE, “Ordnungswidrigkeiten als Vergehen”, p. 10.

¹⁹⁹ LANGE, “Der Strafgesetzgeber und die Schuldlehre”, p. 75 e ss., e MICHELS, *Strafbare Handlung und Zuwiderhandlung*, p. 48 e ss.

apareça em primeira linha como *norma de determinação* e não como norma de valoração.

A conduta objecto da intervenção legal revela-se, destarte, desprovida de qualquer significado ético-social. Trata-se de um domínio que caracteristicamente se refere a factos que, se despidos de qualquer ligação a uma norma legal, não apresentam em si mesmos desvalor algum. Sendo assim, o legislador não recebe o ilícito através de uma ordem de valores pré-existente, antes se deixa determinar por considerações exclusivamente utilitárias, procurando acorrer-lhes através de um novo enquadramento jurídico-positivo. Comportamentos como, por exemplo, o cultivo de uma certa espécie de batatas, o arrendamento de um espaço ou o conduzir um veículo motorizado do lado esquerdo da estrada são, em sua natureza, ético-socialmente neutrais ou indiferentes.

Deste jeito, a conduta em que se consubstancia a infracção não é portadora de um sentido próprio de ilicitude, antes o ganha só através da prescrição legal²⁰⁰. Remata Michels, louvando-se em Zimmerl, que aqui o conteúdo anti-social do facto não é fundamento da antijuridicidade formal, mas sim consequência dela. Dito de outro modo, *o facto é anti-social porque é proibido e não o contrário*²⁰¹. É aqui, nesta relação entre fundamento e consequência da ilicitude formal e material, que se divisa o cerne da oposição entre os autênticos factos penais do direito penal de justiça e os demais factos objecto de tutela sancionatória: nos delitos clássicos do direito penal de justiça a antijuridicidade formal funda-se num prévio desvalor material da conduta que é susceptível de acolhimento pelo direito positivo, ao passo que nas contra-ordenações e nos crimes do direito penal secundário a perturbação de uma ordenação material pressupõe uma proibição ou uma imposição formal. Enquanto ali está em causa uma lesão de valores emanados de uma ordenação enraizada na tradição e nos costumes, aqui só relevam infracções a uma ordenação criada pelo direito positivo referida a domínios eticamente neutros. Donde, enquanto ali é possível antes de mais discernir um desvalor jurídico-material, aqui o que logo sobreleva é a pura contrariedade ao direito na sua mera função de ordenação²⁰².

²⁰⁰ LANGE, Richard, "Die Magna Charta der anständigen Leute", *JZ*, 1956, p. 519.

²⁰¹ MICHELS, *Strafbare Handlung und Zuwiderhandlung*, p. 51, que alude ainda (nota 160) ao pensamento de Erik Wolf, quando este, como referimos supra, se refere ao influxo das normas jurídicas sobre as normas de cultura.

²⁰² MICHELS, *Strafbare Handlung und Zuwiderhandlung*, p. 52 e s.

2.3 Tendo esta mundivisão como pano de fundo, é equacionada a natureza dos delitos ameaçados com penas ou com coimas. Tanto Lange, como Michels rejeitam uma construção dual composta pelo direito penal e pelo direito das contra-ordenações, propondo antes um esquema tripartido que admita entre esses dois pólos a já mencionada zona de fronteira do direito *penal* administrativo ou secundário²⁰³. Em um dos extremos temos os autênticos factos penais criminais, que dão corpo ao direito penal criminal, isto é, o direito penal clássico ou de justiça. No outro extremo deparamos com as infracções puníveis com coimas, correspondentes ao direito das contra-ordenações. E em uma posição intermédia as infracções puníveis com penas, que integram o direito penal administrativo.

O *direito penal de justiça* é composto pelos verdadeiros factos penais, designadamente, por aqueles comportamentos que, considerados na sua natureza, contendem com o núcleo daqueles valores ético-sociais que o legislador se limita a reconhecer. Quando vista em si mesma, a conduta é de tal forma censurável que obriga a uma reprovação ético-social do agente e impõe que o facto seja punido com uma pena. O agente é tido como um inimigo do direito. Por isso, deve não só expiar o facto cometido, como deve ainda, no interesse da paz jurídica, ser vencido e tornado inócuo²⁰⁴.

O *direito das contra-ordenações* é formado por aquelas infracções a que o legislador faz corresponder uma coima em função da contrariedade a uma ordenação impositiva ou proibitiva, legislativamente criada, referida a matérias que sob um ponto de vista valorativo são eticamente neutras. Entende ainda Lange que “a estrutura da contra-ordenação revela que ela não pressupõe a lesão de um concreto bem jurídico”²⁰⁵. Embora admita que, em derradeira instância, também o direito contra-ordenacional se dirige à protecção de bens jurídicos, contrapõe que nele, em contraste com o direito penal criminal, a lesão do bem jurídico não é erigida em *conteúdo* da norma legal, mas permanece em pano de fundo como mero *motivo* da sua previsão legal. As contra-ordenações referem-se aos bens jurídicos não sob a forma de uma lesão, mas antes, em todo o caso, sob a forma de um perigo remoto e abstracto. Considerando esta natureza do direito das contra-ordenações, o agente da infracção contra-ordenacional não é pois

²⁰³ LANGE, “Der Strafgesetzgeber und die Schuldlehre”, p. 77 e ss., e MICHELS, *Strafbare Handlung und Zuwiderhandlung*, p. 56 e ss.

²⁰⁴ MICHELS, *Strafbare Handlung und Zuwiderhandlung*, p. 57.

²⁰⁵ LANGE, *Das Rätsel Kriminalität*, p. 53.

um inimigo do direito e não há lugar a qualquer processo de expiação, inocuização ou ressocialização. Deste modo, ainda que faça parte do direito penal em sentido amplo, o direito contra-ordenacional opõe-se qualitativamente ao direito penal de justiça, em relação ao qual é fundamentalmente um *aliud*, sendo de rejeitar qualquer acusação de burla de etiquetas²⁰⁶.

Finalmente, o *direito penal administrativo* ocupa um lugar intermédio entre aqueles dois domínios. Dele fazem parte aqueles factos que à partida são valorativamente neutros, mas que o legislador decide ameaçar com uma pena. Assim, embora formalmente se apresentem como factos penais, na realidade esses delitos aproximam-se muito mais das contra-ordenações do que dos crimes do direito penal clássico. Pois que também estas infracções formalmente penais são, nas palavras de Lange, um *produto do legislador*, fruto das exigências dos tempos. Infracções que, portanto, como já considerava Wolf, carregam em si mesmas o seu próprio prazo de validade, apresentando uma tendência para a autodestruição²⁰⁷. São, em síntese, “delitos que embora façam parte da categoria global do direito penal criminal, na realidade são estruturalmente concebidos como contra-ordenações”²⁰⁸. O exemplo mais flagrante destes delitos do direito penal administrativo ou económico é constituído pelos tipos mistos previstos nas sucessivas leis de simplificação do direito penal económico (WStG), mas o pensamento é válido também em relação a determinados tipos constantes do Código Penal.

O que há de particular nestas infracções que compõem o direito penal secundário e acaba por distingui-las qualitativamente das contra-ordenações propriamente ditas é a sua massiva dimensão quantitativa, que leva a que adquiram relevo ético-social²⁰⁹. Dá-se assim aquilo que Richard Lange, na esteira de Goldschmidt²¹⁰, apresenta como uma *conversão da quantidade em uma nova qualidade*. Ou seja, o incremento considerável da expressão quantitativa do facto implica que o mesmo seja percebido como um

²⁰⁶ MICHELS, *Strafbare Handlung und Zuwiderhandlung*, p. 57.

²⁰⁷ LANGE, “Der Strafgesetzgeber und die Schuldlehre”, p. 77.

²⁰⁸ LANGE, “Der Strafgesetzgeber und die Schuldlehre”, p. 77; e depois, de novo, KOHLRAUSCH, Eduard / LANGE, Richard, *Strafgesetzbuch mit Erläuterung und Nebengesetzen*, 43.^a ed., Berlin, Walter de Gruyter, 1961, p. 15.

²⁰⁹ LANGE, “Der Strafgesetzgeber und die Schuldlehre”, p. 78, e MICHELS, *Strafbare Handlung und Zuwiderhandlung*, p. 58.

²¹⁰ Cf. GOLDSCHMIDT, “Das Verwaltungsstrafrecht...”, *Koch-Festgabe*, p. 439, e supra, § 2.

facto qualitativamente distinto²¹¹. Um facto que ainda assim, deve fazer parilha com o facto contra-ordenacional na contraposição com o facto do direito penal clássico.

§ 5.3 A adesão jurisprudencial ao pensamento qualitativo

A dominância da teoria qualitativa na doutrina dos anos que se seguiram à introdução da categoria das contra-ordenações na ordem jurídica alemã ocidental foi acompanhada por uma adesão jurisprudencial à posição de princípio de que a contra-ordenação é um *aliud* em relação ao facto criminal e de que a coima é do mesmo modo substancialmente distinta da pena²¹². Os fundamentos invocados pela jurisprudência tanto do Supremo Tribunal Federal, como do Tribunal Constitucional Federal, coincidem, *grosso modo*, com as principais linhas de força da doutrina qualitativa, divisando-se uma espécie de mescla entre os argumentos sufragados pela corrente que liga o critério de distinção à contraposição entre bem jurídico e desobediência a prescrições de natureza administrativa e o conteúdo da corrente que aponta antes para o desvalor ético-social da conduta.

Em acórdão proferido logo em 1959, o Tribunal Constitucional Federal teve oportunidade de se pronunciar sobre a conformidade constitucional de um preceito substantivo da WStG de 1949, o constante do § 23²¹³. Previa-se aí uma responsabilização contra-ordenacional, eventualmente até de pessoas colectivas, do proprietário ou do dirigente de uma empresa quando no seio desta fosse cometida uma infracção a alguma das demais disposições do diploma em virtude de uma violação de um dever de vigilância. O *Bundesverfassungsgericht* recordou que no âmbito daquele diploma a infracção tinha natureza de pura contra-ordenação, por oposição aos crimes económicos e ainda àquelas condutas, as *Zuwiderhandlungen*, que consoante as circunstâncias poderiam constituir um crime ou uma contra-ordenação. E o significado que começou por atribuir à circunstância de se tratar de uma simples contra-ordenação foi o de que o juízo de culpa a ela associada não respeita à esfera da ética. Invocando o pensamento de Erik Wolf e de Eberhard Schmidt, o Tribunal considerou que no âmbito de uma contra-ordenação o agente não se insurge contra os fundamentos da ordem

²¹¹ LANGE, “Der Strafgesetzgeber und die Schuldlehre”, pp. 77 e 79.

²¹² Refere, aliás, MICHELS, *Strafbare Handlung und Zuwiderhandlung*, p. 19, que de há muito a jurisprudência, se não de forma expressa, pelo menos intuitivamente reconhecia a distinção qualitativa entre os dois domínios.

²¹³ Acórdão de 04-02-1959, *BVerfGE* 9, p. 167 e ss.

jurídica estadual, não manifestando portanto uma personalidade defeituosa. Nessa medida, também a coima não comporta a gravidade que é própria da pena. Está em causa, acrescenta o Tribunal, uma mera desobediência em relação a uma ordenação jurídica da administração estadual, técnica, temporal e relacionalmente condicionada, à qual deve reagir-se através de uma vigorosa chamada ao dever²¹⁴. De maneira que não sendo afectada a esfera da personalidade ética da pessoa não será de igual forma comprometida a dignidade da pessoa humana.

Ainda nesse Acórdão, o Tribunal Constitucional Federal alemão entendeu ser conveniente contextualizar o aparecimento do direito contra-ordenacional na evolução histórica do direito penal económico, colocando a ênfase na crescente intervenção do Estado na esfera económica: a intensificação da actividade estadual na vida económica levou a que se desenvolvesse um ramo autónomo do direito penal e a um cada vez maior número de tipos penais incriminadores, coenvolvendo assim o perigo de uma excessiva intervenção penal que por sua vez poderia implicar uma perda de sentido da própria pena criminal. Daí a necessidade de criar tipos contra-ordenacionais, que se distinguem dos factos criminais em função do desvalor ético do facto e são sancionáveis pela administração através de coimas que não têm qualquer carácter estigmatizante, nem são susceptíveis de inscrição no registo criminal²¹⁵.

Foi ainda neste sentido de uma separação qualitativa entre os domínios penal e contra-ordenacional que se pronunciou o Supremo Tribunal Federal, mesmo antes daquela tomada de posição do Tribunal Constitucional, em acórdão de 1957 tirado em plenário das secções criminais²¹⁶. Estava aqui em questão a fórmula de Schmidt prevista na WStG de 1949, mais concretamente o problema de saber se os critérios à luz dos quais uma *Zuwiderhandlung* deveria ser qualificada como crime seriam ou não de caracterizar como elementos do tipo para efeitos de dolo e de consciência da ilicitude do facto. O BGH decidiu em sentido negativo justamente com base no percurso histórico

²¹⁴ Perante esta tomada de posição ficou clara a inclinação do Tribunal Constitucional Federal a favor da teoria qualitativa, sendo ultrapassadas as dúvidas sobre essa filiação que uma sua decisão anterior havia inculcado quando, usando uma expressão recorrente da terminologia quantativa, aludiu à exclusão do círculo dos tipos penais daqueles casos com um conteúdo de ilícito *menor* e à sua punição pelas autoridades administrativas como meros ilícitos administrativos – cf. Acórdão de 14-10-1958, *in*: *BVerfGE* 8, 197, p. 207 e s.

²¹⁵ Em rigor, diga-se, porém, que o Tribunal não fala literalmente em tipos contra-ordenacionais e em coimas, mas sim em “tipos penais de ordem” (*Ordnungsstrafatbestände*) e em “penas de ordem” (*Ordnungsstrafen*). Como quer que seja, é perfeitamente claro que o Tribunal pretende referir-se às infracções contra-ordenacionais e às coimas correspondentes.

²¹⁶ Acórdão de 04-11-1957, *NJW*, 1958, p. 109 e s.

que antecedeu aquela Lei de Simplificação do Direito Penal Económico. Percurso analisado sob o perfil dogmático da doutrina do direito penal administrativo e sob o perfil da hipertrofia penal decorrente da prática estadual planificadora e dirigista da economia, instalada desde a I Guerra Mundial e acentuada durante a época nazi. Nesta perspectiva, entendeu o Supremo Tribunal Federal que a formulação legal em apreço deveria ser apreciada e aplicada nos termos preconizados por Eberhard Schmidt, não propriamente como elemento do tipo das infracções, mas apenas como critério delimitador de fronteiras entre dois domínios sancionatórios distintos. Indo ao encontro da ideia de fundo da teoria do direito penal administrativo de que o ilícito criminal radica em um desvalor ético especial e o ilícito administrativo se esgota na mera desobediência a uma ordem administrativa, o BGH concluiu pela necessidade de uma fórmula como a do § 6 da WStG para levar a efeito a delimitação entre o ilícito criminal e a mera desobediência administrativa, inscrevendo-se assim claramente na tese qualitativa.

§ 5.4 A reacção do pensamento quantitativo

1. Se é certo que, fundamentalmente em virtude da influência de Eberhard Schmidt e da assumida filiação das novas leis contra-ordenacionais na doutrina do direito penal administrativo, o período que imediatamente se seguiu ao surgimento do ramo das contra-ordenações foi claramente dominado pelo pensamento qualitativo, não tardou a que gradualmente se instalasse um cada vez mais sonoro coro de vozes contra essa perspectiva, formando a chamada *tese quantitativa*. Análises com distintos pontos de partida e levadas a cabo a propósito de diferentes problemas cruzam-se de forma mais ou menos directa com as questões da natureza da contra-ordenação e da sua contraposição em relação ao facto penal, convergindo na ideia de que entre ambos os tipos de infracções não existe nenhuma diferença substancial, discrepando eles somente numa *relação de grau*, de mais para menos. Quando contraposta ao crime, a contra-ordenação não é um *aliud*, mas apenas um *minus*.

A concepção quantitativa foi crescentemente ganhando importância – naturalmente em virtude da consistência das objecções dirigidas à tese contrária, mas também porventura dos nomes prestigiados que a sustentaram, com destaque para

Welzel e Jescheck²¹⁷ – ao ponto de em meados da década de 1960 ser já temerário apontar para a existência de uma doutrina dominante²¹⁸. Um equilíbrio que todavia não tardou novamente a desfazer-se, mas desta vez com a preponderância da concepção quantitativa. “Contas feitas a todo o evoluir desta matéria – sintetiza Faria Costa em traço impressionante –, somos surpreendidos por um quadro em que a doutrina maioritária alemã, depois da euforia da adopção de um critério qualitativo em ordem a distinguir o direito penal do direito de mera ordenação social, cai em euforia não menos intensa para afirmar, agora, as excelências ou mesmo a necessidade lógica do critério quantitativo”²¹⁹.

Para a expansão da corrente quantitativa contribuiu em larga medida a própria evolução do direito das contra-ordenações alemão, mais concretamente a sua expressiva disseminação às mais variadas matérias da vida social²²⁰ e a frequente ultrapassagem pela legislação extravagante dos limites supletivos de coima definidos na OWiG de 1952. “Com o correr do tempo, as contra-ordenações tornaram-se num repositório para comportamentos de conteúdo heterogéneo que não deveriam ser punidos criminalmente”²²¹. A coima, ainda nas palavras de Lang-Hinrichsen, transforma-se paulatinamente na “rapariga para todo o serviço”, no “abre-te Sésamo” da nova política-criminal, sendo através dela possível resolver um sem-número de questões sancionatórias que quebraram a cabeça a várias gerações passadas. Ali onde, continua o mesmo Autor, por boas ou más razões, haja renitência em fazer uso da pena criminal, a coima oferece condescendentemente os seus serviços. E ganha preferência porque é vista como uma sanção sem *pathos*, austera e que pode ser largamente domesticada, mesmo quando ascende a cifras exorbitantes. Tudo o que contribui para lhe conferir uma boa capacidade de adaptação e uma vasta potencialidade aplicativa²²². Concretizando, acrescenta Rudolf Schmitt que para esta evolução em direcção divergente da perspectiva que de início moldou o espírito do direito contra-ordenacional

²¹⁷ Cf. WELZEL, Hans, “Der Verbotsirrtum im Nebenstrafrecht”, *JZ*, 1956, p. 238 e ss., que se manifesta sobretudo contra a posição de Richard Lange, no âmbito da discussão dogmática em torno do erro de proibição; e JESCHECK, “Das deutsche Wirtschaftsstrafrecht”, p. 457 e ss.

²¹⁸ Cf. SCHOREIT, “Die sogenannten Ordnungswidrigkeiten”, p. 226.

²¹⁹ COSTA, Faria, *O Perigo em Direito Penal*, p. 456.

²²⁰ Em 1968, GÖHLER, “Das neue Gesetz über Ordnungswidrigkeiten”, p. 583, quantifica em mais de uma centena o número de leis extravagantes que no âmbito do direito federal incluem tipos legais contra-ordenacionais.

²²¹ LANG-HINRICHSEN, Dietrich, “«Verbandsunrecht». Zugleich ein Beitrag zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten”, in: Geerds / Naucke (orgs.), *Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft. Festschrift für Hellmuth Mayer zum 70. Geburtstag*, Berlin, Duncker & Humblot, 1966, p. 62.

²²² LANG-HINRICHSEN, “«Verbandsunrecht»”, p. 62 e s.

contribuiu sobremaneira o desejo de aliviar os tribunais da criminalidade bagatelar, encaminhando para as autoridades administrativas, ao menos numa primeira etapa processual, os factos revestidos de um perigo mínimo ou remoto para bens jurídicos e ainda o propósito de assegurar uma tutela sancionatória sobre as pessoas colectivas, como é demonstrado pela legislação em matéria de concorrência, de natureza exclusivamente contra-ordenacional²²³.

É assim que, por um lado, se assiste à intervenção contra-ordenacional em campos que já nada têm a ver com puros interesses administrativos, conformando inclusivamente uma tutela, em regra sob a forma de perigo abstracto, de autênticos bens jurídicos individuais. E bens jurídicos da mais alta relevância, como a vida e a saúde, no caso da legislação farmacêutica e de protecção do trabalho juvenil, o património, no caso de legislação relativa ao comércio externo, ou a propriedade, no caso da lei federal da caça²²⁴. Por outro lado, na criação de novos tipos contra-ordenacionais o legislador não se limita apenas aos ilícitos de carácter bagatelar, sendo frequente a adopção da tutela contra-ordenacional também em relação a ilícitos de elevada gravidade. Por esta razão, acaba também por ser frequente²²⁵ a previsão de coimas de moldura abstracta superior aos limites regra da OWiG²²⁶, com destaque para a lei em matéria de

²²³ SCHMITT, Rudolf, *Ordnungswidrigkeitenrecht*, p. 14.

²²⁴ JESCHECK, “Das deutsche Wirtschaftsstrafrecht”, p. 460 e s., LANG-HINRICHSSEN, “«Verbandsunrecht»”, p. 57 e s., TIEDEMANN, “Verwaltungsstrafrecht und Rechtsstaat”, p. 288, SCHMITT, Rudolf, *Ordnungswidrigkeitenrecht*, p. 14, e RUISINGER, Franz-Joachim, *Die Rechtliche Qualifizierung von Geldbuße, gebührenpflichtiger Verwarnung und Zwangsgeld, zugleich eine Untersuchung zur Strafkompentenz der Verwaltung*, Tübingen, 1970, p. 36 e s.

Porque, como bem se vê em texto, já há mais de meio século que um largo sector da doutrina alemã acolhe como válida a ideia de que o direito contra-ordenacional está e pode estar ao serviço da tutela de bens jurídicos individuais, mesmo dos mais relevantes na ordem constitucional dos bens jurídicos, como a vida ou a integridade física, não se compreende a que título afirma VILELA, Alexandra, *O Direito de Mera Ordenação Social*, p. 219, a propósito da actual concepção de Wolfgang Mitsch, que “*inédito* nesta concepção é que o direito de mera ordenação social poderia também tutelar bens jurídicos individuais e não apenas colectivos ou supra-individuais” (it. nosso).

²²⁵ Esta ideia, afirmada por LANG-HINRICHSSEN, “«Verbandsunrecht»”, p. 58, e ainda por ³KK-BOHNERT, Introdução, n.º m. 40, de que se trataria de uma prática legislativa frequente, não é todavia acompanhada por KRÜPELMANN, *Die Bagatelldelikte*, p. 150, que caracteriza esses casos ainda como relativamente excepcionais.

²²⁶ Dando conta de que logo no âmbito dos trabalhos da *Wirtschaftsstrafrecht-Kommission* se manifestou no sentido de que a dimensão quantitativa da coima deveria ficar francamente aquém da da pena de multa, para que dela pudesse distinguir-se claramente, SCHMIDT, Eberhard, *Niederschriften*, I., cit., p. 84, não deixou porém de reconhecer que em muitos casos a prática legislativa não foi por aí, sentindo mesmo necessidade de alertar para o risco de a coima poder ser transformada num instrumento ao serviço de interesses fiscais. Ainda a este propósito, no entendimento de JESCHECK, “Das deutsche Wirtschaftsstrafrecht”, p. 462, a medida máxima de coima não deveria ultrapassar uma quantia correspondente, *grosso modo*, a um décimo do máximo de pena de multa abstractamente aplicável, uma vez que sanções de montante superior seriam materialmente penas criminais e a sua qualificação como coimas não passaria de uma burla de etiquetas.

concorrência, a *Kartellgesetz*, com um limite máximo de coima tão exorbitante (100.000 marcos)²²⁷ que leva mesmo Eberhard Schmidt a falar em manipulação legislativa, ao dar relevo contra-ordenacional a uma matéria indubitavelmente penal²²⁸.

É tendo como pano de fundo a concreta experiência legislativa contra-ordenacional que parte da doutrina submete a escrutínio crítico as duas linhas de pensamento que estão na base da tese qualitativa, a que se liga à ideia da contraposição entre tutela de bens jurídicos *vs.* desobediência a ordens de natureza administrativa, impulsionada por Eberhard Schmidt, e a que radica no critério do desvalor ético-social da conduta, desenvolvida por Gallas, Lange e outros.

2. A posição qualitativa que se mostra mais claramente desenquadrada em relação aos tempos é a de Eberhard Schmidt. É certo que a preocupação que fundamentalmente o animou foi a de compatibilizar o sistema sancionatório com o princípio do Estado de direito. Só que os termos em que essa harmonização é preconizada perderam o passo em relação às novas concepções do Estado como Estado de direito e como Estado social, bem como, *et pour cause*, às relações entre o Estado, em especial o Estado administrador, e o cidadão. Em Eberhard Schmidt é ainda demasiado impressivo o eco das concepções de Goldschmidt e de Wolf, no sentido de uma marcada separação entre os domínios da justiça (e do direito) e da administração e de uma condição de subalternidade do indivíduo em relação ao Estado, manifestada na adscrição ao cidadão de um estatuto de órgão auxiliar da administração. Mundivisão que se repercute no dogma de que só o direito penal está ao serviço da protecção de bens jurídicos, estando o direito contra-ordenacional por sua vez exclusivamente limitado à esfera dos interesses administrativos, não fazendo mais do que reagir a puros danos administrativos praticados pelos indivíduos na sua qualidade de coadjuutores da administração. De modo que, em substância, a contra-ordenação não passa de uma mera desobediência a uma ordem administrativa legalmente prescrita e a punição que lhe

²²⁷ Aliás, como informa ACHENBACH, Hans, “Ahndung materiell sozialschädlichen Verhaltens durch bloße Geldbuße? Zur Problematik «großer» Wirtschafts-Ordnungswidrigkeiten”, *GA*, 2008, p. 5, o valor inicialmente apontado pelo projecto de lei governamental ascendia a um milhão de marcos, um valor dez vezes superior ao da máxima pena de multa legalmente admissível.

²²⁸ SCHMIDT, Eberhard, *in: Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission, 8. Band: Besonderer Teil, 76. bis 90. Sitzung*, Bonn, 1959, p. 80 (77.ª sessão, de 22 de Abril de 1958), não obstante a preferência legislativa por uma exclusiva tutela contra-ordenacional em matéria de concorrência ter sido dogmaticamente justificada através da teoria do direito penal administrativo (cf. TIEDEMANN, *Kartellrechtsverstöße und Strafrecht*, p. 23).

cabe não tem qualquer conotação desvaliosa, porque representa somente um meio de a administração chamar à ordem um seu subalterno, o cidadão.

Trata-se de uma perspectiva totalmente desfasada do ideário do Estado de direito social inscrito no código genético da Lei Fundamental²²⁹. Na mesma linha da crítica já dirigida por Gallas, considera Jescheck que a contraposição entre o espaço do direito e o espaço da administração e assim entre bens jurídicos e bens administrativos radica num pensamento extremadamente liberal, próprio da teoria do direito natural de oitocentos, de acordo com a qual a ordem jurídica em sentido próprio deve preocupar-se exclusivamente com a tutela da posição jurídica do indivíduo, nada tendo que ver com os deveres deste para com a comunidade, não lhes sendo por isso reconhecido o estatuto de autênticos deveres jurídicos²³⁰. Esta concepção acentuadamente individualista é, além disso, pura e simplesmente incompatível com o princípio de que toda a actividade do Estado, mesmo a administrativa, tem de estar submetida ao direito, sendo em todas as suas dimensões uma actividade também ela jurídica²³¹. Tal como é incompatível com o reconhecimento de que também os interesses do Estado são interesses juridicamente reconhecidos²³² e com a exigência de que a assumpção pelo Estado de uma precípua função de *Daseinsvorsorge* tenha como reverso a consideração dos deveres sociais do indivíduo como deveres primários do cidadão. Deveres que quando são violados formam uma autêntica ilicitude material, porquanto, ultrapassada a antítese entre justiça e bem-estar como funções do Estado e assimilada a função social do Estado como também ela uma função que participa do princípio do Estado de direito material, os interesses administrativos são susceptíveis de assumir o estatuto de bens jurídicos²³³.

²²⁹ Cf. SAX, Walter, “Grundsätze der Strafrechtspflege”, in: Bettermann / Nipperdey / Scheuner (org.), *Die Grundrechte, Band 3., Halbband 2.: Rechtspflege und Grundrechtsschutz*, Berlin, Duncker & Humblot, 1959, p. 919 e ss., e TIEDEMANN, “Verwaltungsstrafrecht und Rechtsstaat”, p. 290, e *Kartellrechtsverstöße und Strafrecht*, p. 100.

²³⁰ JESCHECK, “Das deutsche Wirtschaftsstrafrecht”, p. 461.

²³¹ MAYER, Hellmuth, *AT*, p. 73, SAX, “Grundsätze der Strafrechtspflege”, p. 922, e BETTERMANN, in: FISCHER, Gero, “«Die Problematik der Umwandlung der Verkehrsübertretungen in Ordnungswidrigkeiten»”, *cit.*, p. 116 e s.

²³² KRÜPELMANN, *Die Bagatelldelikte*, p. 168.

²³³ JESCHECK, “Das deutsche Wirtschaftsstrafrecht”, p. 460 e s., TIEDEMANN, “Verwaltungsstrafrecht und Rechtsstaat”, p. 290, e MATTES, *Untersuchungen*, II, p. 143 e ss.

É interessante notar, com TIEDEMANN, Klaus, “La recente evoluzione del diritto penale dell’economia in Germania con particolari riferimenti al diritto penale delle società commerciali”, in: C. Pedrazzi (org.), *Comportamenti Economici e Legislazione Penale*, Milano, Giuffrè, 1978, p. 113, que já no início do século, em Itália, Arturo Rocco se pronunciava contra a teoria do direito penal administrativo de Goldschmidt com base na ideia de que os interesses da administração estadual poderiam deter uma qualidade de verdadeiros e próprios *bens jurídicos*.

Contra a tese qualitativa de Eberhard Schmidt e ainda no propósito de afirmação da sua aberta desconformidade com a natureza do Estado de direito, é unânime a condenação dos termos em que, à velha maneira de Goldschmidt, concebe a relação entre o cidadão e o Estado, subordinando aquele ao mero papel de órgão auxiliar deste, dessa maneira fundando a ilicitude do facto contra-ordenacional na pura desobediência²³⁴. Esta construção radica desde logo no erro, denunciado pelas considerações anteriores, de secundarizar a colaboração que o indivíduo deve prestar na vida social, como se essa cooperação não devesse ter relevo *per se*, mas pudesse ser reconhecida juridicamente apenas de forma mediata, através de uma interposição de uma relação entre o indivíduo e a administração, que faria daquele um quase-funcionário ao serviço de deveres alheios e não de deveres próprios²³⁵. Depois, mesmo no plano simbólico, afigura-se insuportável a subalternização do cidadão perante a administração, pois se há alguém que deve servir alguém, é a administração que, enquanto órgão auxiliar da comunidade, deve servir o indivíduo e não o contrário²³⁶.

Postas assim as coisas, são questionadas as traves-mestras do modelo qualitativo proposto por Eberhard Schmidt e toda a sua construção é colocada irremediavelmente em crise. Em linha com a apreciação crítica levada a cabo a partir dos princípios fundamentais do Estado de direito social, a tese de que a contraposição entre crimes e contra-ordenações radica no critério de tutela do bem jurídico é objectada mais em pormenor através de três vias que se entrecruzam.

Antes de mais, a ideia de que só os factos penais estão vinculados à protecção de bens jurídicos, ficando para as contra-ordenações apenas a tutela de interesses exclusivamente administrativos, colide com a consideração de que, no quadro do Estado social, também os bens administrativos podem ser bens jurídicos e aquilo que Eberhard Schmidt, ao jeito de Wolf, qualifica como puro dano administrativo pode bem tratar-se de um dano socialmente relevante, a qualificar como ofensa a um bem jurídico.

Acresce que é tido como inaceitável o entendimento de que na sua essência a contra-ordenação se esgota numa mera desobediência a uma prescrição legal que, em derradeira instância, não é senão uma ordem administrativa²³⁷. Esta caracterização do ilícito contra-ordenacional como um puro ilícito de desobediência, desprovido, portanto,

²³⁴ SAX, “Grundsätze der Strafrechtspflege”, p. 920 e ss.

²³⁵ MATTES, *Untersuchungen*, II, p. 152 e s.

²³⁶ KRÜMPELMANN, *Die Bagatelldelikte*, p. 168.

²³⁷ WELZEL, “Der Verbotsirrtum im Nebenstrafrecht”, p. 240.

de qualquer densidade material, é insustentável à luz do princípio do Estado de direito, dado que, como adverte Walter Sax, abre a porta a uma ilimitada possibilidade de introdução de proibições ou imposições estaduais arbitrárias. Trata-se de um risco que contende com a determinação constitucional de que todas as actividades estaduais devem estar absolutamente subordinadas ao princípio da juridicidade, por força do qual só há-de ser reconhecido um poder jurídico de obrigar o cidadão à obediência e assim puni-lo em caso de desobediência desde que as imposições ou proibições inerentes estejam ligadas e assim justificadas pela necessidade de protecção de interesses juridicamente reconhecidos²³⁸. Enfim, no quadro do Estado de direito só é de reconhecer legitimidade à intervenção contra-ordenacional se a mesma se dirigir contra ofensas a bens jurídicos²³⁹.

A tese da indiferença da contra-ordenação em relação à figura do bem jurídico e da sua identificação com a mera desobediência a ordens materialmente administrativas não só soçobra no plano teórico, como, por último, não tem sequer aderência à realidade normativa do direito positivo, não logrando ultrapassar com sucesso uma avaliação puramente empírica a que seja submetida²⁴⁰. Basta, com efeito, constatar os exemplos já mencionados de tipos contra-ordenacionais que estão adstritos à protecção de interesses como a vida, a saúde, a propriedade ou o património para logo se verificar que o direito contra-ordenacional está legalmente vinculado à tutela de bens jurídicos, inclusivamente de bens jurídicos pessoalíssimos que de modo algum podem ser identificados como interesses administrativos, sendo portanto redutora a sua identificação monocromática com a esfera administrativa²⁴¹.

A concepção qualitativa de Eberhard Schmidt revela-se então insufragável. Seja porque o âmbito de actividade contra-ordenacional não se esgota dentro das margens da pura actuação administrativa, estendendo-se também aos domínios de tutela de bens jurídicos, tanto colectivos, não “encabeçados” pela administração, como individuais, que de modo algum admitem a sua qualificação como meras desobediências de natureza administrativa²⁴². Seja ainda porque mesmo em relação àquela intervenção em espaços

²³⁸ SAX, “Grundsätze der Strafrechtspflege”, p. 921 e s., e ESER, *Die Abgrenzung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten*, p. 122.

²³⁹ SAX, “Grundsätze der Strafrechtspflege”, p. 922.

²⁴⁰ JESCHECK, “Das deutsche Wirtschaftsstrafrecht”, p. 460 e s.

²⁴¹ Além de JESCHECK, “Das deutsche Wirtschaftsstrafrecht”, p. 460 e s., cf. ainda KRÜPELMANN, *Die Bagatelldelikte*, p. 169 e s., LANG-HINRICHSSEN, “«Verbandsunrecht»”, p. 59 e s., e TIEDEMANN, “Verwaltungsstrafrecht und Rechtsstaat”, p. 290.

²⁴² LANG-HINRICHSSEN, “«Verbandsunrecht»”, p. 57 e s.

essencialmente administrativos os interesses administrativos que se encontram sob a sua alçada não deixam de poder ser considerados como verdadeiros bens jurídicos, mesmo que, naturalmente, lhes não seja socialmente atribuído o mesmo grau de relevância que é conferido a interesses que conformam bens jurídicos individuais²⁴³.

A crítica global assim dirigida a esta vertente da tese qualitativa – e em que, nas suas linhas essenciais, nos revemos – é de tal modo irrefutável que não mais o direito contra-ordenacional voltou a ser sustentado com base no paradigma delineado por Eberhard Schmidt!

3. *Pari passu* com as objecções que lança contra o modelo de Eberhard Schmidt, a doutrina quantitativa assesta também baterias contra o pensamento que erige o desvalor ético-social da conduta como critério de diferenciação material entre crimes e contra-ordenações.

Também esta corrente da tese qualitativa não consegue superar o teste da realidade: o próprio direito contra-ordenacional conta com numerosas infracções que respeitam a condutas que em si mesmas são portadoras de um inequívoco significado ético-social. Disposições ligadas à tutela da saúde, como sucede nos domínios da protecção laboral, da assistência a pessoas com deficiências, da fabricação de medicamentos, da produção de alimentos ou da segurança rodoviária estão aí para demonstrar cabalmente que “também as contra-ordenações não são de forma alguma ético-socialmente irrelevantes”²⁴⁴ e que quando contrapostas a factos penais da mesma espécie a única coisa que os distingue é uma diferença de gravidade.

Além disso e numa avaliação crítica que procura arremeter contra o núcleo do critério do desvalor ético-social, Welzel põe em relevo a considerável indeterminação do conceito de “núcleo essencial do direito penal” que ressalta da construção de Lange e que este procura concretizar através de não menos ambíguas referências aos delitos pré-existentes, naturais, transpositivos ou jurídico-naturais ou aos crimes que não são criados pela vontade do Estado. Segundo Welzel, simplesmente “não existem tipos

²⁴³ Cf. JESCHECK, “Das deutsche Wirtschaftsstrafrecht”, p. 461.

²⁴⁴ JESCHECK, “Das deutsche Wirtschaftsstrafrecht”, p. 460 e s. Assim, também SCHOREIT, “Die sogenannten Ordnungswidrigkeiten”, p. 229 e s., KRÜMPPELMANN, *Die Bagatelldelikte*, p. 169 e s., e RUISINGER, *Die Rechtliche Qualifizierung von Geldbuße*, p. 35 e s.

penais «naturais» ou «jurídico-naturais»²⁴⁵ e seria um absurdo pretender edificar o âmbito nuclear do direito penal a partir do direito natural.

Neste sentido, acrescenta Jescheck que o Estado só está autorizado a ameaçar um comportamento com sanções repressivas se, de acordo com a convicção de fundo da comunidade jurídica, o mesmo for tido como eticamente desvalioso e assim merecedor de uma censura. Deste modo, prossegue, também no âmbito contra-ordenacional a ordem compreendida no tipo legal não pode deixar de ter subjacente uma finalidade ou um valor eticamente reconhecido²⁴⁶. O Estado não pode evidentemente proibir ou impor com o fito de exercitar a obediência do cidadão, sendo-lhe exigível que o faça apenas quando almeje a obtenção de um estado juridicamente valioso ou pretenda evitar um facto desvalioso²⁴⁷. Em momento algum será pois admissível o funcionamento do poder repressivo estadual somente em ordem a facilitar a actividade administrativa. Daí que onde se queira atribuir relevo contra-ordenacional a um determinado facto seja de exigir que a prescrição em causa se revele necessária para assegurar uma convivência justa e ordenada, caso em que de todo poderá considerar-se ético-socialmente indiferente²⁴⁸.

4. É na base dos argumentos que opõem à tese qualitativa que os defensores da doutrina quantitativa sustentam então a ideia de que entre crimes e contra-ordenações não há uma diferença de natureza material, sendo que o que os separa não é mais do que uma *diferença de grau de gravidade*²⁴⁹. Ainda de acordo com Jescheck, só podendo lançar-se mão das contra-ordenações no caso de o legislador, no uso da sua margem de discricionariedade, considerar certo comportamento ofensivo de interesses juridicamente reconhecidos como socialmente intolerável, é por um lado a *menor*

²⁴⁵ WELZEL, “Der Verbotsirrtum im Nebenstrafrecht”, p. 240.

²⁴⁶ JESCHECK, “Das deutsche Wirtschaftsstrafrecht”, p. 461, e MAYER, Hellmuth, *AT*, p. 73.

²⁴⁷ WELZEL, “Der Verbotsirrtum im Nebenstrafrecht”, p. 240.

²⁴⁸ JESCHECK, “Das deutsche Wirtschaftsstrafrecht”, p. 461.

²⁴⁹ Cf. BOCKELMANN, *ZStW*, 66, 1954, p. 122 e s., SCHÄFER, *Niederschriften*, I., *cit.*, p. 69 e ss., WELZEL, “Der Verbotsirrtum im Nebenstrafrecht”, p. 240 e s., JESCHECK, “Das deutsche Wirtschaftsstrafrecht”, p. 459 e ss., SCHOREIT, “Die sogenannten Ordnungswidrigkeiten”, p. 231, MATTES, *Untersuchungen*, II, p. 251, e *passim*, RUISINGER, *Die Rechtliche Qualifizierung von Geldbuße*, p. 35 e ss., e KRÜPELMANN, *Die Bagatelldelikte*, p. 176 e s., este último acentuando o relevo da tese quantitativa para a conversão das contravenções bagatelares em contra-ordenações. Ao que parece também nesta direcção, deixando de pronunciar-se no sentido de uma plena identificação entre crimes e contra-ordenações, MAYER, Hellmuth, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2.ª ed., Stuttgart, Kohlhammer, 1967, p. 56 e s.

TIEDEMANN, “Verwaltungsstrafrecht und Rechtsstaat”, p. 290 e s., pronuncia-se igualmente no sentido da impossibilidade de estabelecer uma distinção qualitativa entre crimes e contra-ordenações e crê que só um parâmetro quantitativo os permite diferenciar, mas ensaia uma proposta alternativa de contraposição entre direito penal e direito contra-ordenacional fundada a partir da específica natureza da coima e da sua relação com o facto punível (cf. *infra*, nota 2805).

dignidade penal que esse facto apresenta, em virtude da baixa relevância do bem jurídico e da sua mera abstracta colocação em perigo, e por outro lado a *insuficiência do direito civil* para lhe fazer frente que justifica a adopção da via contra-ordenacional. Na conhecida expressão de Welzel, existe, em suma, uma *linha de continuidade* que une o direito penal e o direito contra-ordenacional²⁵⁰. Uma linha que corre a partir do direito penal nuclear e que num progressivo enfraquecimento da ilicitude material, a qual todavia nunca chega a desaparecer, acaba por atingir os mais remotos delitos bagatelares, inclusive até aqueles de feição contra-ordenacional. Na sugestiva imagem de Ocka Stumm, visto o problema nesta perspectiva quantitativa, “a contra-ordenação é assim a irmã mais nova do facto penal”²⁵¹.

A corrente quantitativa não dá, todavia, resposta a uma questão fundamental, a da razão pela qual se poderá aceitar que crimes e contra-ordenações tenham um tratamento constitucional e legal diferenciado quando, afinal de contas, em nada se distinguem quanto à sua natureza intrínseca, divergindo entre si apenas quanto ao seu grau de gravidade²⁵².

§ 5.5 A proposta de diferenciação qualitativa através do princípio da dignidade penal

1. Por entre as críticas à teoria qualitativa de Eberhard Schmidt, emergiu com Walter Sax, logo seguido muito de perto por Albin Eser, uma proposta de diferenciação baseada no *princípio da dignidade penal* (*Strafwürdigkeit*) que representou um novo tipo de aproximação ao problema e trouxe para a discussão uma compreensão que, embora à data haja colhido pouca atenção neste específico debate, tinha uma tal capacidade de rendimento que no longo prazo se tornou no elemento-chave de toda a temática²⁵³.

²⁵⁰ WELZEL, “Der Verbotsirrtum im Nebenstrafrecht”, p. 240 e s.

²⁵¹ STUMM, Ocka, *Das Doppelbestrafungsverbot bei Ordnungswidrigkeiten unter besonderer Berücksichtigung des Europarechts – eine Prüfung der Regelung des § 84 OWiG*, Berlin, Heenemann, 2011, p. 61.

²⁵² Cf. TIEDEMANN, “Verwaltungsstrafrecht und Rechtsstaat”, p. 290 e s.

²⁵³ SAX, Walter, “Kriminalpolitik und Strafrechtsreform”, *JZ*, 1957, p. 6, e “Grundsätze der Strafrechtspflege”, p. 923 e ss. Como se refere em texto, o essencial do pensamento de Sax foi perfilhado por ESER, *Die Abgrenzung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten*, pp. 123 e ss. e 178 e ss., ao que não terá sido estranha a circunstância de este estudo ter correspondido à dissertação de doutoramento apresentada por Albin Eser perante a Universidade de Würzburg, onde Walter Sax era professor. Cf. ainda, nesta direcção, BOLENIUS, Jochen-Michael, *Straftaten und Ordnungswidrigkeiten im Wettweberbs-*

Sax faz-se, antes de mais, ouvir como uma das vozes mais sonantes do coro crítico da corrente qualitativa, no essencial com base nas ideias de que seria insustentável uma distinção assente num princípio de obediência e subordinação do cidadão à administração e de que no quadro de um Estado de direito as contra-ordenações só são legítimas se fundadas na tutela de bens jurídicos. Porque, tal como os crimes, também as contra-ordenações se manifestam como ofensas a bens jurídicos, Sax crê que se se procurar o critério de diferenciação através do conteúdo da ilicitude da infracção não se logrará mais do que alcançar um contraste de matriz quantitativa. A única solução que divisa como apta a obter uma distinção qualitativa passa por fazer intervir um princípio que seja externo ao substrato de ilicitude do facto, designadamente, o *princípio da dignidade penal*²⁵⁴.

O ponto de vista desloca-se assim do facto propriamente dito para a sua consequência jurídico-criminal, a *pena*. É a partir dela que Sax desenvolve o conceito de dignidade penal, sintetizado por Eser através da máxima “pune com uma pena só aquele facto que seja digno de pena”²⁵⁵. Não foi, é certo, com Sax que a expressão *dignidade penal* deu entrada no léxico jurídico-penal²⁵⁶, remontando já pelo menos a Kohlrausch, num estudo sobre o erro e o conceito de culpa em direito penal²⁵⁷, mas foi com ele que adquiriu o essencial do seu significado como critério de legitimação da criminalização e dos contornos com que nos chegou até hoje²⁵⁸.

Na perspectiva de Sax, a dignidade penal apresenta-se como princípio que toma a pena como peça essencial para a determinação dos limites do ilícito penal. Seja ela observada sob uma óptica conceitual, de conteúdo ou de fins, a pena manifesta-se como uma pesada reprovação ética, que para o condenado representa uma *capitis deminutio*, uma censura ético-socialmente desqualificante cujos efeitos se prolongam as mais das

und Kartellrecht. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der Abgrenzung zwischen Straftaten und Ordnungswidrigkeiten, Tübingen, Eberhard-Karls-Universität, 1965, pp. 15 e ss. e 30 e s.

²⁵⁴ SAX, “Kriminalpolitik und Strafrechtsreform”, p. 6, e “Grundsätze der Strafrechtspflege”, p. 922 e s.; e na mesma direcção ESER, *Die Abgrenzung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten*, p. 123.

²⁵⁵ ESER, *Die Abgrenzung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten*, p. 128.

²⁵⁶ Cf. ESER, *Die Abgrenzung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten*, p. 128, que destaca von Hippel (1925) como o primeiro a reconhecer à dignidade penal um possível significado como critério diferenciador do ilícito penal.

²⁵⁷ KOHLRAUSCH, *Eduard, Irrtum und Schuldbegriff im Strafrecht*, I, Berlin, J. Guttentag, 1903, p. 23: uma conduta ameaçada por uma pena tem de ser *digna de pena* (*strafwürdig*).

²⁵⁸ Pela mesma altura de Sax, a ideia de dignidade penal foi invocada por autores como SAUER, Wilhelm, *Allgemeine Strafrechtslehre*, 3.^a ed., Berlin, Walter de Gruyter, 1955, § 7, e SCHMIDHÄUSER, Eberhard, *Gesinnungsmerkmale im Strafrecht*, Tübingen, J. C. B. Mohr, 1958, p. 208 e ss., mas com propósitos e acepções totalmente diferentes. Para mais desenvolvimentos, PINTO, Frederico Lacerda da Costa, *A Categoria da Punibilidade na Teoria do Crime*, Lisboa, FDUNL, 2012, p. 1038 e ss.

vezes para além do momento da condenação. Este forte *pathos* ético da pena é acompanhado de uma compressão massiva de direitos fundamentais do visado²⁵⁹, tudo o que faz dela o mais severo meio de reacção estadual a violações da ordem jurídica²⁶⁰.

Atento o significado da pena para a esfera do condenado, só será admissível submeter à sua tutela aqueles factos que apresentem uma conexão de *proporcionalidade* ética com o seu *pathos* ético²⁶¹. É neste sentido que o *princípio da dignidade penal* adquire conteúdo material, sendo de decompor em *duas* vertentes, o *merecimento de pena* (*Strafe-Verdienen*) e a *necessidade de pena* (*Strafe-Bedürfen*)²⁶².

A *necessidade de pena* existirá quando, estando em causa um comportamento merecedor de pena, esta se apresenta como o único meio efectivamente adequado a garantir uma protecção suficiente do bem jurídico imediata ou mediatamente ameaçado²⁶³.

O *merecimento de pena* será de afirmar no caso de o desvalor de um comportamento socialmente perturbador ser suficientemente pesado para, numa relação de proporcionalidade razoável, se mostrar equilibrado em relação ao significativo peso do desvalor que a pena comporta para o condenado²⁶⁴. Embora ciente de que o *pathos* ético da pena não é objectivamente mensurável, Sax manifesta uma segura convicção de que *todas* as penas, mesmo as pequenas penas de multa ou privativas da liberdade, importam uma censura ética mais pesada do que a de qualquer outra sanção não criminal²⁶⁵. Sendo este um dos pólos da pretendida relação de proporcionalidade constituída por este *pathos* ético concebido fundamentalmente como juízo de desaprovação ética, entende Sax que para a avaliação do peso do outro pólo, a ofensa ao bem jurídico protegido, deve tomar-se em conta o grau da sua reconhecibilidade axiológica. Com efeito, exprimindo a pena uma censura ética, pressupõe ela a comissão de um facto eticamente desaprovado, de uma imediata ou mediata ofensa de valores,

²⁵⁹ SAX, “Grundsätze der Strafrechtspflege”, p. 924.

²⁶⁰ ESER, *Die Abgrenzung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten*, p. 126.

²⁶¹ SAX, “Grundsätze der Strafrechtspflege”, p. 924, e ESER, *Die Abgrenzung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten*, pp. 156 e ss. e 179 e ss.

²⁶² SAX, “Grundsätze der Strafrechtspflege”, p. 924 e ss., e ESER, *Die Abgrenzung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten*, pp. 145 e ss.

²⁶³ SAX, “Grundsätze der Strafrechtspflege”, pp. 925 e s. e 930 e ss., e ESER, *Die Abgrenzung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten*, p. 149 e ss.

²⁶⁴ Também ESER, *Die Abgrenzung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten*, p. 152 e ss., caracteriza o merecimento de pena a partir de uma relação de *proporcionalidade razoável* entre a pena e o facto ilícito.

²⁶⁵ SAX, “Grundsätze der Strafrechtspflege”, p. 927. Por isso, na sua opinião, uma pena de multa de 150 marcos é, *enquanto pena*, mais sensível que uma coima de 1.000 marcos (nota 55).

que seja como tal reconhecível e reconhecida em geral²⁶⁶. O merecimento de pena será assim de aceitar quando a relevância axiológica do bem jurídico ofendido é em geral reconhecível e reconhecida como suficientemente forte para poder suportar o pesado desvalor da pena²⁶⁷.

Considerada a relação inextricável do princípio da dignidade penal com a esfera dos direitos fundamentais do cidadão, é ele assumido como parâmetro definidor dos limites *jurídico-constitucionais* do ilícito penal, sendo de qualificar como inconstitucionais por violação do princípio da dignidade humana as normas legais que tipifiquem como ilícitos penais factos cuja dignidade penal seja irreconhecível²⁶⁸.

Daí a erigir o princípio da dignidade penal, sobretudo na sua vertente de *merecimento de pena*, como critério de diferenciação material da distinção entre crimes e contra-ordenações é só um pequeno passo, pois que este problema não é senão a outra face da mesma moeda²⁶⁹. Por esta via, a contra-ordenação é compreendida como um *limite negativo* da dignidade penal, como um facto do qual a dignidade penal está ausente²⁷⁰. Dado que só são tidos como merecedores de pena aqueles factos que comportem uma ofensa do bem jurídico com um relevo axiológico suficientemente reconhecível para poderem ser considerados como razoavelmente proporcionais à magnitude da pena como censura ética, será inadmissível a criminalização de factos cuja ressonância ética seja reconhecível apenas de maneira de tal modo vaga, mediata ou mínima que fica claramente aquém do elevado relevo ético inerente à pena. Nesse caso, o facto assim desprovido de dignidade penal apenas poderá ser tipificado como contra-ordenação²⁷¹.

²⁶⁶ SAX, “Grundsätze der Strafrechtspflege”, p. 927 e s. Ainda nesta direcção, ESER, *Die Abgrenzung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten*, p. 158 e ss.

²⁶⁷ SAX, “Grundsätze der Strafrechtspflege”, p. 928 e s. Em sentido próximo, ESER, *Die Abgrenzung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten*, p. 153 e ss., começa por sustentar que uma ofensa a bens jurídicos só é merecedora de pena se o seu desvalor não for desproporcionalmente menor do que o desvalor implicado na sua aplicação, nomeadamente, sobre a esfera da liberdade do agente. Exigência que é explicitada por ESER, *cit.*, p. 156, através de dois corolários: *primeiro*, em princípio só se verifica merecimento de pena ali onde exista uma ofensa a um bem jurídico; e *segundo*, o desvalor do facto tipicamente relevante não pode ser desproporcionalmente inferior ao do desvalor da pena.

²⁶⁸ SAX, “Grundsätze der Strafrechtspflege”, p. 933 – para este enquadramento jurídico-constitucional da legitimidade *material* da criminalização, à época ainda incomum no contexto da discussão acerca dos limites do direito penal e do direito contra-ordenacional, não terá sido porventura alheia a circunstância de o estudo de Walter Sax integrar uma obra colectiva dedicada à temática dos *direitos fundamentais: Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte*.

²⁶⁹ SAX, “Grundsätze der Strafrechtspflege”, p. 929 e ss.

²⁷⁰ Nestes exactos termos, ESER, *Die Abgrenzung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten*, p. 182 e ss.

²⁷¹ SAX, “Grundsätze der Strafrechtspflege”, p. 931.

Aquilo que numa primeira aproximação começa por ser visto por Sax como uma diferença não mais que quantitativa, em função da consideração de que tanto os crimes como as contra-ordenações se traduzem na ofensa de bens jurídicos²⁷², através do princípio da dignidade penal acaba ao mesmo tempo por transformar-se numa *diferença qualitativa*. Uma transformação que segundo Sax vai ao encontro da velha ideia de Goldschmidt de conversão da quantidade em uma outra qualidade²⁷³. Claro que, reconhece Sax, o recurso ao princípio da dignidade penal só permite uma determinação aproximada das fronteiras da ilicitude penal constitucionalmente admissíveis, pois até em virtude da contínua e inevitável flutuação das valorações ético-sociais esses limites são necessariamente fluídos. Neste sentido, subsistirá sempre uma ineliminável margem de insegurança, no âmbito da qual o legislador não poderá todavia de deixar de tomar posição.

§ 6. A OWiG DE 1968 E A CONSOLIDAÇÃO DA TESE MISTA QUALITATIVA- QUANTITATIVA

§ 6.1 A nova Lei-Quadro das Contra-Ordenações (OWiG de 1968)

A tendência legislativa de progressivo e constante alargamento da esfera de acção contra-ordenacional a formas de tutela de bens jurídicos, com frequência tomando o lugar da intervenção penal em domínios de criminalidade bagatelar, conheceu em 1968 o seu momento mais marcante, com a consumação daquilo que Jescheck havia intuído como sendo a autêntica *prova de fogo* a que o direito contra-ordenacional teria de ser submetido para que definitivamente pudesse considerar-se uma aquisição irreversível do sistema jurídico, a conversão das contravenções rodoviárias em contra-ordenações²⁷⁴, através da Lei de Introdução à nova OWiG (EGOWiG)²⁷⁵. Se dúvidas

²⁷² Assim, também ESER, *Die Abgrenzung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten*, p. 187.

²⁷³ Cf. GOLDSCHMIDT, “Das Verwaltungsstrafrecht...”, *Koch-Festgabe*, p. 438 e s., e SAX, “Grundsätze der Strafrechtspflege”, p. 929. Nesta conclusão, ainda ESER, *Die Abgrenzung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten*, p. 187, que, todavia, se aproxima aqui sobretudo da concepção de Richard Lange, em função da consideração da contra-ordenação como facto ético-socialmente indiferente.

²⁷⁴ JESCHECK, “Das deutsche Wirtschaftsstrafrecht”, p. 458. Para uma discussão sobre esta transformação, embora mais detida sobre questões de natureza geral do que propriamente sobre o domínio rodoviário, FISCHER, Gero, “«Die Problematik der Umwandlung der Verkehrsübertretungen in Ordnungswidrigkeiten»”, *cit.*, p. 108 e ss.

pudessem ainda subsistir, este passo legislativo tornou claro que o direito contra-ordenacional de modo algum poderia continuar a ser visto sob a perspectiva redutora da sua identificação com um conceito de mera desobediência em relação à actividade administrativa, sendo antes de afirmar a sua inequívoca ligação ao critério do bem jurídico²⁷⁶, como vinha acentuando a teoria quantitativa.

A transformação das contravenções rodoviárias em contra-ordenações não constituiu, porém, um movimento legislativo avulso. Posto que muito significativo sob os pontos de vista prático²⁷⁷ e simbólico, este acto integrou-se numa acção legislativa de amplitude largamente superior. No mesmo acto, o legislador alemão ocidental aprovou uma nova lei-quadro das contra-ordenações²⁷⁸, a OWiG de 1968, e introduziu modificações em diplomas fundamentais do sistema jurídico (v. g., o Código Penal, o Código de Processo Penal ou o Código de Processo Civil) e em dezenas de leis avulsas, por forma a harmonizá-los com o novo modelo legislativo contra-ordenacional e a substituir tipos contravencionais por contra-ordenações.

A nova OWiG manteve um critério de natureza formal para qualificar determinado facto como contra-ordenação – assim definida: “*uma contra-ordenação é uma conduta ilícita e censurável que preencha o tipo para o qual uma lei admita a aplicação de uma coima*” (§ 1, n.º 1, da OWiG) – e deixou de prever a possibilidade de existência dos tipos mistos a que a OWiG de 1952, sob a designação de *Zuwiderhandlungen*, dava cobertura. Opção legislativa que é vista nem mais, nem menos do que pelo próprio Eberhard Schmidt como uma manifestação do peso que a tese quantitativa vinha crescentemente adquirindo. Nas suas palavras, referindo-se aos comentários à OWiG de Göhler e de Rebmann / Roth / Herrmann, “a diferença qualitativa entre crimes e contra-ordenações já não é mais reconhecida; aponta-se antes para uma distinção exclusivamente quantitativa, cuja concreta determinação pode ser

²⁷⁵ *Einführungsgesetz zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, de 24-05-1968, in: *Bundesgesetzblatt*, I, de 30 de Maio de 1968, p. 503 e ss. (www.bgbl.de).

²⁷⁶ GÖHLER, “Das neue Gesetz über Ordnungswidrigkeiten”, p. 583, nota 6, KNAPP, Wolfgang, “Das Recht der Ordnungswidrigkeiten”, *JuS*, 1979, p. 610, WEBER, “Die Überspannung der staatlichen Bußgeldgewalt”, p. 316, ROXIN, *AT*, § 2, n.º m. 131, e REBMANN / ROTH / HERRMANN, *3OWiG*, antes do § 1, n.º m. 8.

²⁷⁷ GÖHLER, “Das neue Gesetz über Ordnungswidrigkeiten”, p. 585, dá conta de que nos anos antecedentes o sistema judicial conheceu uma média anual de cerca 1,7 milhões de condenações de contravenções rodoviárias e enfatiza a necessidade de aliviar os tribunais deste tipo de processos de massa como razão determinante para subtrair da área penal a generalidade das infracções rodoviárias.

²⁷⁸ *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, de 24-05-1968, in: *Bundesgesetzblatt*, I, de 30 de Maio de 1968, p. 481 e ss. (www.bgbl.de).

em larga medida entregue ao legislador”²⁷⁹. Concluindo assim Eberhard Schmidt que “este ponto de vista encontrou expressão também no § 1 da OWiG de 1968”²⁸⁰. Em termos concordantes, acrescenta mais tarde Joachim Bohnert, em análise retrospectiva, que a evolução expansiva conhecida pelo direito contra-ordenacional desde que foi editada a OWiG só foi possível porque os critérios de determinação do facto contra-ordenacional permaneceram ambíguos, sendo em todo caso seguro que a marcha do processo legislativo não foi orientada nem em função da construção do ilícito administrativo de Goldschmidt e de Wolf, nem tendo em conta o modelo posterior de Eberhard Schmidt²⁸¹.

Consciente de que a referida tendência de alargamento da intervenção contra-ordenacional à tutela de bens jurídicos, frequentemente em combinação complementar à da intervenção penal, sob a forma de contra-ordenações negligentes ou de contra-ordenações de perigo abstracto, já exigia uma aproximação e uma melhor coordenação entre os processos penal e contra-ordenacional²⁸², o legislador promove ainda uma ampla revisão do processo das contra-ordenações²⁸³.

De relevo é ainda a nova previsão da possibilidade de determinação judicial da privação de liberdade do condenado em coima que não haja procedido ao respectivo pagamento, a chamada *Erzwingunshaft*²⁸⁴ constante do § 96 da OWiG, à semelhança do que sucede com a prisão subsidiária aplicável à pena de multa²⁸⁵.

²⁷⁹ SCHMIDT, Eberhard, “Schriftum zum neuen Ordnungswidrigkeitenrecht”, *JZ*, 1969, p. 401. Cf., ainda do lado da corrente quantitativa, RUISINGER, *Die Rechtliche Qualifizierung von Geldbuße*, p. 37: “a teoria [qualitativa] deixou assim de ter qualquer significado *de lege lata* para a diferenciação”. Isto mesmo é agora afirmado por ³KK-BOHNERT, Introdução, n.º m. 88.

²⁸⁰ *Idem, ibidem*. É evidente, porém, que dificilmente Eberhard Schmidt poderia conformar-se com uma tal visão das coisas. Tanto mais que, na sua opinião, a necessidade de um critério material de distinção seria bem mais premente nos tempos que corriam do que em 1902, o ano em que Goldschmidt apresentou o seu *Verwaltungsstrafrecht* e Kahl defendeu uma distinção material entre o ilícito criminal e o ilícito administrativo no *Juristentag*.

²⁸¹ BOHNERT, Joachim, “Die Entwicklung des Ordnungswidrigkeitenrechts”, *Jura*, 1984, p. 19.

²⁸² Perante a crítica de que o processo contra-ordenacional havia sido regulamentado pela OWiG de 1952 de modo demasiado estanque em relação ao processo penal, SCHMIDT, Eberhard, “Schriftum zum neuen Ordnungswidrigkeitenrecht”, p. 401, “defende-se” recordando o estado catastrófico das relações entre Justiça e Administração com que o legislador se deparou no pós-guerra, que impunha uma clara compartimentação das esferas de actuação de cada uma delas, e confessando que ninguém poderia prever que o processo de transição do direito penal para o direito contra-ordenacional iria conhecer uma marcha tão rápida.

²⁸³ GÖHLER, “Das neue Gesetz über Ordnungswidrigkeiten”, p. 585.

²⁸⁴ Numa tradução ao pé da letra, poderá porventura arriscar-se a expressão “prisão de constrangimento” para designá-la em língua portuguesa.

²⁸⁵ Considera, por isso, com razão, SCHMITT, Rudolf, *Ordnungswidrigkeitenrecht*, p. 12, que a impossibilidade de a coima poder dar lugar à imposição de prisão sucedânea deixa de constituir uma marca distintiva do direito contra-ordenacional, mais especificamente da coima em relação à pena de

§ 6.2 A solução mista qualitativa-quantitativa definida pela jurisprudência constitucional

É no âmbito deste novo contexto normativo que o Tribunal Constitucional Federal é uma vez mais chamado a pronunciar-se sobre a conformidade constitucional de determinadas soluções legais contra-ordenacionais ou afins, voltando a tomar posição sobre o problema da diferenciação entre crimes e contra-ordenações. Os termos em que nesses anos o Tribunal abordou a temática e se pronunciou sobre ela marcaram indelevelmente todo o debate doutrinal posterior em torno da questão. Na realidade, pese embora, como nota Ivo Appel, a linha de distinção entre crimes e contra-ordenações adoptada pelo Tribunal esteja longe de primar pela clareza²⁸⁶, pode bem afirmar-se que a tese de diferenciação ainda hoje dominante, a chamada *teoria mista qualitativa-quantitativa*²⁸⁷, é essencialmente fruto da jurisprudência constitucional dessa época das décadas de 60 e 70 do século passado²⁸⁸. Atenta a sua relevância e actualidade²⁸⁹, é sobre ela que de seguida nos debruçaremos.

1. A nova jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal ganha os seus primeiros e decisivos contornos com o Acórdão de 06-06-1967²⁹⁰. Estava em causa uma questão há muito debatida pela doutrina e jurisprudência e que, em rigor, nem sequer contendia directamente com o direito contra-ordenacional, sendo antes de índole penal e processual penal. Tratava-se do problema da atribuição de competência sancionatória à

multa. Para uma contraposição entre a prisão subsidiária no direito português e no direito alemão, cf. *infra*, § 36.3, 3.

²⁸⁶ APPEL, Ivo, *Verfassung und Strafe. Zu den verfassungsrechtlichen Grenzen staatlichen Strafens*, Berlin, Duncker & Humblot, 1998, p. 91. Como bem mostra ACHENBACH, “Ahndung materiell sozialschädlichen Verhaltens durch bloße Geldbuße?”, p. 10, trata-se de uma jurisprudência que gera mais dúvidas que certezas.

²⁸⁷ Esta designação, *concepção mista qualitativa-quantitativa*, é usada logo no início da década de 1970 por MAURACH, Reinhart, *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 4.^a ed., Karlsruhe, C. F. Müller, 1971, p. 17, do mesmo passo que se afasta da teoria qualitativa e adopta uma construção semelhante à desenvolvida pela jurisprudência constitucional que de seguida analisaremos em texto. Uma mudança de pensamento que logo mereceu uma resposta crítica de LANGE, Richard, “Beteiligter und Teilnehmer”, *in*: Schroeder / Zipf, *Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag*, Karlsruhe, C. F. Müller, 1972, p. 235.

²⁸⁸ ³KK-BOHNERT, Introdução, n.º m. 92.

²⁸⁹ Não obstante o tempo decorrido, trata-se, como frisa VOGEL, “Strafrechtsgüter und Rechtsgüterschutz durch Strafrecht...”, p. 111 e s., de jurisprudência seguida e ainda hoje tida como válida.

²⁹⁰ BVerfGE 22, 49.

administração fiscal em matéria de crimes tributários²⁹¹. Sucede que, como não poderia deixar de ser, porque estava presente o problema da concessão de poderes sancionatórios à administração, na sua abordagem o Tribunal cruzou a questão com a temática da relação entre os domínios penal e contra-ordenacional, tomando uma posição que marcou decisivamente a sua jurisprudência posterior, essa sim suscitada por legislação contra-ordenacional.

O parâmetro constitucional submetido à consideração do Tribunal foi o da separação de poderes, vertido, além do mais, no art. 92.º, n.º 1, da GG, segundo o qual *o poder judicial está confiado aos juízes*. Afirmou o Tribunal Constitucional Federal que este conceito de “poder judicial” tem de ser interpretado em *sentido material*. Fê-lo em assumida divergência com a experiência da Constituição de Weimar, em que, em geral, se lhe atribuía um significado eminentemente formal, considerando-se como pertencente à esfera do poder judicial apenas aquilo que por determinação legal lhe coubesse, atenta a ideia de que a própria Constituição não reservava à Justiça nenhuma matéria específica. No pós-guerra, dada a consciência desta debilidade da Constituição de Weimar e do enfraquecimento e da perversão que o poder judicial sofreu às mãos do regime nazi, uma das intenções fundamentais do legislador constituinte foi a de dotar o Estado de um poder judicial autónomo e independente. Ora, entendeu o Tribunal, só uma *concepção material* da função jurisdicional poderia fazer jus a um tal propósito²⁹².

Transposta esta perspectiva para a específica questão de constitucionalidade em discussão, tudo estaria em saber se o exercício do poder punitivo *penal* deveria considerar-se como monopólio do poder judicial ou se poderia ser partilhado com a administração. A resposta do Tribunal foi clara e terminantemente negativa: a possibilidade de uma autoridade administrativa aplicar uma pena é incompatível com a Constituição. De acordo com o Tribunal, a imposição de uma pena criminal representa uma intromissão tão gravosa na esfera jurídica de um cidadão que deve em todas as circunstâncias ser exclusivamente reservada ao poder judicial. Exigência que vale tanto para a pena de prisão, como decorre aliás da própria Constituição (art. 104.º, n.º 2, da GG), como para a pena de multa. O facto de esta não afectar directamente a liberdade do condenado e contender apenas com o seu património não lhe retira a gravidade que é inerente a qualquer pena criminal, pois o que se afigura determinante é a circunstância

²⁹¹ Sobre a questão, ARNDT, Adolf, “Verfassungsmäßigkeit des Verwaltungs-Steuerstrafverfahrens”, *NJW*, 1959, p. 1230 e ss.

²⁹² *BVerfGE* 22, 49, p. 73 e ss.

de que à condenação em pena de multa vai necessariamente associado um juízo de desvalor e uma censura dirigida ao agente pela rejeição da ordem jurídica por ele manifestada através da prática do crime. Concluiu o Tribunal que este juízo de desvalor autoritário pesa tão fortemente sobre o cidadão que, à luz da ordem constitucional, só pode ser pronunciado por um juiz²⁹³.

É então neste contexto que o Tribunal aproveita para reiterar aquilo que separa a coima da pena de multa e ainda para, pela primeira vez sob o ponto de vista da reserva da função jurisdicional, traçar a demarcação de fronteiras que pode ser levada a cabo entre o direito penal e o direito contra-ordenacional.

O Tribunal Constitucional Federal voltou a afirmar que à coima falta a pesada solenidade que é própria de qualquer pena criminal, logo porque não carrega consigo a censura ética que anda sempre de mão dada com a pena. Além disso, ainda ao contrário da pena, a coima não é inscrita no registo criminal e não pode ser tomada em consideração como pena anterior para efeitos de reiteração criminosa. Acresce, por fim, no que especificamente respeita à pena de multa, que a coima não pode ser convertida em pena de prisão no caso de não ser paga. Tudo o que, conclui o Tribunal, faz com que a multa se distancie de forma tão marcada da coima que se torna justificado um tratamento diferenciado da pena criminal e da coima²⁹⁴.

Em todo o caso, isto está longe de significar que tudo aquilo que em determinada altura haja sido matéria da competência judicial entre necessariamente na reserva constitucional da função jurisdicional. Bem pelo contrário, admite o Tribunal que aquelas matérias que, à partida, não se inscrevam no objecto do poder judicial em sentido material podem ser confiadas pelo legislador a outras autoridades que não as judiciais. No âmbito criminal tal poderá suceder mediante redução da amplitude da área do penalmente relevante ou da qualificação de um certo comportamento como contra-ordenação em substituição da sua categorização como crime, como resultado de uma diferente avaliação político-criminal do conteúdo da respectiva ilicitude. Assim poderá ser *desde que a matéria penal em questão não deva estar reservada ao poder judicial*. É justamente aqui que o Tribunal começa por abrir caminho à diferenciação intrapenal que

²⁹³ BVerfGE 22, 49, p. 80.

²⁹⁴ BVerfGE 22, 49, p. 78 e ss. Estas mesmas características são novamente invocadas no Acórdão de 04-07-1967, BVerfGE 22, 125, p. 132 e ss., para justificar a conformidade constitucional do § 22 do Código da Estrada alemão de então (StVG), que, no âmbito do processo contravencional rodoviário, admitia uma solução de diversão que escapava à intervenção judicial.

está na base do modelo da *tese mista qualitativa-quantitativa* que o próprio Tribunal Constitucional Federal e a doutrina maioritário irão depois delinear.

O Tribunal destaca e impõe um regime especial para o âmbito nuclear do direito penal (“*Kernbereich des Strafrechts*”). Este é um domínio que, na visão do Tribunal Constitucional Federal, está inscrito no âmbito da reserva material da função jurisdicional e que, como tal, não pode ser subtraído ao poder judicial. Nesse específico domínio são os tribunais quem tem não apenas a última, mas também, desde logo, a primeira palavra. No entendimento do Tribunal, tal decorre do art. 92.º, n.º 1, da GG, que numa *perspectiva material* obriga a que, sem excepções, o núcleo essencial do direito penal seja da competência exclusiva do poder judicial.

Fácil é de ver que esta posição se reflecte necessariamente sobre a amplitude possível do direito contra-ordenacional, nomeadamente, em sentido negativo: o legislador só está autorizado a qualificar uma conduta como contra-ordenação, em especial mediante conversão de um crime em contra-ordenação, se e na medida em que o facto em apreço não faça parte do domínio nuclear do direito penal.

Nas palavras do Tribunal, integram o núcleo essencial do direito penal todos aqueles tipos-de-ilícito de *relevante significado*. Delitos que portanto não podem ser subtraídos pelo legislador à competência do poder judicial. Entram ainda no monopólio da reserva de competência judicial todos os outros tipos-de-ilícito jurídico-penais de *menor* gravidade se forem sancionáveis com penas criminais. Mas justamente porque estão em causa tipos penais de menor gravidade, o legislador está autorizado a convertê-los em contra-ordenações, punindo-os com coimas, caso em que passará a ser admissível um procedimento administrativo prévio à intervenção judicial, com vista ao sancionamento desses factos, como ocorre paradigmaticamente no âmbito contra-ordenacional²⁹⁵.

2. É com base nesta leitura, directamente referida ao preceito constitucional atinente à reserva de competência do poder judicial (art. 92.º, n.º 1, da GG), que, com este Acórdão de 06-06-1967, o Tribunal Constitucional Federal começa a moldar o modelo de relacionamento entre crimes e contra-ordenações que ainda hoje é

²⁹⁵ BVerfGE 22, 49, p. 81. Esta perspectiva diferenciadora é reiterada pelo Tribunal Constitucional Federal no Acórdão de 22-02-1968, BVerfGE 23, 113, p. 122 e ss.

largamente sufragado não apenas pela jurisprudência, mas também pela própria doutrina, sob a denominação de *tese qualitativa-quantitativa*.

Para consolidar esse modelo, o Tribunal Constitucional Federal limitou-se a explicitar em alguns poucos novos acórdãos as ideias-chave acabadas de enunciar. Pela enorme relevância do tema e pela atenção que o Tribunal lhe dedica, merece especial relevo o Acórdão em que o Tribunal Constitucional Federal foi chamado a pronunciar-se sobre a conformidade constitucional da transformação das *contravenções rodoviárias* em contra-ordenações²⁹⁶, operada pela referida EGOWiG de 1968. Nesse Acórdão, o Tribunal volta a passar sumariamente em revista a evolução dogmática e político-criminal que esteve na base do surgimento do direito contra-ordenacional e reitera, novamente a propósito do art. 92.º da GG, a sua anterior jurisprudência acerca do significado material do monopólio da função jurisdicional em sede jurídico-penal, concretizando agora um pouco mais a posição adoptada no Acórdão de 06-06-1967.

Se, como vimos, o que em derradeira instância releva para julgar como constitucionalmente admissível a integração de um certo comportamento no domínio contra-ordenacional é a sua eventual integração na esfera do núcleo duro do direito penal, impunha-se a clarificação desse critério. Nesse sentido, aduz o Tribunal Constitucional Federal, no Acórdão de 16-07-1969, que o direito penal tem como missão a protecção dos valores elementares da vida em sociedade, sendo assim pela mão do quadro de valores jurídico-constitucional que poderá definir-se quais sejam esses factos que sem margem para dúvidas integram o núcleo essencial do direito penal. Reversamente, é igualmente seguro que certos tipos penais, pela sua *baixa* gravidade ou pelo seu anacronismo caem fora do direito penal nuclear²⁹⁷. A grande dificuldade está, reconhece o Tribunal, “em traçar a exacta linha de fronteira entre o núcleo do direito penal e o domínio das meras contra-ordenações, sobretudo naquelas áreas cinzentas em que a mundivisão dominante da comunidade acerca da valoração do conteúdo de ilícito de específicos comportamentos está sujeita a consideráveis variações”²⁹⁸. Em face desta dificuldade, entende o Tribunal que a delimitação desta linha de fronteira constitui tarefa do legislador, tendo em consideração a concreta situação histórica. Ao legislador

²⁹⁶ Acórdão de 16-07-1969, *BVerfGE* 27, 18, p. 28 e ss.

²⁹⁷ Segundo MÜLLER-DALHOFF, Gernot, *Zur Abgrenzung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten am Beispiel des Lebensmittelrechts*, Freiburg i. Br., Hochschulverlag, 1993, p. 89, o Tribunal Constitucional Federal não levou entretanto mais longe o esforço de concretização do conteúdo do *Kernbereich* do direito penal.

²⁹⁸ *BVerfGE* 27, p. 18, p. 29 e s.

será então de reconhecer uma ineliminável margem de discricionariedade, subtraída mesmo à própria apreciação do Tribunal Constitucional, que não pode ir mais além do que avaliar se a decisão legislativa se apresenta materialmente conforme com a ordenação de valores jurídico-constitucional e ainda com a jurisprudência constitucional e os princípios constitucionais não escritos²⁹⁹.

Nos dois Acórdãos do Tribunal Constitucional Federal que vimos de analisar – o de 06-06-1967 e o de 16-07-1969 – já é a clara a tendência do Tribunal no sentido de que para lá do estrito domínio do direito penal nuclear existe uma *zona de fronteira* de contornos relativamente indefinidos no âmbito da qual a adscrição de um carácter penal ou tão-só contra-ordenacional a um certo facto é concretizada essencialmente *em função da sua gravidade*, tudo ficando aí nas mãos do legislador. Esta tendência de *pendor quantitativo*, a que não terá sido seguramente alheia a relevância que a tese quantitativa adquiriu na década de 1960 e os termos em que em 1968 foi consumada a revisão geral do quadro legal das contra-ordenações através da nova OWiG e da EGOWiG, é poucos anos depois assumida pelo Tribunal Constitucional Federal de forma ainda mais aberta, com emprego de uma terminologia muito cara à corrente quantitativa³⁰⁰.

A propósito de uma questão processual contra-ordenacional com que é confrontado, o Acórdão de 21-06-1977 retoma o problema da distinção entre crimes e contra-ordenações³⁰¹. O Tribunal reitera que o direito das contra-ordenações e o direito penal em geral se distinguem um do outro em pontos substanciais. A ênfase começa por ser colocada ao nível da *sanção*, pois que enquanto a pena criminal se apresenta como a mais grave das intromissões na posição jurídica do cidadão, sendo-lhe inerente um juízo de censura ética, a coima tem apenas como propósito dirigir ao condenado uma firme admonição, no sentido de o chamar ao cumprimento do seu dever, aparecendo assim despida da severa solenidade da pena. Depois, debruçando-se sobre o *facto propriamente dito*, em relação ao facto penal o Tribunal começa por voltar a afirmar que ao *Kernbereich* do direito penal pertencem todos aqueles tipos-de-ilícito de relevante significado. Em contraposição, caracteriza o direito contra-ordenacional como

²⁹⁹ Foi precisamente por entender que, por um lado, as infracções rodoviárias entram nesta zona de fronteira e que o legislador actuou dentro daquele espaço de discricionariedade e ainda, por outro lado, que está em causa um domínio de infracções de massa em que é evidente o risco de massificação da própria pena criminal, que o Acórdão concluiu no sentido da conformidade constitucional com o art. 92.º da GG da transformação legislativa das contravenções rodoviárias em contra-ordenações (cf. *BVerfGE* 27, 18, p. 31 e ss.).

³⁰⁰ Acórdão de 21-06-1977, *BVerfGE* 45, 272.

³⁰¹ *BVerfGE* 45, 272, p. 288 e ss.

aquele que abrange casos com um *baixo* conteúdo de ilícito³⁰². Logo aqui o discurso do Tribunal é penetrado pela lógica quantitativa. Com efeito, sob o ponto de vista do Tribunal, já não é, como começou por ser³⁰³, a protecção de interesses exclusivamente administrativos, constitutivos de um *aliud* e não de um *minus* em relação aos interesses objecto de tutela penal (*sc.*, os bens jurídicos) que caracteriza o ilícito contra-ordenacional. Este é antes identificado como um ilícito de *pequena monta*, bem ao jeito da teoria quantitativa. A aproximação ao discurso quantitativo dá-se ainda na caracterização zona de fronteira que o Tribunal diz existir entre o direito penal e o direito contra-ordenacional. Nessa área cinzenta, acrescenta o Tribunal, não é possível estabelecer uma distinção rígida. Aí, di-lo agora o Tribunal de forma expressa, a diferenciação entre o ilícito criminal e o ilícito contra-ordenacional é *apenas gradual*, ficando a sua exacta delimitação dependente da concreta situação histórica no âmbito da qual a norma seja emanada³⁰⁴.

Temos, pois, assim desenhado pelo Tribunal Constitucional Federal um *critério de natureza mista*, em parte qualitativo e em parte quantitativo, para contrapor o direito penal e o direito contra-ordenacional³⁰⁵.

O critério é em parte *qualitativo*, porque há um núcleo de factos que pela sua natureza são indisputadamente penais, só podendo ser objecto de tutela penal. Esses factos são os que constituem o chamado direito penal nuclear e a sua concreta determinação há-de fazer-se por apelo ao quadro de valores jurídico-constitucional. O

³⁰² BVerfGE 45, 272, p. 289.

³⁰³ Cf. novamente o Acórdão de 04-02-1959, BVerfGE 9, 167, p. 171 e s.

³⁰⁴ BVerfGE 45, 272, p. 289. Foi também com base neste critério que o Tribunal Constitucional Federal considerou que a Constituição não proíbe o legislador de não ameaçar penalmente, mas só contra-ordenacionalmente, a condução de uma motocicleta sem licença de condução (cf. Acórdão de 27-03-1979, BVerfGE 51, 60, p. 74) e depois voltou a não censurar um tipo penal da legislação relativa à concessão de asilo, recordando que constitui *jurisprudência constante* do *Bundesverfassungsgericht* a posição de que na zona de fronteira entre o direito penal e o direito contra-ordenacional a diferença que os separa quanto à ilicitude é somente uma diferença de grau de gravidade (cf. Ac. de 06-06-1989, BVerfGE 80, 182, p. 185 e s.).

³⁰⁵ Pese embora a significativa adesão que este modelo granjeou, o entendimento do Tribunal Constitucional Federal foi, como seria de esperar, merecedor de reservas das posições mais extremadas tanto do sector qualitativo, como do sector quantitativo – cf., respectivamente, SCHMIDT, Eberhard, “Schriftum zum neuen Ordnungswidrigkeitenrecht”, p. 401, e SCHMITT, Rudolf, *Ordnungswidrigkeitenrecht*, p. 15. Não obstante perspectivarem o problema sob prismas diametralmente opostos, um e outro convergem na ideia de que fora de um ponto de vista qualitativo dificilmente será possível salvaguardar a conformidade constitucional do direito das contra-ordenações, em especial à luz do art. 92.º da GG. Com efeito, tendo como pano de fundo os seus critérios de identificação do direito contra-ordenacional, Eberhard Schmidt, com a concordância de Rudolf Schmitt, considera que sendo sufragada uma diferenciação unicamente quantitativa entre o facto penal e a contra-ordenação, será então difícil conceber uma relação de *aliud* entre a pena e a coima, assim podendo abrir-se caminho a que esta última seja vista como uma pena criminal em sentido formal, deste modo podendo ficar comprometida a solvabilidade constitucional da entrega à administração do poder sancionatório contra-ordenacional.

desrespeito desta esfera nuclear do direito penal fará a norma incorrer em inconstitucionalidade. Dito de outro modo, caso o legislador qualifique como contra-ordenação um facto que indubitavelmente deva pertencer ao núcleo do direito penal estará a subtrair do poder judicial uma matéria que, sem excepções, lhe deve estar exclusivamente reservada. Assim, entregando-se o processamento desse facto à administração, será violado o princípio constitucional da separação de poderes, mais especificamente, o domínio de reserva material do poder judicial.

Mas o critério é também parte *quantitativo*, já que fora daquele direito penal nuclear há toda uma mole de factos que só podem ser destrinchados mediante uma avaliação de grau de gravidade, nada se diferenciando quanto à sua substância. Aqui, considerados os demais parâmetros constitucionais, a Constituição dá ao legislador ordinário liberdade para, em função de razões de oportunidade e da gravidade da conduta e das suas potenciais implicações, decidir se qualifica o facto como crime ou só como contra-ordenação. Neste âmbito, a diferenciação entre crimes e contra-ordenações assume somente um carácter quantitativo.

§ 7. O DIAGNÓSTICO POLÍTICO-CRIMINAL DAS PRIMEIRAS DÉCADA DO DIREITO CONTRA-ORDENACIONAL

A marcha legislativa no sentido da expansão do direito contra-ordenacional não perdeu fôlego e voltou a conhecer novo momento marcante em 1974, aquando da grande reforma do Código Penal alemão, com a consumação de uma aspiração quase secular, a *abolição da figura da contravenção (Übertretung)*, mediante conversão das contravenções ainda subsistentes em contra-ordenações, boa parte delas formando uma nova parte especial na própria OWiG (Parte III – § 111 e ss.)³⁰⁶. A OWiG passou assim a conter um conjunto de específicos tipos contra-ordenacionais, alguns deles

³⁰⁶ Cf. art. 13 da Lei de Introdução ao Código Penal (EGStGB: *Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch*), de 02-03-1974, in: *Bundesgesetzblatt*, I, de 9 de Março de 1974, p. 469 e ss. (www.bgbl.de). Segundo TRÖNDLE, Herbert, in: Jescheck / Ruß / Willms, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, 10.^a ed., I, Berlin, Walter de Gruyter, 1985, § 12, as contravenções até aí ainda constantes do Código Penal alemão conheceram três destinos: umas foram pura e simplesmente revogadas; outras, a maioria, convertidas em contra-ordenações; e as restantes, formando um pequeno conjunto, foram transformadas em delitos (*Vergehen*).

assumidamente vocacionados para a protecção de bens jurídicos individuais (v. g., o tipo legal de “ruído inadmissível”, § 117, para tutela da saúde³⁰⁷).

Aqui chegado, ao direito contra-ordenacional poderia agora creditar-se o cumprimento da missão de purificação do direito penal que desde o início lhe foi cometida. Como tivemos oportunidade de verificar, a concreta evolução do direito positivo das contra-ordenações assumiu uma dimensão e enveredou por rumos que estavam fora das cogitações dos seus mentores em finais da década de 1940, designadamente, de Eberhard Schmidt³⁰⁸. A sua génese foi marcada pela ligação à teoria do direito penal administrativo de Goldschmidt e de Wolf e pelo repúdio de uma associação da categoria das contra-ordenações aos denominados delitos bagatelares, isto não obstante o próprio Wolf admitir que o direito penal administrativo teria nas bagatelas penais um campo privilegiado de actuação³⁰⁹. O receio que parecia estar na base da ligação das contra-ordenações às infracções de bagatela – o de que por essa via poderia ficar comprometido o propósito de manter uma diferenciação puramente qualitativa entre os espaços penal e contra-ordenacional, de *aliud* para *aliud* e não de *plus* para *minus*³¹⁰ – não foi porém suficiente para dissuadir o legislador de empregar o direito contra-ordenacional para dar cumprimento ao propósito de limpeza das bagatelas que estavam a mais no sistema penal, sob a forma de contravenções ou delitos.

Este direito das contra-ordenações que foi sendo criado nas décadas que se seguiram à primeira lei contra-ordenacional, a referida WStG de 1949, constitui, deste modo, na síntese clarificadora de Karl Lackner, o *resultado de duas vias distintas*³¹¹. De uma banda, é produto do *conceito de ilícito administrativo* tal como era entendido por Goldschmidt, que, podendo embora abranger ilícitos de considerável gravidade, esgotaria o seu raio de acção nas ofensas a interesses administrativos. De outra banda, é fruto do *conceito de ilícito de polícia*, entendido como ilícito de natureza bagatelar, em geral consubstanciado em tipos penais de perigo abstracto. Da acção conjunta de um

³⁰⁷ Preceito que é tomado por ROXIN, ⁴AT, § 2, n.º m. 62, como um exemplo mais no sentido de demonstrar a vinculação do direito contra-ordenacional a uma função de tutela de bens jurídicos. Também GÜNTHER, “Das Recht der Ordnungswidrigkeiten”, p. 385, configura este § 117 da OWiG como um tipo contra-ordenacional de perigo para a *saúde*.

³⁰⁸ Cf. SCHMIDT, Eberhard, “Schriftum zum neuen Ordnungswidrigkeitenrecht”, p. 401.

³⁰⁹ WOLF, “Die Stellung der Verwaltungsdelikte im Strafrechtssystem”, pp. 529 e 586.

³¹⁰ Cf., de novo, SCHMIDT, Eberhard, “Rechtsnot im Wirtschaftsstrafrecht und ihre Überwindung”, col. 573.

³¹¹ LACKNER, Karl, in: FISCHER, Gero, “«Die Problematik der Umwandlung der Verkehrsübertretungen in Ordnungswidrigkeiten»”, *cit.*, p. 113 e s.

conceito e de um outro, conclui Lackner, chegou-se ao actual conceito de contra-ordenação.

Em meados dos anos de 1970 o direito contra-ordenacional alemão era já, portanto, uma realidade normativa perfeitamente consolidada e irreversível³¹². Mais, poderia já até ser acusado de hipertrofia. Porque aparece no termo da evolução normativa, doutrinal e jurisprudencial que vimos traçando e é contemporâneo do tempo em que entre nós esteve na forja o lançamento do Regime Geral das Contra-Ordenações, afigura-se-nos de especial interesse o retrato tirado por Ulrich Weber, em 1980, ao sistema contra-ordenacional alemão³¹³. Um retrato aqui e ali sarcástico e a vários títulos impiedoso, que apesar de referido ao passado e ao presente da experiência alemã, pode hoje considerar-se quase como que uma premonição da experiência portuguesa.

A característica mais impressiva do sistema contra-ordenacional realçada por Weber é a sua *hipertrofia*. Mal de que, aliás, segundo Mitsch, o direito contra-ordenacional continua ainda hoje a padecer³¹⁴. Weber aponta a perda de um claro critério material de distinção entre crimes e contra-ordenações como resultado do crescimento descomunal do volume de tipos legais contra-ordenacionais nos mais variados domínios jurídicos. Um crescimento de tal sorte monstruoso que atingiu níveis inabarcáveis. A isto ligam-se causas e reflexos tanto relativos à, digamos assim, parte geral do direito contra-ordenacional, como à sua parte especial.

Num plano geral, considerando inviável continuar a sustentar uma distinção de natureza qualitativa, essencialmente pelas razões críticas aduzidas pela teoria quantitativa que expusemos, Weber vai mais longe e duvida mesmo que possa sequer continuar a falar-se em um critério diferenciador de índole quantitativa, referido à gravidade da lesão ou ao grau de colocação em perigo do bem jurídico. Isto porque o sistema legal apresenta demasiadas incongruências na seriação da gravidade dos factos, não raro qualificando como crimes condutas bem menos graves do que outras que, em distintos domínios, tipifica como contra-ordenação. No seu modo de ver, perante este estado de coisas, a diferença é apenas formal, consoante ao caso caiba a aplicação de uma pena ou de uma coima³¹⁵.

³¹² Cf. HÜNERFELD, Peter, “A pequena criminalidade e o processo penal”, *RDE*, 4, 1978, p. 31.

³¹³ WEBER, “Die Überspannung der staatlichen Bußgeldgewalt”, p. 313 e ss.

³¹⁴ MITSCH, ²*Ordnungswidrigkeiten*, § 3, n.º m. 16.

³¹⁵ WEBER, “Die Überspannung der staatlichen Bußgeldgewalt”, p. 317. Na conclusão, já SCHMITT, Rudolf, *Ordnungswidrigkeitenrecht*, p. 16, e ainda SCHMIDHÄUSER, ²*AT*, 8/105 e ss. Concordando em larga medida com Weber, conclui COEPPICUS, Rolf, “Eine Bilanz des OWiG 1968”, *Deutsches Autorecht*,

Tal situação repercute-se ainda sobre a forma como as sanções criminais e contra-ordenacionais são vistas pela comunidade e em especial pelos seus directos destinatários, em caso de condenação. Diante da insegurança na definição do que deva ser crime e do que deva ser contra-ordenação, torna-se cada vez mais questionável a afirmação de que ao contrário do crime a contra-ordenação é eticamente indiferente. Não será, por isso, de admirar, entende Weber, que para os condenados em geral se afigure relativamente indiferente que a perda do seu património seja infligida sob a bandeira da pena de multa ou da coima ou que a proibição de conduzir um veículo seja de qualificar como uma pena acessória do direito penal ou como sanção acessória do direito contra-ordenacional³¹⁶.

A “parte especial” do direito contra-ordenacional não é, por seu turno, fonte de menores preocupações. A circunstância de haver uma pluralidade de emissores de normas contra-ordenacionais³¹⁷ é factor propício não só a facilitar o crescimento quantitativo dos tipos contra-ordenacionais, como a dar cobertura contra-ordenacional a regulações que raiam o surreal. O certo é que quando um domínio normativo cresce quantitativamente de forma significativa é inevitável a suspeita de que, sob o ponto de vista qualitativo, esse alargamento se traduza num crescimento selvagem que produz todo o tipo de disparates jurídicos³¹⁸!

A tendência de crescimento desgovernado do direito das contra-ordenações é acompanhada pelo seu uso e abuso como instrumento para forçar o cumprimento de deveres para com a administração ou com a comunidade que, todavia, em face do

1985, p. 105, que a única vantagem que o movimento de descriminalização teve para os visados pelo direito contra-ordenacional foi a mudança de duas palavras: contra-ordenação em vez de contravenção e coima em vez de pena de multa!

³¹⁶ WEBER, “Die Überspannung der staatlichen Bußgeldgewalt”, p. 317 e s. Assim, também COEPPICUS, “Eine Bilanz des OWiG 1968”, p. 98, dando conta, em relato sobre a sua experiência como juiz, que “para a generalidade dos condenados era incompreensível que uma coima de 100 marcos alemães pudesse ser menos severa ou uma coisa diferente de uma pena de multa de 100 marcos alemães”. O A. procura pôr em contraste o entendimento do Tribunal Constitucional com a conduta processual dos condenados em processos contra-ordenacionais estradais e afirma que se o sentimento dos visados fosse o de que à coima falta a severa solenidade da pena estadual e de que a mesma não passa de uma firma chamada à ordem, seria de esperar que as impugnações judiciais das condenações contra-ordenacionais passassem a ser em menor número do que os casos penais contravencionais com que anteriormente os tribunais se confrontavam. Ora, no seu ponto de vista, o que sucedeu foi que a “descriminalização” fez aumentar catastroficamente os números das impugnações judiciais, sinal de que os condutores passaram a sentir-se mais perseguidos, e como tal “criminalizados”, do que no tempo em que as infracções estradais ainda tinham natureza penal, sob a forma de contravenções. Nesta linha, acaba por concluir ser um mito a ideia de que o direito contra-ordenacional representou um alívio da carga processual sofrida pelo sistema judicial (p. 101 e s.).

³¹⁷ WEBER, “Die Überspannung der staatlichen Bußgeldgewalt”, p. 333.

³¹⁸ WEBER, “Die Überspannung der staatlichen Bußgeldgewalt”, p. 320 e s.

quadro legal da execução administrativa, poderiam e deveriam, em observância do princípio da subsidiariedade, prescindir da coerção sancionatória contra-ordenacional³¹⁹. Outro sinal negativo é também o uso e abuso de tipos contra-ordenacionais negligentes. Enquanto no âmbito penal é mesmo levado a sério o princípio de regra-exceção estabelecido na parte geral do CP quanto à relação entre tipos dolosos e negligentes (§ 15 do StGB), estando a atribuição de relevo penal à negligência em geral reservada para as ofensas a bens jurídicos de elevada importância; no âmbito contra-ordenacional, apesar de formalmente valer também aquele princípio (§ 10 da OWiG), a realidade é que a larga maioria dos tipos contra-ordenacionais admitem uma responsabilização a título negligente³²⁰.

Acompanhando o receio manifestado por Spendel de que a hipertrofia do direito contra-ordenacional coenvolva o perigo de uma evolução no sentido de obrigar o cidadão cumpridor a viver em uma espécie de Estado policial³²¹, Weber conclui, parafraseando Reinhard Franck, que “a *coima* tornou-se gradualmente num instrumento de coerção sempre ali onde haja interesse em que um determinado comportamento humano seja adoptado... A concepção da *coima* como uma panaceia para todas as possíveis maleitas da vida humana anda naturalmente de mão dada com o pensamento de que logo que surja uma doença é imperioso atacá-la com a medicação o mais rapidamente possível. A consequência é a precipitada produção legislativa dos nossos tempos e nomeadamente a imprecisão a raiar o desleixo na redacção das leis *contra-ordenacionais*”³²².

³¹⁹ WEBER, “Die Überspannung der staatlichen Bußgeldgewalt”, p. 320 e ss.

³²⁰ WEBER, “Die Überspannung der staatlichen Bußgeldgewalt”, p. 334 e s.

³²¹ SPENDEL, Günter, “Rechtsstaat für den Verbrecher – Polizeistaat für den Bürger?”, in: Kipp / Mayer / Steinkamm (orgs.), *Um Recht und Freiheit. Festschrift für Friedrich August Freiherr von der Heydte zur Vollendung der 70. Lebensjahres*, vol. II, Berlin, Duncker & Humblot, 1977, p. 1224 e ss., e WEBER, “Die Überspannung der staatlichen Bußgeldgewalt”, p. 320.

³²² WEBER, “Die Überspannung der staatlichen Bußgeldgewalt”, p. 345, vai buscar a FRANK, Reinhard v., “Die Überspannung der staatlichen Strafgewalt”, *ZStW*, 1898, p. 737, o trecho ora citado, substituindo as referências penais por menções contra-ordenacionais (assinaladas a itálico); e é nele que colhe também inspiração para o título do seu próprio artigo (“Die Überspannung der staatlichen Strafgewalt”).

CAPÍTULO III – A RECEPÇÃO DO DIREITO DAS CONTRA-ORDENAÇÕES NA ORDEM JURÍDICA PORTUGUESA

A experiência alemã que procurámos caracterizar nos seus traços essenciais constituiu, como é sabido, a fonte directa e assumida da introdução do direito de mera ordenação social no ordenamento jurídico português. Daí a necessidade sentida de expor e procurar perceber as características filosóficas, dogmáticas e político-criminais que na Alemanha determinaram o aparecimento e a evolução do direito contra-ordenacional. Só assim, estamos crer, será possível enquadrar e compreender devidamente a criação entre nós do direito de mera ordenação social, como resultado do influxo alemão. Para lograr essa compreensão afigura-se ainda, porém, indispensável uma análise sobre a própria realidade portuguesa, o que implica necessariamente recuar mais de um século, até meados de oitocentos, designadamente, ao Código Penal português de 1852. É esse exercício que nos propomos desenvolver no presente capítulo.

§ 8. A FIGURA DA CONTRAVENÇÃO NO DIREITO PENAL PORTUGUÊS ANTERIOR AO DIREITO CONTRA-ORDENACIONAL

Se é certo que o nosso direito das contra-ordenações tem marca fundamentalmente alemã, a realidade é que a influência do pensamento penal alemão só começou a fazer-se sentir de forma marcante entre nós a partir da década de 40 do século XX, sendo até aí claramente dominante o referente francês³²³. Até aí, ou melhor, até aos inícios do século XX³²⁴, aquela que é a seara onde germinou o direito contra-ordenacional, a zona de confluência das relações entre o direito criminal e o chamado ilícito administrativo e/ou bagatelar era encarado pela doutrina e jurisprudência nacionais no âmbito das relações internas entre as várias figuras delituais que o direito penal abarcava, os *crimes* (e eventualmente ainda, *delitos*) e as *contravenções*. E aí era a experiência francesa quem mais ordenava!

³²³ Cf. COSTA, José de Faria, “A importância da recorrência no pensamento jurídico. Um exemplo: a distinção entre o ilícito penal e o ilícito de mera ordenação social”, *RDE*, 9, 1983, p. 22 e ss.

³²⁴ Como constata COSTA, Faria, “A importância da recorrência no pensamento jurídico”, p. 42, e como veremos adiante, “com Henriques da Silva [em finais do séc. XIX, inícios do séc. XX] fecha-se um ciclo (...)”.

§ 8.1 As contravenções no Código Penal de 1852

1. O influxo do ideário liberal, sobretudo de influência francesa, no sistema jurídico-político português começou por ter expressão na Constituição de 1822, corolário da Revolução liberal de 1820, e repercutiu-se sobre a ordem jurídico-penal aos mais variados níveis³²⁵. Uma das mais relevantes dimensões desse influxo foi a da entrada no seio jurídico-penal de toda a ordem de prescrições do poder executivo central e local que faziam acompanhar as suas determinações de ameaças de sanções que contendiam tanto com a liberdade, como com a fazenda ou o património dos infractores, mediante aplicação de prisão, de multas, de coimas, de confiscos, *etc.*

À semelhança do que aconteceu por essa Europa fora, também entre nós a actividade reguladora do poder administrativo do Antigo Regime desenvolveu-se e expandiu-se sob a égide do pensamento de *polícia*, “a actividade concreta do soberano, ou dos seus agentes directos, destinada a realizar o bem comum dos súbditos”³²⁶. O novo Estado liberal herdou um acervo de regulações emanadas da Administração do período absolutista³²⁷, que afectavam os à data chamados “direitos civis e políticos dos portugueses”³²⁸. Acervo que, aliás, não seria de pequena expressão³²⁹, como se depreende da crítica dirigida por Silva Ferrão ao legislador do Código Penal de 1852 por se ter esquivado a sistematizar as incriminações das leis e regulamentos

³²⁵ Nesta direcção, DIAS, Jorge de Figueiredo, “Vom Verwaltungsstrafrecht zum Nebenstrafrecht. Eine Betrachtung im Lichte der neuen portugiesischen Rechtsordnung”, *in*: Theo Vogler, *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag*, I, Berlin, Duncker & Humblot, 1985, p. 81.

³²⁶ SOARES, Rogério, *Interesse Público, Legalidade e Mérito*, p. 54.

³²⁷ Relevos especiais devem ser assinalados ao Alvará com força de Lei da criação da Intendência Geral da Polícia e seu regulamento, de 25 de junho de 1760 – cf. SOUSA, António Francisco de, *A Polícia no Estado de Direito (Polícia Administrativa e Forças de Segurança)*, Porto, 2008, p. 65 e ss., que dá conta de que a Intendência Geral de Lisboa, criada por este Alvará da época do Marquês de Pombal, decidia os processos criminais sumários e detinha um larguíssimo leque de competências em matéria administrativa, sendo o Intendente-Geral de Polícia visto, em suma, como “um administrador de competência universal para a cidade de Lisboa”.

³²⁸ Cf. Título VIII (art. 139.º e ss.) da Carta Constitucional de 29 de Abril de 1826 (“Das disposições gerais, e garantias dos direitos civis e políticos dos cidadãos portugueses”), depois reiterado pelo Título III (“Dos direitos e garantias dos Portugueses”, art. 9.º e ss.) da Constituição Política da Monarquia Portuguesa de 1838.

³²⁹ Referindo-se “à imensidão de leis extravagantes” de que já Mello Freire se queixava, COSTA, Faria, “A importância da recorrência no pensamento jurídico”, p. 11, questiona, pertinentemente, se perante o consabido “horror ao vácuo” do legislador, será lícito considerar que na idade contemporânea há uma maior tendência legiferante do que nas épocas anteriores – do que se trata, contrapõe, é que o “que cresceu foi o objecto sobre o qual recaía a actividade «administrativa»” (nota 23).

administrativos e de polícia que subsistiam³³⁰. Recomendando a codificação das leis de polícia, Silva Ferrão não deixa contudo de reconhecer que seria *impossível* nela abranger todas as contravenções de polícia e aconselha a que, ao menos, fossem nelas integradas as principais contravenções, comuns a todos os municípios³³¹, o que é sinal da existência de um considerável volume de leis, regulamentos e posturas que tipificavam infracções de polícia.

À luz do espírito liberal, “porque ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer senão o que a Lei ordena ou proíbe” (art. 9.º da Constituição de 1838)³³², impunha-se a subordinação à lei de todo este tipo de infracções, quer as passadas³³³, quer as futuras³³⁴. Assim, nada mais natural do que acolhê-las e acomodá-las *no âmbito do direito penal*, como *contravenções*. Seria este um passo e uma exigência mais no sentido de fazer valer o império da Lei, tão caro ao pensamento liberal. “Subordinar-se-ia, pois, intimamente a Administração à lei – diz Rogério Soares, de forma impressiva e numa perspectiva mais ampla, a propósito de todo este movimento – [e] com isso conseguia-se satisfazer o anseio surgido no Estado de polícia de uma Administração legal, e, ao mesmo tempo, uma protecção dos intangíveis direitos subjectivos. Acabava de um golpe o arbítrio e a lesão dos direitos subjectivos”³³⁵.

³³⁰ A crítica de FERRÃO, F. A. F. da Silva, *Theoria do Direito Penal Aplicada ao Código Penal Portuguez*, VIII, Lisboa, Imprensa Nacional, 1857, p. 219 e ss., dirige-se à disciplina dos artigos 487.º e 488.º do Código Penal de 1852, que, com o art. 489.º, compunham o Título VII do Código (Das Contravenções de Polícia):

“Art. 487.º: Terão inteira observancia no que não for especialmente alterado por este Código as Leis e Regulamentos administrativos e de policia, actualmente em vigor, que decretam as penas das contravenção de suas disposições.

Art. 488.º: As coimas continuarão a ser julgadas em todos os casos em que se acham determinadas pelas Posturas e Regulamentos municipaes actualmente em vigor e feitos nas conformidade das Leis.

Art. 489.º: Depois da publicação d'este Código não poderá decretar-se nos Regulamentos administrativos e de policia geral ou municipal ou rural, ou nas Posturas das Camaras, sem Lei especial que o auctorisar, pena mais grave que as seguintes: 1ª Prisão até um mez; Multa até 20\$000 réis. § un A perda dos objectos e instrumentos apprehendidos em contravenções só póde ser pronunciada quando a Lei especialmente o decretar”.

Lamentava-se FERRÃO, Silva, *idem*, p. 220, referindo-se às infracções a que os arts. 487.º e 488.º faziam alusão, que “*assim, por mais anômalas e incompatíveis que sejam com as regras e analogias do Cod. Penal, essas infracções e respectivas penalidades e seus absurdos continuam a vigorar*”.

³³¹ FERRÃO, Silva, *Theoria do Direito Penal*, VIII, p. 227 e s.

³³² Já neste sentido, logo a Constituição de 1822, que, em matéria de “direitos e deveres individuais dos Portugueses” (Título I), determinava no seu art. 2.º que “a liberdade consiste em não serem obrigados a fazer o que a lei não manda, nem a deixar de fazer o que ela não proíbe”.

³³³ Cf. os citados arts. 487.º e 488.º do CP de 1852.

³³⁴ Cf. o art. 489.º do CP de 1852.

³³⁵ SOARES, Rogério, *Interesse Público, Legalidade e Mérito*, p. 63.

A importância marcante que, nesta senda de subordinação da actividade administrativa à lei, era reconhecida ao poder sancionatório da administração faz-se notar de forma particularmente intensa na realidade francesa. Chauveau e Hélie dão conta de uma pluralidade de entidades que antes da Revolução de 1789 tinham poderes para emitir regras de polícia, incluindo um largo número de jurisdições, acrescentando que “através de uma confusão que hoje se nos afigura estranha, essas jurisdições conheciam das infracções aos seus próprios regulamentos”³³⁶. Nesse período, afirma ainda Ortolan, os delitos de polícia revestiam-se já de grande importância, sendo sistematizados à parte e qualificados como contravenções. Pese embora a larga difusão desse termo e de termos afins (*contravenir, contravenants*) nas ordenações e nos regulamentos de polícia, a expressão “contravenção” não havia em todo o caso sido ainda erigida a denominação técnica ou conhecido consagração legislativa como específico tipo de infracção³³⁷. Ora, após a Revolução de 1789 toda essa actividade sancionatória de polícia passou a ter de estar subordinada à lei. “Hoje – rematava Ortolan – (...) as contravenções de polícia, esteja em causa a acção da polícia geral, esteja em causa a acção da polícia local, não podem ter outra base de repressão que não a lei: ou só a lei, na medida em que ela própria as defina e ameace com penas; ou a lei e o regulamento em conjunto, cabendo à lei a fixação da pena, ficando para o regulamento a responsabilidade de definir as injunções ou proibições”³³⁸.

A razão do ingresso da enorme massa das infracções de polícia no âmbito do direito penal fica pois sobretudo a dever-se à vontade de submeter aos ditames da *lei* o poder punitivo de que até aí administração se arrogava³³⁹ e assim, mediatamente, confiar a sua apreciação aos tribunais. Este que, retrospectivamente, é hoje visto como o

³³⁶ CHAUVEAU, Adolphe / HÉLIE, Faustin, *Théorie du Code Pénal*, VI, 5.^a ed., Paris, Imprimerie et Librerie Générale de Jurisprudence, 1873, p. 281 e s., n.º 2715.

³³⁷ ORTOLAN, Joseph, *Éléments de Droit Pénal*, Paris, Librairie de Plon Frères, 1855, p. 251.

³³⁸ ORTOLAN, *Éléments de Droit Pénal*, p. 253. Indício do relevo que no período pós-revolucionário foi atribuído a esta matéria foi a sua redefinição logo em leis de 1791 e de 1795, prevendo as principais contravenções de polícia, que estariam subtraídas à competência da polícia municipal, as penas respectivas e instituindo os tribunais de polícia (cf. CHAUVEAU / HÉLIE, *Théorie du Code Pénal*, VI, p. 282, n.º 2716).

³³⁹ A subordinação à lei através da tipificação da infracção como contravenção poderia, não obstante, ser meramente mediata, pois, de acordo com BRITO, José de Sousa e, “A lei penal na Constituição”, in: André Gonçalves Pereira *et al.*, *Estudos sobre a Constituição*, vol. II, Lisboa, Livraria Petrony, 1978, p. 239, “sempre se entendeu (...) que os crimes eram matéria de lei (ou fonte equiparada), ao passo que as contravenções apenas teriam de ser determinadas em conformidade com a lei, podendo bastar a simples delegação por lei da competência em matéria de prevenção geral ou da polícia, e o respeito da relevante medida legal da pena de contravenção”.

motivo decisivo para a concessão de relevo penal às contravenções de polícia³⁴⁰, era todavia pouco enfatizado pelos penalistas portugueses de oitocentos³⁴¹. Aceitando esse alargamento do raio de acção penal como um dado adquirido e, ao que parece, insusceptível de discussão, o que de início concitava a sua especial atenção era a questão de saber se o sistema das infracções penais deveria ser um sistema tripartido (crimes, delitos e contravenções) ou somente bipartido (crimes e contravenções) e mais tarde a da natureza da contravenção e os termos da sua contraposição em relação aos crimes.

2. O Código Penal de 1852 instituiu um modelo bipartido de crimes e contravenções, no que foi depois seguido pelo Código de 1886. Nem um, nem outro, porém, ao contrário do Código Penal francês de 1810, previu qualquer contravenção na sua parte especial, ficando deste modo a previsão de contravenções entregue em exclusivo à legislação extravagante³⁴². Naqueles dois nossos Códigos estabelecia-se que “*crime ou delito é o facto voluntário declarado punível pela lei penal*” (art. 1.º), considerando-se “*contravenção o facto voluntário punível, que unicamente consiste na violação, ou na falta de observância das disposições preventivas das leis e regulamentos, independentemente de toda a intenção maléfica*” (art. 3.º).

Através daquela equiparação entre crime e delito inscrita no art. 1.º, o legislador português optou por afastar-se da celeberrima matriz legal francesa da divisão tripartida das infracções em *crimes*, *delitos* e *contravenções*³⁴³. E na caracterização da contravenção constante do art. 3.º voltou a distanciar-se do Código francês, que nada

³⁴⁰ Cf., entre outros, DIAS, Figueiredo, “Para uma dogmática do direito penal secundário”, n.º 3714, p. 266, e COSTA, Faria, “A importância da recorrência no pensamento jurídico”, p. 23 e ss. Para BRICOLA, Franco, “Teoria Generale del Reato”, in: Azara / Eula (dir.), *Novissimo Digesto Italiano*, XIX, Torino, UTET, 1973, p. 14, trata-se de “justificação provavelmente exacta, mesmo que *prima facie* possa soar estranho que a exigência de maiores garantias tivesse sido satisfeita através de um agravamento do tratamento sancionatório”.

³⁴¹ Um exemplo, pontual embora, da afirmação da necessidade da intervenção judicial para controlo da actividade administrativa é dado por SECCO, Antonio Henriques, *Código Penal Portuguez*, 6.ª ed., Coimbra, Imprensa da Universidade, 1881, p. 292, que depois de elogiar o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 1870 por ter concedido revista em um caso de contravenção a uma postura da Câmara Municipal de Setúbal com o fundamento de que a multa cominada era superior à máxima permitida pelo art. 489.º do CP de 1852, acrescenta que “effectivamente é necessário que os tribunais judiciais, que devem primar pela observância da lei, reprimam os factos de despotismo dos mandões aldeões e também urbanos, uns e outros sem grande urbanidade”.

³⁴² A doutrina considerava, no entanto, que por entre os crimes tipificados na parte especial do Código Penal existiam não poucas infracções que, em rigor, seriam de considerar puras contravenções – promiscuidade que SILVA, A. Henriques da, *Elementos de Sociologia Criminal e Direito Penal*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1905, p. 247 e s., referindo-se ao CP de 1886, qualificava como deplorável.

³⁴³ JORDÃO, Levy Maria, *Commentario ao Código Penal Portuguez*, I, Lisboa, 1853, p. 3 e s.

dispunha sobre o conteúdo da contravenção e fez assentar a distinção entre crimes, delitos e contravenções num critério puramente formal, fundado na pena aplicável³⁴⁴. É certo que, na esteira da doutrina francesa, aquele art. 3.º associava à contravenção a irrelevância de qualquer intenção maléfica³⁴⁵, mas por outro lado incluía uma referência à natureza *preventiva* das disposições legais e regulamentares que poderiam fundar uma responsabilidade contravencional que constituía uma exigência que nem a lei, nem a dogmática francesas inculcavam à contravenção. Apesar destas diferenças em relação à lei francesa, foi fundamentalmente com base no pensamento penal francês e belga que a doutrina portuguesa da segunda metade do século XIX caracterizou a figura da contravenção, tanto quanto à sua contraposição com o crime, como quanto às implicações substantivas e processuais que lhe estavam associadas.

Foi este modelo legal de um direito penal composto por crimes e contravenções que, como infra veremos detidamente, Eduardo Correia se propôs reformar no seu Projecto de Parte Geral do Código Penal apresentado em 1963, mediante a eliminação das contravenções e a introdução do direito de mera ordenação social, à maneira alemã³⁴⁶. Além do seu eminente relevo histórico-jurídico, que *per se* justificaria já que nos debruçássemos sobre ele, o conhecimento do modo como entre nós tal modelo legal foi concebido pela doutrina de oitocentos e depois pela doutrina da primeira metade do século XX, aquele com que, no fundo, Eduardo Correia se deparou, afigura-se-nos fundamental para a compreensão e avaliação crítica do surgimento do direito contraordenacional na ordem jurídica portuguesa. É sobre esse modelo que, por isso, nos deteremos agora.

3. Em face das classificações e definições constantes do CP de 1852, o tratamento dogmático da figura da *contravenção* pela doutrina portuguesa – e referimo-nos essencialmente a Levy Maria Jordão e a Silva Ferrão³⁴⁷ – deixa surpreender

³⁴⁴ Cf. art. 1.º do Código Penal francês de 1810: “*L’infraction que les lois punissent des peines de police est une contravention. L’infraction que les lois punissent de peines correctionnelles est un délit. L’infraction que les lois punissent d’une peine afflictive ou infamante est un crime*”.

³⁴⁵ Assim, FERRÃO, F. A. F. da Silva, *Theoria do Direito Penal Aplicada ao Código Penal Portuguez*, I, Lisboa, Typographia Universal, 1856, p. 15: “Confrontados estes quatro primeiros Art. do Cod., parece-nos evidente, que, na redacção do presente Art. [3.º], estiveram presentes as palavras de Chauveau et Helie; pois é certo, que a mesma doutrina se acha neles completamente adoptada”.

³⁴⁶ CORREIA, Eduardo, “Código Penal. Projecto da Parte Geral”, *BMJ*, n.º 127, 1963, p. 78 e s.

³⁴⁷ Além destes comentadores, também PINTO, Basílio de Sousa, *Lições de Direito Criminal Portuguez*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1861, p. 73 e ss., se pronunciou sobre as contravenções, a propósito da classificação das infracções criminais. Fê-lo de forma praticamente telegráfica, deixando, ainda assim,

fundamentalmente três ordens de preocupações. Antes de mais, a avaliação da bondade da escolha de um modelo bipartido de crimes e contravenções, em detrimento do sistema tripartido francês. Depois, a dilucidação do que deva entender-se por contravenção, em exegese do art. 3.º do Código. E por fim, uma vez que o Código não tipificou qualquer contravenção no título a elas referido, a identificação, de entre as muitas infracções criminais da parte especial do Código e da legislação extravagante, de quais seriam aquelas que deveriam merecer a qualificação de contravenção, continuando a ideia de polícia a jogar um papel determinante.

3.1 A querela sobre se seria preferível um sistema tripartido ou bipartido das infracções criminais ocupa larga parte das reflexões dos nossos comentadores sobre esta matéria. Tanto Silva Ferrão, como Levy Maria Jordão mostram-se favoráveis ao sistema francês, sobretudo por razões de ordem prática. A divisão francesa, que começava por estabelecer a natureza da infracção em função da pena aplicável (art. 1.º do Código Penal), fazia depois corresponder a cada tipo de infracção um específico tribunal competente e um específico tipo de processo³⁴⁸. Daí que, em resposta à crítica acerba de Rossi³⁴⁹, qualificando-a como exagerada, e apesar de manifestarem preferência por uma

transparecer que, no seu modo de ver, a classificação assenta num *critério quantitativo*, fundado na gravidade do facto: “*Definido o crime, segue-se examinar a sua classificação, a qual pôde ter muitas bases (...). A gravidade dos delictos é outra base para a sua classificação, a qual depende da intenção com que são cometidos. Assim, classificam os romanos, delictos e quasi delictos, segundo eram praticados com dolo, ou somente somente com culpa. Também se funda n’esta base a classificação, em delictos e contravenções. Com relação ao processo foram os crimes classificados – em crimes, delictos e contravenções no Código Penal Francez, tomando por base a pena. E é neste mesmo sentido que se classificam em capitaes, e não capitaes, simples e atrozes*”.

Por seu turno, Henriques Secco, que sucedeu a Sousa Pinto no ensino da cadeira de direito criminal na Faculdade de Direito (cf. MERÊA, Paulo, “Esboço de uma história da Faculdade de Direito (1.º Período: 1836-1865)”, *BFDUC*, vol. XXVIII, 1952, p. 148 e s.), não dedica sequer uma só palavra à questão no seu comentário ao Código Penal (cf. SECCO, Henriques, *Código Penal Portuguez*, pp. 7 e s. e 290 e ss.).

³⁴⁸ Aliás, como nota PRINS, Adolphe, *Science Pénale et Droit Positif*, Bruxelles, Bruylant-Christophe, 1899, p. 83, o primeiro código que deixou entrever uma divisão tripartida das infracções foi um código de organização judiciária e de procedimento, o *Code des Délits et des Peines* do 3 Brumário do ano IV (25 de Outubro de 1795).

A classificação tinha ainda reflexo em vários outros planos, tanto substantivos (*v. g.*, em matéria de tentativa, de prescrição das penas, de concurso de infracções, de reincidência, de cumplicidade ou de circunstâncias atenuantes), como processuais (*v. g.*, quanto à instrução preparatória, à prisão preventiva ou à revisão) – cf. GARRAUD, René, *Précis de Droit Criminel*, Paris, L. Larose, 1881, p. 49 e s., e desenvolvidamente, VIDAL, Georges, *Cours de Droit Criminel et de Science Pénitentiaire*, Paris, Arthur Rousseau, 1901, p. 92 e ss.

³⁴⁹ A contundência da crítica de Rossi à trilogia adoptada pelo legislador francês era motivo para que fosse sistematicamente invocada por todos quantos, à época, se detivessem sobre o problema – cf. ROSSI, Pellegrino, *Traité de Droit Pénal*, Bruxelles, Société Belge de Librairie, 1841, p. 30: “*La France a une législation pénale qui est sans doute plus rationnelle et plus humaine que celle qui existait avant la*

contraposição dual entre crimes e contravenções, Chauveau e Hélie considerassem que a definição do art. 1.º tinha apenas por objectivo indicar a competência do tribunal, tendo em conta a natureza da pena que, perante a acusação, poderia ser aplicada. Sendo este o único princípio que a lei almejou, entendiam que “isto é um método, uma regra de aplicação; e não propriamente uma teoria”³⁵⁰. “De resto – aduzia ainda o belga J. J. Haus – esta divisão é tal forma prática, tão intimamente ligada às nossas instituições judiciárias, que é impossível apagá-la da nossa legislação penal”³⁵¹. Com vista a refutar a crítica de Rossi, J. J. Haus leva, no entanto, mais longe o fundamento para a divisão, radicando-a na diferente natureza dos factos correspondentes a cada uma das categorias, consoante a sua *gravidade*: os crimes são delitos graves, que merecem uma pena grave, *i. e.*, uma pena aflictiva ou infamante; os delitos são delitos menos graves, que justificam uma punição menos grave, como uma pena correcional; e as contravenções são ofensas ligeiras, que não merecem mais do que um castigo ligeiro, uma pena de simples polícia³⁵². A divisão é portanto fundada num princípio de “*distinctio pœnarum ex delicto*”, atendendo à respectiva gravidade, e não no princípio contrário de “*distinctio delictorum ex pœna*”, ficando assim a salvo da crítica de Rossi³⁵³.

Aderindo a este entendimento e elogiando “as vistas práticas do legislador”³⁵⁴ francês, considera Silva Ferrão que a classificação está longe de ser arbitrária ou caprichosa, como declarava Rossi, antes correspondendo – no que, acrescentamos, vai já implícito um *critério quantitativo* – a uma seriação dos factos “em graves, menos graves, e leves”³⁵⁵, que é de uma evidente utilidade prática, pois é base e fundamento de regras seguras para resolver uma infinidade de questões sobre tentativa, reincidência e

révolution. Cependant un code, oeuvre précipitée d'un pouvoir qui rétablissait la confiscation et rouvrait des bastilles, devait être, comme il est en effet, fort au-dessous de la civilisation française. La division des actes punissables en crimes, délits et contraventions, division tirée du fait matériel et arbitraire de la peine, révèle à elle seule, ce nous semble, l'esprit du code et du législateur. C'est dire au public: ne vous embarrassez pas d'examiner la nature intrinsèque des actions humaines; regardez le pouvoir: faut-il couper la tête à un homme, concluez-en que cet homme est un grand scélérat. Il y a là un tel mépris de l'espèce humaine, une telle prétention au despotisme en tout, même en morale, qu'on pourrait, sans trop hasarder, juger de l'esprit du code entier par la lecture de l'art. 1^{er}!”

³⁵⁰ CHAUVEAU, Adolphe / HÉLIE, Faustin, *Théorie du Code Pénal*, I, Bruxelles, Société Typographique Belge, 1843, p. 30. Invocando também esta virtude prática, TRÉBUTIEN, E., *Cours Élémentaire de Droit Criminel*, I, Paris, Auguste Durand, 1854, p. 74 e ss., e mais tarde, GARRAUD, *Précis de Droit Criminel*, p. 48 e s.

³⁵¹ HAUS, J. J., *Observations sur le Projet de Révision du Code Pénal*, I, Gand, 1835, p. 63.

³⁵² HAUS, *Observations sur le Projet de Révision du Code Pénal*, I, p. 62 e s.

³⁵³ Ainda neste sentido, mais tarde, GARRAUD, *Précis de Droit Criminel*, p. 48 e s.

³⁵⁴ FERRÃO, Silva, *Theoria do Direito Penal*, I, p. 4.

³⁵⁵ FERRÃO, Silva, *Theoria do Direito Penal*, I, p. 5.

prescrição, bem como para fixar a competência dos juízes e distinguir a ordem do processo respectivo, consoante a infracção implicada.

O apelo de Silva Ferrão para que, nesta linha, fosse adoptada no ordenamento jurídico português a divisão tríplice do Código Penal francês³⁵⁶ encontrou eco no Projecto de Código Penal apresentado em 1861, cujo relator foi Levy Maria Jordão. E não tanto por razões de ordem prática, mas mais em virtude da marcada diferença de gravidade que os autores do Projecto divisavam entre crimes e delitos, considerando que só um sistema tripartido faria jus a um “*sentimento de concordância da lei penal com a natureza das cousas e com o sentimento publico*”³⁵⁷. Nessa medida, seria justamente em função da gravidade dos factos que, de acordo com o art. 11.º do Projecto, deveriam ser divididas as infracções penais³⁵⁸.

A realidade, porém, é que as várias vozes que se fizeram ouvir a favor de uma divisão tripartida não tiveram acolhimento no novo Código Penal finalmente publicado em 1886, que se manteve fiel à simples divisão dual entre crimes e contravenções.

3.2 É de novo para a doutrina francesa que os comentadores portugueses se viram quando enfrentam a questão da determinação do *conteúdo da contravenção*, que o art. 3.º do Código definia como sendo *o facto voluntário punível, que unicamente consiste na violação ou na falta de observância das disposições preventivas das leis e regulamentos, independentemente de toda a intenção maléfica*. Atendendo a esta noção legal³⁵⁹, inspirada claramente no pensamento francês, o recurso à dogmática francesa surge como mais do que justificado.

Na tradição francesa, reproduzida praticamente *una voce*, a contraposição entre crimes e delitos, de um lado, e contravenções, de outro, passa pelo relevo do *elemento intencional*. Enquanto para os primeiros esse elemento figura como elemento-chave do facto punível, para as segundas é de todo em todo irrelevante, sendo o tipo composto

³⁵⁶ FERRÃO, Silva, *Theoria do Direito Penal*, I, p. 6, e VIII, p. 223 e s.

³⁵⁷ JORDÃO, Levy Maria / CARVALHO, Antonio Mello e / LIMA, José Ferreira, *Código Penal Português. Relatório da Comissão*, I, Lisboa, Imprensa Nacional, 1861, p. 32.

³⁵⁸ Cf. JORDÃO, Levy Maria / CARVALHO, Antonio Mello e / LIMA, José Ferreira, *cit.*, II, p. 5: “*Título Preliminar / Capítulo IV (Das diversas espécies de infracções da lei penal / Artigo 11.º: A lei penal divide todas as infracções, segundo a sua gravidade, em tres classes: 1.ª Crimes; 2.ª Delictos; 3.ª Contravenções. A cada uma d’ellas correspondem penas especiaes em harmonia com a sua natureza, as quaes vão designadas na parte II do livro P*”.

³⁵⁹ Contestando, porém, que o art. 3.º contivesse uma definição de contravenção, com base no argumento de que a lei se limitou a usar a expressão “considera-se contravenção”, FERRÃO, Silva, *Theoria do Direito Penal*, I, p. 18.

apenas pelo elemento material. Entre as acções puníveis, esclarecem Chauveau e Hélie, há que distinguir aquelas que adquirem a sua criminalidade a partir da moralidade do facto, da *intenção* do agente (os crimes ou delitos), daquelas que não passam de infracções materiais às prescrições ou às proibições da lei e assim existem somente pelo simples facto da acção ou da omissão, independentemente da intenção do agente (as contravenções) – “*voilà la division la plus naturelle des actions punissables*”³⁶⁰! Deste modo, concretiza Ortolan, “em matéria de contravenções, o juiz deve preocupar-se antes de tudo com o facto material; e sendo esse facto constatado, está provado que a contravenção existe e o juiz deve punir, não podendo deixar de o fazer sob pretexto da falta de intenção”³⁶¹.

Para esta qualificação da contravenção como um facto despido de qualquer intencionalidade contribuía a própria etimologia da palavra – *contra venire* –, que apontaria para um puro facto material que se apresenta contra a lei, abstraindo da intenção³⁶². Daqui não decorria, porém, que a punição pela prática de uma contravenção correspondesse a uma pura responsabilidade objectiva. Sempre seria de exigir a inteligência e a liberdade do agente, de tal forma que a contravenção pudesse corresponder a uma manifestação da sua vontade. Ora, “intenção e vontade não devem ser confundidas: a intenção é a comissão do facto com a consciência de que esse facto é ilícito; ao passo que a vontade é a perpetração desse mesmo facto com o conhecimento da sua natureza”³⁶³. Assim, tal como as demais infracções penais, também as contravenções não prescindem da inteligência do agente, entendida no sentido de que ele deve ser capaz de conhecer a ilegalidade da acção proibida pela lei penal, e da sua liberdade, considerada como a capacidade de se determinar espontaneamente e de poder agir ou não agir. Faltando uma ou outra, o agente jamais poderia ser punido penalmente, mesmo que só por uma contravenção³⁶⁴. Admitir outra coisa, isto é, uma

³⁶⁰ CHAUVEAU / HÉLIE, *Théorie du Code Pénal*, I, p. 51. Nestes termos, também TRÉBUTIEN, *Cours Élémentaire de Droit Criminel*, I, p. 74 e ss.

³⁶¹ ORTOLAN, *Éléments de Droit Pénal*, p. 259 e s.

³⁶² ORTOLAN, *Éléments de Droit Pénal*, p. 247, e GARRAUD, *Précis de Droit Criminel*, p. 53. Concordante, FERRÃO, Silva, *Theoria do Direito Penal*, I, p. 17.

³⁶³ CHAUVEAU, Adolphe / HÉLIE, Faustin, *Théorie du Code Pénal*, VI, 3.^a ed., Paris, Imprimerie et Librerie Générale de Jurisprudence, 1852, p. 288, que admitem o afastamento da presunção de vontade que sempre deveria incidir sobre as contravenções nos casos em que se provasse que o agente houvesse actuado sob o impulso de uma força maior ou de um constrangimento.

³⁶⁴ HAUS, J. J., *Principes Généraux du Droit Pénal Belge*, Gand, H. Hoste, 1869, p. 170 e s.

responsabilidade penal sem culpa, seria, em suma, nas palavras de Garraud, algo de “grosseiro e retrógrado”³⁶⁵.

Toda esta doutrina é seguida *pari passu* pelos nossos comentadores de oitocentos em sede de densificação do conceito de contravenção, não sendo por eles atribuído qualquer relevo ao segmento da lei nacional que não encontrava eco na literatura francesa, a referência ao *carácter preventivo* das disposições legais e regulamentares objecto do comportamento contravencional.

Entendendo que a redacção do art. 3.º do CP de 1852 constitui uma projecção da doutrina de Chauveau e Hélie, Silva Ferrão considera, à semelhança destes e com directo apoio no trecho legal “independentemente de toda a intenção maléfica” desse preceito, que a distinção entre crimes e contravenções passa inteiramente pela circunstância de a infracção pressupor ou não a intenção do agente. E chega mesmo a criticar a lei por incorrer em redundâncias, ao dizer o óbvio tanto no art. 3.º, como no art. 4.º, ou seja, que a verificação da contravenção não depende de qualquer intenção maléfica e que nas contravenções é sempre punida a negligência, respectivamente³⁶⁶. Alinhando também pela ideia de que a diferença radical entre as duas espécies de infracções reside na intencionalidade, Levy Maria Jordão ressalva, em todo o caso, em termos semelhantes aos sustentados por J. J. Haus, que o “facto voluntário” a que a lei alude no art. 3.º se não compreende a intencionalidade maléfica, pressupõe, não obstante, a inteligência e a liberdade do agente. Por isso, “*se por falta de intelligencia (loucura, demencia, etc. art. 23.º), ou de liberdade (art. 14.º) alguém praticar algum facto dos que as leis qualificam como contravenção, não deve ser punido*”³⁶⁷.

§ 8.2 A discussão sobre a natureza intrínseca da contravenção e da sua interpenetração com a ideia de Polícia

1. Pouco relevo começou por ser concedido pela doutrina penal portuguesa à dilucidação da natureza intrínseca das contravenções e ao carácter do critério que as diferenciava dos crimes.

³⁶⁵ GARRAUD, René, *Traité Théorique et Pratique du Droit Pénal Français*, VI, 2.ª ed., Paris, Librairie de la Société du Recueil Général des Lois et des Arrêts, 1902, p. 423.

³⁶⁶ FERRÃO, Silva, *Theoria do Direito Penal*, I, p. 15 e ss., e VIII, p. 223. Também JORDÃO, Levy Maria, *Commentario ao Código Penal Portuguez*, I, p. 12, critica o art. 4.º pela sua desnecessidade.

³⁶⁷ JORDÃO, Levy Maria, *Commentario ao Código Penal Portuguez*, I, p. 11.

Levy Maria Jordão limita-se praticamente só a afirmar que “*as contravenções correspondem em geral ao que se chamavam crimes de policia correccional*”³⁶⁸ e a lamentar a falta de uma previsão sistematizada e separada dos tipos contravençionais, que faz com que algumas delas se achem introduzidas no Código por entre os crimes³⁶⁹.

Já Silva Ferrão leva mais longe o esforço para captar a índole da contravenção. O seu pensamento não prima, todavia, pela clareza na arrumação das notas que um certo facto deve assumir em ordem a dever ser materialmente classificado como contravenção. Ora invoca feições relativas à gravidade do facto ou da pena que lhe é aplicável, ora dá relevo à ligação do facto a uma ideia de justiça ou a uma ideia de polícia e assim acaba por assimilar sob o conceito de contravenção um conjunto heterogéneo de infracções – em concreto, tanto as infracções que, independentemente da sua natureza, sejam puníveis com penas leves, como as infracções que, independentemente da sua pena, visem tutelar somente interesses de polícia³⁷⁰.

Em nosso modo de ver, este resultado híbrido a que chega Silva Ferrão radica numa dupla ordem de razões. Deve-se, por um lado, ao seu apego ao sistema francês de classificação das infracções em crimes, delitos e contravenções, assente, no seu ponto de vista, na diferente gravidade de cada uma delas. Classificados os factos em graves, menos graves e leves, dever-lhes-iam corresponder penas de diferentes gravidades e finalidades, para que se soubesse “*1.º que os autores de tal ou tal facto, soffrerão uma pena, que fará a desgraça da sua vida; – 2.º que os de tal, ou tal facto, tem ainda de ser sujeitos a duras provas de expiação; – 3.º, finalmente, que os que praticarem certas faltas menos graves, nem perdem a estima social, nem são punidos, se não com brandura, e como formula de admoestação paternal*”³⁷¹. E deve-se ainda, por outro lado, à sua concepção sobre os fundamentos que cobrem de legitimidade o exercício do poder punitivo penal, a justiça absoluta e o bem-estar. Na sua perspectiva, com efeito, “*a legitimidade das restricções da vontade e liberdade individual, submettidas a uma penalidade humana, depende essencialmente da concorrência de duas circumstancias:*

³⁶⁸ JORDÃO, Levy Maria, *Commentario ao Codigo Penal Portuguez*, I, p. 10.

³⁶⁹ Um exemplo dado por JORDÃO, Levy Maria, *Commentario ao Codigo Penal Portuguez*, I, p. 12, é o dos arts. 254.º e 255.º, relativos às “*caças e pescarias defezas*”. O A. não concretiza a razão pela qual considera que as infracções neles tipificados constituem autências contravenções, embora possa supor-se que tal ficaria a dever-se ao facto de as incriminações em apreço configurarem normas penais em branco, já que faziam depender a proibição penal de previsões constantes de posturas municipais ou de regulamentos administrativos.

³⁷⁰ FERRÃO, Silva, *Theoria do Direito Penal*, VIII, p. 226.

³⁷¹ FERRÃO, Silva, *Theoria do Direito Penal*, I, p. 6.

1.^a que a acção ou omissão seja contrária á justiça absoluta; 2.^a que importe á conservação, ou ao bem-estar, da sociedade, que essa acção ou omissão seja reprimida”³⁷².

A hibridez que caracteriza o pensamento de Silva Ferrão está, em todo o caso, de acordo com o ar dos tempos, assistindo-se em todos os ordenamentos europeus a uma “expansão «anómala» da área contravencional para lá das fronteiras do delito de «polícia», de forma a incluir também delitos de reduzida gravidade”³⁷³. Um fenómeno que, na exacta perspectiva de Tullio Padovani, “introduz na ideia de contravenção um elemento distorcedor destinado a persistir até aos nossos dias: a contravenção perfila-se em termos de direito positivo não mais como um tipo de ilícito qualitativamente distinguível dos crimes, mas apenas quantitativamente”³⁷⁴.

Dado que a designação escolhida pelo legislador para o Título VII do Código Penal de 1852 (composto pelos já citados e transcritos arts. 487.º a 489.º) foi a de “Das Contravenções de *Polícia*”, Silva Ferrão viu aqui um sinal mais de que esta matéria das contravenções seria, em primeira linha, dominada não por um princípio de justiça, mas de polícia. Apesar de censurar o modo incompleto e deficiente com que o tema das contravenções foi tratado no Código, a verdade é que o próprio Silva Ferrão não logra caracterizar a polícia senão de uma forma sumamente ambígua e de duvidosa operatividade³⁷⁵. Do que se trata, diz, é de acorrer à necessidade de garantir preventivamente interesses como a *salubridade*, a *tranquilidade pública* e a *segurança* dos cidadãos e da sua propriedade. Nenhuma palavra mais acrescenta Silva Ferrão para concretizar a ideia de polícia que está na base das infracções contravencionais.

³⁷² FERRÃO, Silva, *Theoria do Direito Penal*, I, p. 7. Esta dupla ordem de fundamentos do poder punitivo era já sustentada por HAUS, *Observations sur le Projet de Révision du Code Pénal*, I, p. 62, que também a imbricava com a diferente gravidade dos factos sujeitos a tutela penal: “*Les actes dont la punition est commandée par la justice et les exigences de l’ordre social, sont, il est vrai, d’une nature fort différente; mais, en faisant des masses, on peut les classer, d’après leur nature intrinsèque même, en trois catégories: délits graves, délits moins graves et offenses légères*”.

³⁷³ PADOVANI, Tullio, “Il binomio irriducibile. La distinzione dei reati in delitti e contravvenzioni, fra storia e politica criminale”, in: Marinucci / Dolcini (orgs.), *Diritto Penale in Trasformazione*, Milano, Giuffrè, 1985, p. 433.

³⁷⁴ PADOVANI, “Il binomio irriducibile”, p. 433.

³⁷⁵ O que não constituía propriamente novidade entre nós, pois como nota COSTA, Faria, “A importância da recorrência no pensamento jurídico”, p. 20, em jeito conclusivo, após análise minuciosa do pensamento de Pachal de Mello Freire e do contraditório que lhe foi oferecido por António Ribeiro dos Santos, “a noção de direito de polícia nos princípios do séc. XVIII, e nomeadamente para Mello Freire, tinha um âmbito extraordinariamente lato a que poderíamos fazer corresponder toda a actividade legislativa primacialmente sancionatória concernente ao harmonioso e regrado desenvolvimento da «polis».

Atendendo a esta ampla e vaga latitude do conceito que poderia legitimar a intervenção penal através da figura da contravenção logo se intui que por aqui se escancara uma porta para o fenómeno de hipertrofia penal de que décadas mais tarde se lamenta toda a ciência penal. Risco que se agudiza perante os bons olhos com que, à época, a doutrina observava a tendência, já tida como inexorável, para o avolumar do número de contravenções. Proclama Silva Ferrão, no que é acompanhado por Levy Maria Jordão³⁷⁶, que “*a multiplicidade das disposições relativas ás contravenções é um signal característico da civilização*”³⁷⁷. Perspectiva que era partilhada além fronteiras e continuava a fazer curso mesmo alguns decénios depois, como se depreende da impressiva e paradigmática afirmação de Gabriel Tarde de que “*la liste des contraventions s’enrichit toujours, et il n’est peut-être pas d’indice plus sûr de ce qu’on appelle le progrès*”³⁷⁸!

Devendo a função de promoção do bem-estar cometida ao ordenamento jurídico ser cumprida através das contravenções, de acordo com Silva Ferrão deveriam, de uma parte, ser levadas à conta desta figura as infracções que, apesar de punidas com penas que não poderiam propriamente qualificar-se como ligeiras, respeitassem a “factos moralmente lícitos”³⁷⁹. Só estes aliás é que são de reputar como “rigorosas contravenções”³⁸⁰, pois que a sua relevância penal resulta não da sua intrínseca imoralidade, mas somente de uma criação legal destinada a satisfazer interesses de bem-estar. A par destes factos, as contravenções abrangeriam ainda, de outra parte, todos os factos que se caracterizassem pela “modicidade da pena”³⁸¹, fossem eles moralmente ilícitos, embora de menor gravidade, fossem eles um simples produto da lei ou de regulamentos administrativos. Por aqui, por esta segunda via, seriam então de qualificar como contravenções as incriminações fundadas “*em uma offensa dos principios de*

³⁷⁶ Cf. JORDÃO, Levy Maria / CARVALHO, Mello e / LIMA, Ferreira, *Código Penal Português. Relatório da Comissão*, I, p. 166 e s., que na densificação do objecto da polícia não vão mais longe do que Silva Ferrão, enunciando também como objectivo das contravenções o de “*garantir preventivamente a segurança dos cidadãos e da sua propriedade, e a salubridade e tranquilidade publica*”.

³⁷⁷ FERRÃO, Silva, *Theoria do Direito Penal*, VIII, p. 225.

³⁷⁸ TARDE, Gabriel, “Crimes, délits, contraventions”, in: *Études de Psychologie Sociale*, Paris, V. Giard & E. Brière, 1898, p. 319, que neste seguimento afirma ainda que por cada tipo de crime ou de delito que, por exemplo, a invenção do caminho de ferro fez nascer, nasceram também dez ou vinte tipos de novas contravenções (p. 320). Vendo, no entanto, esta tendência expansiva com especial preocupação, FRANK Reinhard v., “Die Überspannung der staatlichen Strafgewalt”, p. 733 ss.

³⁷⁹ FERRÃO, Silva, *Theoria do Direito Penal*, VIII, p. 226.

³⁸⁰ FERRÃO, Silva, *Theoria do Direito Penal*, VIII, p. 226.

³⁸¹ FERRÃO, Silva, *Theoria do Direito Penal*, VIII, p. 226.

moral, mas punidos com penas ou inferiores á prisão, ou em que é por dias, nunca excedentes a um mez”³⁸².

2. Considerando a adesão que o pensamento francês recebia na doutrina nacional, não será porventura temerário admitir que a ideia de polícia que os nossos comentadores tinham em mente correspondia, no essencial, à caracterização que dela se fazia em França, abarcando desde logo os plúrimos e diferenciados interesses cobertos pelo extenso rol de infracções que o Código Penal francês de 1810 previa sob a forma de contravenções de polícia – de primeira, de segunda e de terceira classe, em função da pena aplicável³⁸³ – no seu último livro, o Livro IV, com o título “*Contraventions de Police et Peines*” (art. 464 e ss.).

Aquela nossa suposição baseia-se ainda no conteúdo do Projecto de Código Penal elaborado por Levy Maria Jordão, cuja parte especial, ao contrário da do Código Penal então vigente, previa um considerável número de específicos tipos contravencionais (Livro III, Das Contravenções, art. 479.º e ss.), bem na linha da tradição francesa. Nesta, dentro do género das contravenções, Chauveau e Hélie identificavam quatro espécies principais abarcadas pelas *leis de polícia*, aquelas que se destinavam a proteger as pessoas e as suas propriedades de ataques ligeiros que pudessem ser resultado da imprudência ou da negligência de terceiros³⁸⁴: *i*) as que pretendiam *proteger as pessoas enquanto tais*, de que são exemplo, entre outras, as relativas às injúrias verbais, à deposição de imundícies, à deambulação de loucos furiosos ou de animais perigosos, aos refúgios de socorro em caso de inundação ou aos incêndios, *etc.*; *ii*) as que visavam *tutelar a propriedade*, como, *v. g.*, as referentes à

³⁸² FERRÃO, Silva, *Theoria do Direito Penal*, VIII, p. 226. Este critério vai ao encontro do previsto no art. 489.º do CP de 1852, que, como vimos, estabelecia como limites de penas inultrapassáveis pelos regulamentos administrativos e de polícia (geral, municipal ou rural) ou pelas posturas camarárias a prisão até um mês e a multa até 20\$000.

Segundo a enumeração de Silva Ferrão, entrariam neste conjunto, entre outras, as seguintes infracções, a classificar portanto como contravenções: art. 130 § 2 (a falta de respeito à religião do Reino, sem intenção de a escarnecer ou ultrajar ou de propagar doutrina contrária aos seus dogmas, punível com pena de repreensão, eventualmente complementada por prisão de 3 a 15 dias); art. 168.º § un. (a leve falta de respeito em relação a vários membros da Casa Real, punível com repreensão, eventualmente complementada por prisão até 15 dias); art. 189.º (a falta de comparência em juízo de jurado ou de testemunha, punível com prisão e multa de 1 mês); art. 233.º (o uso de nome falso para subtracção à vigilância da autoridade pública ou que fizer prejuízo ao Estado ou a particulares, punível com pena de 15 dias a 6 meses de prisão ou com multa de 1 mês); art. 234.º (a mudança de nome não autorizada, punível com multa de 1 mês); e art. 237.º (o uso indevido de título de nobreza ou a usurpação de brasão de armas, punível com prisão até 6 meses e multa até um mês).

³⁸³ GARRAUD, *Précis de Droit Criminel*, p. 56 e s.

³⁸⁴ CHAUVEAU / HÉLIE, *Théorie du Code Pénal*, VI, p. 284 e s.

limpeza de chaminés, ao lançamento de fogos de artifício em certos lugares, à passagem por terrenos alheios, às lesões causadas a animais alheios, *etc.*; *iii*) as que se destinavam a *submeter a via pública a uma vigilância especial*, também para protecção das pessoas e das propriedades, proibindo, a título de exemplo, o estorvo à circulação das pessoas através do abandono de coisas na via pública, o lançamento de dejectos e a degradação dos caminhos e das ruas ou punindo as violações aos regulamentos referentes à limpeza dos espaços públicos à circulação de viaturas e à condução de cavalos; e por fim *iv*) as disposições relativas a *factos que pudessem servir de actos preparatórios de crimes ou de delitos ou facilitassem a subtracção dos delinquentes à perseguição policial*, como a obrigação imposta aos donos de albergues de registar a identidade dos que neles pernoitassem, a proibição de venda de misturas nocivas à saúde ou de comidas deterioradas, a punição daqueles que se dedicassem à adivinhação, os barulhos nocturnos, os jogos de fortuna e azar, *etc.*³⁸⁵.

Neste contexto, uma referência de relevo tomada em consideração pelo próprio legislador francês³⁸⁶ é a posição assumida por Montesquieu, no seu *De L'Esprit des Lois*, de 1758, acerca da polícia e das matérias de que se ocupa³⁸⁷. Para Montesquieu, no exercício da polícia a punição é mais da autoridade do que da lei, pois “as matérias de polícia são coisas de cada instante e onde normalmente não se trata senão de pouco”. Por isso que convém não confundir as grandes violações das leis com a violação da simples polícia – “essas coisas são de uma ordem diferente” – e é isso que também justifica que as grandes punições lhes devam ser estranhas, que sejam previstas mais pelos regulamentos do que pelas leis e que prescindam de grandes formalidades.

Este pensamento abre caminho a que mais tarde a doutrina francesa procure ir mais fundo na determinação da essência da contravenção fundada no ideário de polícia, designadamente, no sentido de a contrapor ao crime. É certo que, como vimos já, desde início que uma e outra infracção eram contrapostas à luz do critério do elemento intencional; mas essa era uma distinção, digamos assim, de índole interna, referida aos pressupostos que cada tipo de infracção deveria reunir para que pudesse considerar-se perfeccionado e não tanto a uma diferença de ordem substancial. Se em Chauveau e

³⁸⁵ Não se percebe bem a razão pela qual algumas destas contravenções são agregadas por CHAUVEAU / HÉLIE, ³*Théorie du Code Pénal*, VI, p. 285, nesta quarta espécie de infracções contravencionais, mas o certo é que nesta que elas são integradas pelos Autores.

³⁸⁶ Cf. CHAUVEAU / HÉLIE, ⁵*Théorie du Code Pénal*, VI, p. 290 e s.

³⁸⁷ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, *De L'Esprit des Lois*, Genève, Barillot, 1748 (edição organizada por Laurent Versini, Paris, Éditions Gallimard, 1995, vol. I), parte V, livro XXVI, cap. XXIV.

Hélie a contraposição não vai além daquele primeiro estágio, já em Ortolan encontramos uma reflexão mais detida no sentido de compreender por que razão crimes e contravenções, enquanto infracções de polícia, são, como dizia Montesquieu, *coisas de uma ordem diferente*³⁸⁸.

Sendo a *polícia* uma dessas palavras flexíveis, que admitem diferentes acepções, Ortolan dá-lhe aqui o sentido de actividade confiada à administração que consiste em “vigiar e agir constantemente e em todos os lugares em prol do interesse comum da população, seja para prevenir, reparar ou reprimir o mal, seja para preparar, facilitar ou procurar o bem”³⁸⁹. Sucede, no entanto, que para levar a efeito a sua missão ou para obter a colaboração dos particulares no cumprimento das duas metas que a devem orientar, a prevenção do mal e a busca do bem, há certas acções ou inacções que aos indivíduos podem ser impostas, umas como meio de controlo ou de vigilância, outras em função da perturbação que certo acto pode implicar para a generalidade da população. Deste modo, “a sanção penal ligada à violação deste tipo de imposições ou proibições é devida menos em razão de um direito pré-existente, cuja lesão seria punível por ela própria, do que em vista da boa administração do país e da necessidade de prover com utilidade aos diversos interesses comuns da população”³⁹⁰. O que, todavia, ressalva Ortolan, está longe de significar que, postas assim as coisas, a pena seja puramente utilitária, podendo antes vislumbrar-se aqui uma razão de *justiça*. Esse princípio de justiça radica na solidariedade que deve unir os membros da sociedade. Beneficiando o cidadão das vantagens da vida em comunidade, deve também ele, para que se realize uma justiça absoluta, contribuir com a sua parte para o bem comum, sendo assim de admitir que em nome dessas vantagens comuns seja sacrificada um pouco da sua independência individual. Ainda que possam ser consideradas como *moralmente indiferentes* em si mesmas quando perspectivadas sob um ponto de vista individual, a punição das acções ou inacções aqui em causa reveste-se de legitimidade, afigurando-se como uma punição justa, a partir do momento em que se faça intervir aquela ideia de interesse comum das populações no seio das quais o indivíduo está imerso.

A esta luz, justifica-se que as infracções a este tipos de prescrições, as *infracções de polícia*, sendo à partida indiferentes *per se* numa perspectiva particular e

³⁸⁸ ORTOLAN, *Éléments de Droit Pénal*, p. 247 e ss.

³⁸⁹ ORTOLAN, *Éléments de Droit Pénal*, p. 247.

³⁹⁰ ORTOLAN, *Éléments de Droit Pénal*, p. 248.

transformando-se em acções puníveis apenas em função do interesse público e da obrigação individual de cada um concorrer para a sua prossecução, sejam puníveis com penas moderadas, como já clamava Montesquieu, e que além disso a simples imprudência, não intencional, seja suficiente para desencadear uma resposta penal³⁹¹.

3. Nesta concepção de Ortolan a discussão penal ganha contornos que de algum modo ressoam ao antigo e longo debate acerca da categoria dos delitos naturais, *delicta in se*, e sua contraposição com os *delicta mere prohibita*. Se Ortolan não dá expressa nota dessa ligação, já em Itália Giovanni Carmignani, um dos nomes proeminentes da chamada Escola Toscana, segue uma via similar para diferenciar crimes e contravenções, que na Toscânia faziam o seu curso sob a designação de transgressões (*Trasgressioni*), assumindo claramente, porém, uma filiação no direito natural³⁹². Também para Carmignani há que distinguir entre o *delito propriamente dito* e a *contravenção*, pois aquele pertence ao direito penal, estando afecta à segurança, e esta à polícia, orientando-se pela busca da prosperidade³⁹³. A contravenção corresponde a uma “acção que sem ser contrária ao direito natural e aos princípios da ética universal e sendo em si mesma indiferente, viola todavia as leis que a ordenam ou proíbem para o maior bem da sociedade”³⁹⁴. Nessa medida, sendo a contravenção uma criação da política, ou seja, uma pura criação legal, na definição da sua natureza deve adoptar-se não as regras do direito natural, mas do direito político, sendo aceitável que a imputação da transgressão se baste com a prova do puro factio material, abstraindo da intenção do agente³⁹⁵.

As posições de Ortolan e de Carmignani são das primeiras expressões de uma necessidade que a doutrina penal europeia começa a manifestar a partir de meados do

³⁹¹ ORTOLAN, *Éléments de Droit Pénal*, p. 249.

³⁹² CARMIGNANI, Giovanni, *Elementi di Diritto Criminale*, Milano, Francesco Sanvito Editore, 1863, § 1214. No sentido do texto, CADOPPI, Alberto, *Il Reato Omissivo Proprio, I: Profili Introductivi e Politico-Criminali*, Padova, Cedam, 1988, p. 480 e s.

³⁹³ CARMIGNANI, *Elementi di Diritto Criminale*, § 1213.

³⁹⁴ CARMIGNANI, *Elementi di Diritto Criminale*, § 1214.

³⁹⁵ CARMIGNANI, *Elementi di Diritto Criminale*, § 1215. Ainda na Escola Toscana, também CARRARA, Francesco, *Programma del Corso di Diritto Criminale, vol. I: Parte Generale*, 8.^a ed., Firenze, Fratelli Cammelli, 1897, p. 37, considerava, nesta mesma linha, que “o critério que separa o magistério penal do magistério do bom governo e que assim distingue os delitos das transgressões, não pode deixar de ser este: o magistério penal deve punir apenas os factos aos quais possa adscrever-se o carácter de *moralmente reprováveis*, dado que a medida do seu direito é fundada na *justiça absoluta*; ao passo que o magistério do bom governo pode dirigir-se também aos *factos moralmente inocentes*, uma vez que o fundamento do seu direito é a *utilidade pública*” (it. nosso).

século XIX, a de tentar descortinar a natureza intrínseca da contravenção, e polarizam uma das tendências que progressivamente nela se foram enraizando.

A questão foi, na realidade, adquirindo crescente atenção por toda a parte, tornando-se uma espécie de *enfant chéri* da dogmática penal europeia. O movimento de codificação que se fazia sentir na generalidade dos países europeus, optando uns pelo sistema tripartido de infracções, ao jeito francês, e outros pelo sistema bipartido, e o aparecimento de paradigmas totalmente novos, como o da escola positivista italiana, colocaram o problema no centro de todas as discussões penais. Sinal disto mesmo foi a sua escolha como tema de vários encontros internacionais, como o Congresso Penitenciário de Paris de 1895³⁹⁶ e as Assembleias Gerais da *Union Internationale de Droit Pénale* que tiveram lugar em finais do século XIX em Lisboa e em Budapeste³⁹⁷. O debate não apontava (ainda) para a expulsão das contravenções do seio penal, sendo antes motivado pelo relevo que *per se* tinha a dilucidação da essência de uma das infracções criminais ou ainda pela necessidade de voltar à sempre discutida questão de saber qual dos sistemas de infracções seria mais aconselhável, o tripartido ou o bipartido.

O estado da questão mostra-se, a nosso a ver, bem sintetizado por René Garraud, que apresenta como cerne do problema da contraposição entre delitos e contravenções a seguinte questão, já então formulada em termos que ainda hoje nos soam bem familiares em matéria de contra-ordenações: “existe uma diferença *qualitativa* entre as duas categorias de infracções ou não há mais do que uma simples diferença *quantitativa*, os delitos dirigindo-se ao degrau mais elevado da criminalidade e as contravenções ao mais baixo?”³⁹⁸.

Observando a realidade do direito positivo da generalidade das legislações penais, considera Garraud – em termos próximos àqueles que, como constatámos supra, quase meio século antes eram entre nós sustentados por Silva Ferrão – que as contravenções compreendem dois fenómenos distintos, nomeadamente, factos que em

³⁹⁶ Cf. METTETAL, A., “Le V^e Congrès Pénitentiaire International”, *Revue Penitentiaire*, 1895, p. 1004 e ss., que dá conta de que na ordem de trabalhos do Congresso foi questão saber se “deve ser mantida na legislação penal a divisão tripartida entre crimes, delitos e contravenções?” e ainda “em caso negativo, que simplificação será conveniente introduzir nessa divisão?”.

³⁹⁷ Cf. *Bulletin de l’Union Internationale de Droit Pénal*, n.º 8, 1900, em especial pp. 32 e ss., 77 e ss., 92 e ss. e ainda 214 e ss., com a a discussão que teve lugar na oitava Assembleia Geral realizada em Budapeste, em Setembro de 1899.

³⁹⁸ GARRAUD, ²*Traité*, VI, 1902, p. 414.

rigor são delitos, mas que o legislador qualifica como contravenções, e factos que correspondem às chamadas infracções de polícia.

Será, com efeito, de convir, entende Garraud, que as legislações fizeram sair da categoria dos delitos um número mais ou menos elevado de factos vistos como demasiado pouco graves para poderem continuar a receber o tratamento penal que é próprio dos delitos (v. g., certo tipo de injúrias ou difamações ou factos de violência ligeira). Trata-se de factos que a consciência colectiva reputa como imorais, ilícitos ou anti-sociais e cuja única justificação para que hajam deixado de ser delitos e passado a ser contravenções é a sua *gravidade mínima*. Tomadas nesta acepção, as contravenções não se distinguem dos delitos (e dos crimes) senão pois através de um *critério quantitativo*, de gravidade.

As contravenções constantes de todas as legislações penais abrangem ainda, todavia, as *infracções de polícia* e é em relação a estas que se apresenta mais problemática a resposta à questão de saber se é qualitativo ou quantitativo o critério que as diferencia dos crimes e/ou delitos. Aqui, de acordo com Garraud, perfilam-se fundamentalmente duas tendências, uma qualitativa e outra quantitativa.

Do *lado quantitativo* assoma sobretudo a Escola Positivista italiana. De acordo com Enrico Ferri, um dos nomes mais sonantes deste movimento e a quem se usa atribuir a rotulagem das contravenções como “delitos anões” (*deliti nani*)³⁹⁹, ao contrário da teoria clássica, segundo a qual delito e contravenção são factos profundamente distintos na sua essência, a teoria positivista advoga que “delito e contravenção não são senão acções anti-sociais, proibidas pela lei e como tal antijurídicas (em função do direito vigente), diferentes em termos de modalidade e de grau, mas não de essência. Tanto os delitos, que podem ser consumados ou tentados, como as contravenções, que podem não causar dano e lesar um direito, constituem violações efectivas ou possíveis das condições de existência social e por isso são proibidas pela lei”⁴⁰⁰. Mas também fora de Itália se fazem ouvir vozes em favor de uma diferenciação eminentemente gradativa, como é o caso do belga Adolphe Prins, que, depois de comparar os valores e respectivos crimes prezados como fundamentais pelos diversos tipos de Estados (teocrático, mercantilista, militar e absoluto), conclui pela inexistência de delitos naturais, isto é, de factos que desde sempre sejam universalmente

³⁹⁹ Cf. PADOVANI, “Il binomio irreducibile”, p. 441.

⁴⁰⁰ FERRI, Enrico, “La cosidetta volontarietà nelle contravvenzioni”, in: *Difese Penali e Studi di Giurisprudenza*, Torino, Fratelli Bocca, 1899, p. 406.

considerados como criminosos⁴⁰¹; e pronunciando-se a favor de um modelo bipartido das infracções criminais, concebe a gravidade como elemento distintivo fundamental entre elas: de uma banda, os crimes ou delitos, tidos como as infracções graves que implicam sobretudo um atentado ao direito social e em relação aos quais os países civilizados estão de acordo quanto ao seu carácter nocivo e à necessidade da sua repressão; e de outra banda, as contravenções, cuja gravidade intrínseca é menor e no essencial implicam um atentado ao direito de polícia. Este último é o domínio da pequena criminalidade, mais local, móvel e mais incerto que o da primeira⁴⁰².

Na *corrente qualitativa*, tida por Garraud como a teoria dominante⁴⁰³, convergem todos aqueles que, como Ortolan ou Carmignani, divisam entre os delitos e as contravenções uma diferença de fundo que converge com a contraposição que por sua vez deve ser também reconhecida entre o direito penal em sentido próprio e o direito de polícia. O *direito penal*, afirma Garraud, na linha do que já lhe vimos sustentar a propósito daquela outra espécie de contravenções (as que só o são em função da modesta pena que lhes é aplicável), diz respeito a factos que a consciência colectiva, nos seus sucessivos estádios, considera imorais, ilícitos ou anti-sociais, assegurando assim a própria existência e o funcionamento orgânico da sociedade. Nele é possível vislumbrar um ataque a direitos individuais ou colectivos que implicam um atentado ao direito social, sendo o seu carácter nocivo e perigoso reconhecido por todos os povos portadores de uma civilização comum⁴⁰⁴. O *direito de polícia*, de sua parte, dirige-se à violação de certas leis ou regulamentos instituídos em nome do bem-estar público ou da administração do país, estabelecendo medidas de precaução no interesse da tranquilidade, da salubridade, da segurança e da circulação pública. Não é que, segundo Garraud, a existência ou o funcionamento da ordem social dependam dessas regras, mas uma sociedade será bem ou mal administrada consoante essas regras sejam ou não estabelecidas e respeitadas⁴⁰⁵.

É pois sobre esta contraposição que em idêntico sentido deve distinguir-se delito e contravenção. Aquele é um verdadeiro fenómeno social existente no seu estado natural, ao passo que esta é uma pura criação do legislador. A característica comum dos delitos é a sua referência a factos universalmente censurados pelos membros de uma

⁴⁰¹ PRINS, *Science Pénale et Droit Positif*, p. 78.

⁴⁰² PRINS, *Science Pénale et Droit Positif*, p. 85 e s.

⁴⁰³ GARRAUD, *²Traité*, VI, p. 417.

⁴⁰⁴ GARRAUD, *²Traité*, VI, p. 417 e s.

⁴⁰⁵ GARRAUD, *²Traité*, VI, p. 418.

sociedade em um dado momento da sua evolução. O *delito*, continua Garraud, fere os sentimentos que se encontram em toda as consciências normais. E isto porque é integrado pela lesão real ou formal de direitos subjectivos dos quais está dependente a própria existência da sociedade⁴⁰⁶, estando-lhe por isso, via de regra, associada uma intenção maligna⁴⁰⁷. A *contravenção* é como que o reverso desta medalha. Nela estão em causa factos em si mesmos indiferentes, as mais das vezes praticados sem qualquer intenção de má índole e que em geral não causam qualquer dano imediato, sendo a proibição instituída apenas a título preventivo, para evitar males futuros. A contravenção é assim uma simples proibição ou uma simples injunção de pura prevenção, visando assegurar uma boa ordem e deste modo prevenir, através de uma sábia regulamentação, eventuais danos ou acidentes. Nisto também se distingue do delito, pois se este se configura como uma lesão ou uma ofensa imediata, real ou virtual, a contravenção é essencialmente determinada por uma *finalidade preventiva*, caracterizando-se “pelo seu resultado *potencial* e não pelo seu resultado *efectivo*”⁴⁰⁸. Recorrendo à terminologia actual, *grosso modo*, o delito é visto por Garraud como uma infracção de dano ou de perigo concreto e a contravenção como uma infracção de perigo abstracto.

Esta orientação, que, nas palavras de Garraud, no fundo corresponde à clássica distinção entre *delitos naturels* e *delitos legais* e é por ele reputada como “evidentemente exacta”⁴⁰⁹, detém igualmente uma importante expressão em Itália, onde, do lado oposto ao da *Scuola Positiva*, se fazem ouvir vozes prestigiadas em favor de uma distinção qualitativa entre crimes e contravenções. A própria doutrina francesa⁴¹⁰ destaca como marcante a posição assumida pelo ministro italiano Pasquale Mancini no seu relatório ao projecto de Código Penal de 1877, o denominado Projecto Mancini, em defesa de uma distinção material entre as duas espécies de infracções: “Ou bem que estamos perante factos que, inspirados por uma intenção maléfica, agridem directamente

⁴⁰⁶ GARRAUD, ²*Traité*, VI, p. 419.

⁴⁰⁷ GARRAUD, ²*Traité*, VI, p. 417.

⁴⁰⁸ GARRAUD, ²*Traité*, VI, p. 421. No essencial desta direcção, ainda VIDAL, *Cours de Droit Criminel*, pp. 60 e s. e 74 e s.

⁴⁰⁹ GARRAUD, ²*Traité*, VI, p. 419, que todavia, dada a sua considerável imprecisão, manifesta reservas sobre a operatividade do critério no domínio legislativo. Em face disso e tendo em conta a circunstância de não serem poucos os delitos que a lei prevê e pune como contravenções, Garraud conclui que “no sistema francês as contravenções são infracções que as leis punem com uma pena de simples polícia e nada mais, não por razões científicas deduzidas da sua natureza intrínseca, mas a fim de conjugar proporcionadamente a pouca gravidade da pena à pouca gravidade da infracção” (p. 426).

⁴¹⁰ Cf. GARRAUD, ²*Traité*, VI, p. 417, nota 7, e VIDAL, *Cours de Droit Criminel*, p. 74 e s.

e ofendem o direito de outrem e que, por essa razão, o legislador proíbe e ameaça com uma pena; e estes são os *delitos verdadeiros e próprios*, constitutivos da primeira categoria de infracções. Ou bem que, pelo contrário, estamos perante factos que, apesar de em si mesmos serem inocentes ou indiferentes ou de terem sido cometidos sem um propósito malvado e sem causarem dano, o legislador, na sua prudência, julga oportuno proibir e punir para afastar perigos de danos individuais ou sociais, provendo à prosperidade e tranquilidade da sociedade humana, e para manter nos cidadãos a confiança na segurança; e estas são as *contravenções verdadeiras e próprias* ou *transgressões de polícia*⁴¹¹. Passagem esta que, afirma Emanuele Carnevale, tendo sido reproduzida à exaustão acabou por se tornar célebre, correspondendo, no início do século XX, à tese maioritária neste domínio⁴¹².

4. É neste movimento e essencialmente na mesma direcção que vimos defendida por Garraud em sintonia com a doutrina então dominante que, na viragem do século, se insere uma nova tomada de posição na doutrina portuguesa, pela pena de A. Henriques da Silva, justamente no âmbito dos debates promovidos pela *Union Internationale de Droit Pénale*⁴¹³. Nele é já patente uma mudança do referente essencial caracterizador das contravenções, que é deslocado do elemento subjectivo ou moral, a intenção

⁴¹¹ MANCINI, Pasquale, “Allegato 2. – Relazione e progetto del Libro Primo presentato alla Camera dei Deputati dal Ministro Mancini nella tornata del 25 novembre 1876”, in: *Allegati al Progetto del Codice Penale del Regno D'Italia*, Roma, Stamperia Reale, 1883, p. 344. O trecho transcrito em texto corresponde a uma síntese que Mancini faz da tese que sobre esta matéria era postulada pela Escola Toscana, por ele considerada como “uma escola totalmente racional e que pode, sem hesitações, qualificar-se como a verdadeira e antiga escola italiana”. Embora, em rigor, se deva então entender que a passagem é mais uma síntese de uma concepção alheia do que propriamente uma directa tomada de posição sobre a questão, pode afirmar-se com propriedade que era nesse pensamento que Mancini se revia, já que, segundo diz, essa concepção era a única que científica e racionalmente se adequava à verdade.

⁴¹² CARNEVALE, Emanuele, “Concetto della contravvenzione”, in: *Diritto Criminale*, vol. III, Roma, Foro Italiano, 1932 (estudo originalmente publicado na revista *Studi Senesi*, XXI, de 1904), p. 106. Para este A., *cit.*, p. 153 e ss., e ainda “La lesione dei beni giuridici nelle contravvenzioni”, *La Giustizia Penale*, 1906, col. 1385 e ss., a essência da contravenção não estaria bem na prevenção de perigos, mas antes na necessidade de preservar as condições ambientais favoráveis à protecção dos bens jurídicos. Haveria portanto que distinguir entre as lesões de direitos, correspondentes a ofensas directas de bens jurídicos (crimes) e os actos de diminuição e perturbação de importantes condições ambientais de integridade e de tranquilidade dos bens jurídicos ou de um seu desenvolvimento favorável (contravenções). Acrescenta Carnevale que, sob este ponto de vista, só é admissível associar-se a esta contraposição a dicotomia defesa imediata vs. defesa mediata de direitos se este segundo pólo for interpretado no sentido de que do que nele se trata é de uma protecção necessária para a conservação e prosperidade de um bem jurídico. Nesta exacta linha coloca-se depois MANZINI, Vincenzo, *Trattato di Diritto Penale Italiano*, I, Torino, UTET, 1933, p. 540 e ss.

⁴¹³ SILVA, A. Henriques da, *Contravention et Délit*, Coimbra, Typographie de l'Université, 1897, p. 5 e ss., cuja concepção é depois adoptada e seguida nos seus momentos essenciais por MATTA, José Caeiro da, *Direito Criminal Português*, vol. II, Coimbra, F. França Amado, 1911, pp. 147 e ss. e 161 e ss.

maligna, *para a função* que lhe é cometida, de *cariz preventivo*. Concepção que inclusivamente encontra respaldo no segmento do art. 3.º do CP, totalmente desconsiderado pelos comentadores de meados do séc. XIX, que liga a contravenção à violação ou falta de observância de *disposições preventivas* das leis e regulamentos.

Em contraponto com as intervenções da lei penal que assumem *natureza repressiva*, na medida em que nelas está em causa a lesão do direito, Henriques da Silva autonomiza os casos em que a sua actuação corre no sentido da *prevenção* dessa lesão. Nesta segunda vertente, o facto que é objecto de tutela penal “não apresenta em si mesmo nada de imoral, nem consubstancia a violação de qualquer direito”⁴¹⁴ e o que justifica o seu relevo penal é somente o risco que se lhe encontra associado de produção de um dano público ou individual, por vezes para o próprio agente. É este tipo de infracções de matriz preventiva que, segundo Henriques da Silva, devem ser qualificadas como contravenções⁴¹⁵. Assim, ao passo que “o delito é caracterizado pela infracção de uma disposição repressiva e é consequentemente um facto intrinsecamente imoral, que em si mesmo compreende a violação de um direito protegido pela lei penal; a contravenção, pelo contrário, correspondendo à transgressão de uma disposição preventiva, é um facto que em si mesmo não comporta qualquer imoralidade ou lesão e é censurado somente em virtude de poder gerar (...) um dano público ou privado”⁴¹⁶.

⁴¹⁴ SILVA, Henriques da, *Contravention et Délit*, p. 6. Assim, igualmente MATTA, Caeiro da, *Direito Criminal Português*, II, p. 151.

⁴¹⁵ Nestes termos, provavelmente através do próprio Henriques da Silva, um dos seus proprietários e redactores, já também a *RLJ*, 24.º ano, 1892, n.º 1176, p. 456, em resposta a uma consulta de um assinante acerca da relevância penal do encobrimento de um facto de detenção de substâncias venenosas previsto no art. 248.º do CP, a tarimbar como penalmente irrelevante, atenta a impunibilidade do encobrimento de contravenções (art. 25.º do CP), se aquela detenção fosse de qualificar como mera contravenção, como acabou por entender a *Revista de Legislação e Jurisprudência*: “*Á falta de outro critério [para distinguir delitos e contravenções], temos de recorrer ao artigo 3.º deste Código, e tudo se limita a averiguar se a disposição penal é preventiva ou repressiva. No primeiro caso a infracção é contravenção, no segundo é delicto. Mas que deve entender-se por disposição preventiva e por disposição repressiva? Considera-se preventiva a que pune um facto que, não sendo intrinsecamente immoral e offensivo de um direito, pode ser causa ocasional de lesão ou damno individual ou social. Do criterio e orientação de quem haja de aplicar a lei fica assim dependente a resolução deste ponto – se o facto é immoral em si e offensivo da justiça, ou se apenas é vedado em razão das consequencias que pode gerar*”.

⁴¹⁶ SILVA, Henriques da, *Contravention et Délit*, p. 6. Como exemplos deste tipo de infracções que se reportam a uma possibilidade de lesão ou dano futuro, como lesão ou dano potencial, SILVA, Henriques da, *Elementos de Sociologia Criminal e Direito Penal*, p. 243 e s., apresenta os seguintes casos: a proibição de divagação pelas ruas de animais nocivos (art. 52.º-6 do Código Administrativo de 1896), a proibição de colocação nas janelas, telhados ou varandas de objectos que ponham em risco a segurança dos cidadãos (art. 52.º-7 do Código Administrativo de 1896), a venda de substâncias venenosas ou abortivas sem legítima autorização (art. 268.º do CP) ou a associação de 20 pessoas sem prévia autorização do governo (art. 282.º do CP).

Esta exemplificação é reiterada por MATTA, Caeiro da, *Direito Criminal Português*, II, pp. 152, nota 1, e 163 e s., que acrescenta ainda as seguintes infracções: a apresentação, em lugar público, em manifesto estado de embriaguez (art. 185.º, § 3, do CP); o enterro de qualquer indivíduo com preterição

A contravenção acaba por ser vista por Henriques da Silva como uma *infracção de perigo abstracto*, pois os factos que a integram são proibidos e punidos não em função do dano ou das consequências que possam importar para o Estado ou para os cidadãos, mas antes apenas do *perigo* de dano individual ou social. Um perigo que será sempre de afirmar, mesmo que em certos casos particulares o dano acabe por não ter lugar, sendo “sobre esta presunção legal de perigo que se baseia a incriminação”⁴¹⁷. Uma presunção que é, aliás, indestrutível, *juris et de jure*⁴¹⁸.

A pena prevista para a contravenção surge assim, a par da pena do delito negligente, como um meio de defesa contra a negligência. A pena deste último apresenta-se como uma reacção contra a imprudência provada pelos seus efeitos, enquanto aquela é resposta a uma imprudência legalmente presumida. Ou seja, a contravenção é um facto de negligência sem consequências ou apenas com efeitos que não interessam directamente à lei penal. Constitui, pois, no que aos direitos directamente protegidos pela lei penal diz respeito, uma lesão em perspectiva, uma lesão potencial⁴¹⁹.

5. É fundamentalmente no sentido da distinção assim proposta por Henriques da Silva que doravante a doutrina e a jurisprudência⁴²⁰ portuguesas passam a equacionar o problema da contraposição entre crimes e contravenções, sendo notória a sua influência sobre o pensamento de Caeiro da Matta, Beleza dos Santos ou Eduardo Correia. Sem prejuízo das *nuances* patentes nas respectivas concepções, há um largo denominador

das disposições legais e regulamentares sobre inumações (art. 246.º do CP); a fabricação, importação, venda, etc., de armas proibidas (art. 253.º do CP); e a caça e a pesca nos períodos e pelos modos proibidos (arts. 254.º e 255.º do CP).

⁴¹⁷ SILVA, Henriques da, *Contravention et Délit*, p. 7.

⁴¹⁸ SILVA, Henriques da, *Elementos de Sociologia Criminal e Direito Penal*, p. 245; e de novo, usando as mesmas palavras, MATTA, Caeiro da, *Direito Criminal Português*, II, p. 153.

⁴¹⁹ SILVA, Henriques da, *Contravention et Délit*, p. 8. Novamente neste sentido, do mesmo passo que se manifesta a favor de uma construção tripartida das infracções penais, SILVA, Henriques da, *Elementos de Sociologia Criminal e Direito Penal*, p. 239: “(...) entre os ataques á legalidade, uma distincção ainda é aconselhada pela natureza das coisas. Há factos contrários á legalidade que em si mesmos são indifferentes, sob o ponto de vista da ordem social e dos direitos particulares, mas que são prohibidos pelo perigo que encerram, até ás vezes para o proprio agente. Segundo a tradição, pôde reservar-se para este ordem de factos o termo *contravenções*”. Nestes mesmo termos, uma vez mais MATTA, Caeiro da, *Direito Criminal Português*, II, pp. 152 e 162.

⁴²⁰ Cf., v. g., o Ac. do STJ de 26-11-1929, *Colecção Oficial dos Acórdãos Doutriniais do Supremo Tribunal de Justiça*, 28.º ano, 1929, p. 323 e s., que qualificou como contravenção o exercício sem licença prévia da indústria de passagens e passaportes, em infracção ao art. 42.º do Decreto n.º 5624, de 10-05-1919. Para o STJ, decisiva seria a natureza preventiva ou represiva da norma incriminadora, tendo-se inclinado para aquela conclusão porque “não sendo o facto, praticado pelo recorrido, nem imoral, nem ofensivo *directa e imediatamente* de qualquer direito, requisito intrínseco do crime, segue-se que nos encontramos em presença duma contravenção”.

comum nas posições por cada um assumidas acerca desta questão, *a caracterização da contravenção como uma infracção de natureza vincadamente preventiva*⁴²¹.

Se, como vimos em nota, Caeiro da Matta aderiu em toda a linha à caracterização da contravenção desenvolvida por Henriques da Silva, já Beleza dos Santos, continuando embora a perfilhar a ideia de que a contravenção está direccionada à prossecução de uma função preventiva, considerava imperioso “distinguir cuidadosamente os *crimes de simples perigo* das contravenções”⁴²², fazendo passar essa distinção pelo tipo de interesses que a incriminação visasse tutelar. Entendia Beleza dos Santos que a “diferença profunda” que separa um e outro tipo de infracções residiria na possibilidade de identificar de forma inequívoca o bem jurídico protegido, no sentido de que “o crime de perigo implica a ameaça de um dano a um interesse determinado”, enquanto que a “contravenção é apenas a ameaça de lesão de interesses indeterminados, quer dizer, uma ameaça de lesão que se não dirige a um certo interesse”⁴²³.

A primeira vertente da posição de Beleza dos Santos é depois acompanhada por Eduardo Correia, que, na sua reflexão sobre essa distinção à luz do critério legal do art. 3.º do CP, entende também que as contravenções abrangem aqueles factos que “constituem um perigo longínquo, remoto, não directo e imediato, embora concreto ou presumido, de lesão de interesses. E não de *certos* interesses. Mas de um grupo de interesses *indeterminados*”⁴²⁴. Neste seguimento, Eduardo Correia considera ainda que a distinção a que a lei se refere se baseia na actividade administrativa do Estado, não

⁴²¹ Também CAETANO, Marcello, *Lições de Direito Penal*, Lisboa, 1939, p. 188 e ss., apela à contraposição entre normas repressivas e normas preventivas para fundar a contraposição entre crimes e contravenções. Mas aproxima-se mais da tese de Carnevale e de Manzini (cf. supra, nota 412), de quem expressamente se afirma seguidor, do que da de Henriques da Silva: “A doutrina que perfilhamos nesta matéria é, fundamentalmente, a do insigne criminalista italiano Carnevale que distinguia a protecção penal concedida aos interesses sociais ou bens jurídicos em si, da que é concedida às condições favoráveis ou de ambiente indispensáveis à existência e desenvolvimento normal desses interesses. No primeiro caso, a protecção é defesa dos interesses, no segundo caso mera polícia do direito. A infracção das normas que desempenham a função de defesa origina o *delito*, a das normas de polícia faz nascer a *contravenção*”. Como se referiu, esta era também, no essencial, a posição de MANZINI, *Trattato*, I, p. 541, que todavia rejeitava o conceito de *polícia do direito* (*polizia del diritto*) proposto por Carnevale e depois seguido por Marcello Caetano por considerá-lo “demasiado equívoco e fictício”.

⁴²² SANTOS, José Beleza, “Crimes de moeda falsa”, *RLJ*, 66.º ano, 1933, n.º 2485, p. 34, e *Direito Criminal*, Coimbra, Coimbra Editora, 1936, p. 255 e ss. Naquele primeiro estudo, Beleza dos Santos é de algum modo motivado pela preocupação de evitar que determinadas infracções de falsificação de moeda pudessem qualificar-se como contravenções, caso em que, em virtude das especificidades do regime legal contravençional, ficaria indesejavelmente comprometida a punibilidade penal da frustração ou da tentativa de fabrico de moeda falsa.

⁴²³ SANTOS, Beleza dos, “Crimes de moeda falsa”, p. 34. À posição deste A. adere FAVEIRO, Vítor, *Código Penal Português Anotado e Actualizado*, Coimbra, Coimbra Editora, 1946, p. 11 e s.

⁴²⁴ CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal*, I, p. 218, que apresenta a embriaguez em lugar público e a condução em excesso de velocidade como exemplos de contravenções, devido à pluralidade indeterminada de interesses que esses factos podem colocar em perigo.

abrangendo, porém, “a chamada actividade administrativa social, o sub-interesse propulsor da administração”⁴²⁵.

Para a estabilização da concepção iniciada por Henriques da Silva contribuiu de forma decisiva a própria definição legal de contravenção constante do art. 3.º do CP, mas ainda também seguramente o predomínio desta perspectiva nas doutrinas francesa e italiana, aquelas que, nas primeiras décadas do séc. XX, concitavam ainda⁴²⁶ a atenção da doutrina portuguesa neste domínio⁴²⁷. Tanto assim que só a partir da década de 1940 começa a discutir-se entre nós a doutrina alemã do direito penal administrativo lançada por James Goldschmidt logo no início do século⁴²⁸.

Pode assim afirmar-se, com Faria Costa, que com Henriques da Silva se fecha um ciclo, dado que “os posteriores cultores do direito penal ou abordaram esta problemática segundo os parâmetros fundamentais em que se movia aquela autor ou as suas preocupações levaram-os a outras regiões, não menos importantes, mas que pouco tinham a ver com a nossa controversa questão”⁴²⁹. Um ciclo que se fecha, é certo, mas que, de todo o modo, perdura no direito português durante as muitas décadas que se seguem, até à cessação de vigência do CP de 1886⁴³⁰, conferindo sentido ao modelo legal de bipartição entre crimes e contravenções que, a partir da década de 1960, Eduardo Correia se propõe reformar através da introdução no sistema legal português do direito das contra-ordenações, em substituição das contravenções.

Nessas décadas faz-se sentir também entre nós uma inexorável tendência para responder a um sem-número de novas e prementes necessidades na esfera económica através do recurso ao arsenal sancionatório do direito penal, lançando-se mão da figura da contravenção a propósito de tudo e de nada. A *hipertrofia penal* que assim foi ganhando corpo, constituindo o motivo fundamental para que mais tarde se viesse a

⁴²⁵ CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal*, I, p. 219.

⁴²⁶ Como refere DIAS, Jorge de Figueiredo, “O Código Penal português de 1982 e a sua reforma”, *RPCC*, 2/1993, p. 163 e s., (só) a partir dos anos de 1930, há uma clara e radical mudança no referente doutrinário para o qual a dogmática penal portuguesa se vira, passando a doutrina germânica a ser, em substituição da francesa, o “referente obrigatório – e praticamente exclusivo! – das lições universitárias e da construção científica portuguesa do direito penal”.

⁴²⁷ Cf., v. g., MATTA, Caeiro da, *Direito Criminal Português*, II, pp. 147 e ss. e 161 e ss., e OSÓRIO, Luís, *Notas ao Código Penal Português*, 2.ª ed., vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 1923, p. 37 e ss.

⁴²⁸ Cf. FERREIRA, Cavaleiro de, *Lições de Direito Penal*, 1940/41, p. 157 e ss., SANTOS, José Beleza dos, “Ilícito penal administrativo e ilícito criminal”, *ROA*, 1945, n.ºs 1 e 2, p. 39 e ss., e CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal*, Coimbra, Atlântida, 1949, p. 25 e ss.

⁴²⁹ COSTA, Faria, “A importância da recorrência no pensamento jurídico”, p. 42 e s.

⁴³⁰ Cf. o Assento do STJ de 27-01-1971, *BMJ*, n.º 203, p. 101 e ss., que concluiu pela natureza contravencional de uma infracção ao Regulamento de Caça, e GONÇALVES, Manuel Maia, *Código Penal Português*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 1972, art. 3.º, p. 10 e ss.

enveredar pela via contra-ordenacional, ganhou um impulso decisivo com a I Guerra Mundial, “que verdadeiramente marca o início da história moderna do direito penal secundário português (...). A partir daqui se assiste à intervenção concertada da Administração em domínios – agora postos sob tutela penal – como os dos preços, da protecção do ambiente e da defesa da força animal”⁴³¹. Depois, com o Estado Novo assiste-se a um “profundo intervencionismo económico, social e cultural, razão de uma legislação penal extravagante, numerosa, complexa e contraditória”⁴³², para o que contribuiu ainda o eclodir da II Guerra Mundial e mais tarde das guerras coloniais, motivando a introdução de legislação penal em matérias “de controlo do abastecimento e dos preços, de disciplina do comércio externo, de luta contra manobras especulativas, de fiscalização do mercado de capitais”⁴³³, pontificando o Decreto-Lei n.º 41024, de 24-07-1957, que representou um dos primeiros esforços a nível europeu – não socialista, bem entendido – de codificação das infracções contra a saúde pública e a economia nacional⁴³⁴. Tudo o que conduziu a uma “situação quase caótica”⁴³⁵ do direito penal secundário português.

§ 9. O ACOLHIMENTO DA TEORIA ALEMÃ DO DIREITO PENAL ADMINISTRATIVO PELA DOCTRINA PORTUGUESA

A filiação de Beleza dos Santos e de Eduardo Correia no quadro de matriz preventiva caracterizador da contravenção, iniciado entre nós por Henriques da Silva, na esteira das dogmáticas francesa e italiana, não impediu, no entanto, que abrissem a discussão portuguesa à influência germânica, nomeadamente, à doutrina do direito penal

⁴³¹ DIAS, Figueiredo, “Para uma dogmática do direito penal secundário”, n.º 3714, p. 267, com indicação de de legislação vária do período compreendido entre 1914 e 1925, que é noutra lugar recenseada mais de espaço por DIAS, Jorge de Figueiredo, “Sobre o crime económico de açambarcamento por recusa de venda”, *RDE*, 2, 1976, p. 159 e ss.

⁴³² DIAS, Figueiredo, “Para uma dogmática do direito penal secundário”, n.º 3715, p. 298.

⁴³³ DIAS, Figueiredo, “Para uma dogmática do direito penal secundário”, n.º 3715, p. 298.

⁴³⁴ Sobre a génese deste diploma, CHAVES, Eduardo Arala, *Delitos Contra a Saúde Pública e Contra a Economia Nacional*, Coimbra, Coimbra, Editora, 1961, p. 5 e ss.

⁴³⁵ DIAS, Figueiredo, “Para uma dogmática do direito penal secundário”, n.º 3715, p. 299.

administrativo de Goldschmidt e de Wolf, até aí só veladamente afluída por Cavaleiro de Ferreira⁴³⁶.

§ 9.1 A rejeição inicial de Beleza dos Santos e de Eduardo Correia

1. O mote para um aberto debate sobre a teoria alemã do direito penal administrativo na dogmática portuguesa foi dado por Beleza dos Santos, em 1945, no seu estudo "Ilícito penal administrativo e ilícito criminal". Não é clara a razão pela qual Beleza dos Santos introduz o pensamento do direito penal administrativo logo nesta altura, em que na Alemanha, ainda em plena guerra, mas já no crepúsculo do domínio nazi, há muito que ele havia caído no esquecimento e nestas águas pontificava toda uma outra concepção, a do direito penal de ordem. Não deixa de ser verdade que as reflexões de Beleza dos Santos distam praticamente apenas um par de anos dos primeiros estudos de Eberhard Schmidt que estiveram na génese do direito contra-ordenacional⁴³⁷, só que, apesar dessa curtíssima distância temporal, a época em que este autor alemão fez renascer⁴³⁸ a teoria do direito penal administrativo já nada tinha a ver com aquela em que Beleza dos Santos chamou a questão para o debate penal português.

A atenção de Beleza dos Santos dirigiu-se sobretudo no sentido da compreensão e análise crítica dos fundamentos do ilícito penal administrativo na tese de Goldschmidt⁴³⁹, enfatizando a contraposição por este estabelecida entre os conceitos de poder-querer e de bem-estar⁴⁴⁰, o relevo do bem jurídico para a distinção entre o direito penal de justiça e o direito penal administrativo⁴⁴¹ e as diferenças que intercedem entre as penas criminais e as penas a aplicar como sanções do ilícito administrativo⁴⁴².

⁴³⁶ Cf. FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, *Lições de Direito Penal*, FDUL, 1940/41, p. 157 e ss., onde, apesar de não aparecer qualquer referência aos nomes de Goldschmidt ou de Wolf, é notória a influência do seu pensamento sobre o conteúdo de Cavaleiro de Ferreira (vd. ainda, infra, § 12.).

⁴³⁷ Cf. SCHMIDT, Eberhard, "Probleme des Wirtschaftsstrafrechts" e "Rechtsnot im Wirtschaftsstrafrecht und ihre Überwindung", ambos de 1948.

⁴³⁸ Para usar de novo a expressão de MATTES, *Untersuchungen*, I, p. 174.

⁴³⁹ SANTOS, Beleza dos, "Ilícito penal administrativo e ilícito criminal", p. 39 e s., destaca a relevância de Erik Wolf, mas concede bem mais espaço à descrição das teses de James Goldschmidt.

⁴⁴⁰ Cf. supra, § 2.

⁴⁴¹ Cf. SANTOS, Beleza dos, "Ilícito penal administrativo e ilícito criminal", p. 40 e s., que sintetiza assim uma das teses centrais de Goldschmidt: "Os cidadãos são chamados a colaborar com a administração nessa actividade a favor do bem estar e melhoramento comum; a falta dessa colaboração é um ilícito", que porém não representa "uma ofensa dos interesses dos outros cidadãos, que o direito protege com a ameaça e execução penal; não é uma invasão do *poder de querer* de outrem, da esfera jurídica alheia, não é uma lesão ou perigo de lesão ilícita de bens jurídicos; é apenas uma falta para com a administração, o não cumprimento de um dever para esta, quando actua no sentido do *bem estar geral*".

⁴⁴² SANTOS, Beleza dos, "Ilícito penal administrativo e ilícito criminal", p. 42 e s.

Na reflexão crítica a que submete a teoria do direito penal administrativo após expor os seus traços essenciais, Beleza dos Santos declara legítimo “o seu ponto de partida, isto é, a diferenciação das formas da actividade do Estado”⁴⁴³, mas acaba por dela divergir em toda a linha. A sua discordância decorre, no essencial, do seu entendimento de que a circunstância de o direito penal estar ao serviço da protecção de interesses de natureza administrativa não é por si só suficiente para justificar a criação de um outro direito penal, no caso o direito penal administrativo, completamente demarcado do direito penal clássico e de que, além disso, é por de mais questionável a diferenciação que se pretende inculcar entre as penas criminais e as penas do ilícito administrativo⁴⁴⁴.

O modo como Beleza dos Santos observa a configuração que é atribuída ao ilícito administrativo e à sua relação com o direito penal condu-lo a concluir que não há motivo para levar a autonomia que àquele é atribuída tão longe quanto deseja a teoria do direito penal administrativo, ao ponto de uma separação radical entre os ilícitos penal e administrativo, formando domínios inteiramente distintos do ordenamento jurídico e determinando sanções com fins, estruturas e pressupostos diferentes. Contra uma tal pretensão depõe, desde logo, a analogia da situação do ilícito administrativo para com o ilícito penal que pode identificar-se em relação a outro tipo de ilícitos, como o civil, o comercial, o político ou o fiscal. O direito penal é com frequência chamado à tutela de interesses desta ordem e nem por isso deve considerar-se haver razão para que em relação a cada um daqueles tipos de ilícito se propugne a edificação de um específico direito penal.

Se a especificidade do ilícito administrativo não constitui motivo para a criação de um direito penal à parte, também não exige um regime jurídico-penal com penas substancialmente diferentes das outras e pressupostos também específicos. É que “as penas a aplicar pela falta de colaboração que os cidadãos prestem à acção administrativa para o bem estar e progresso geral têm e devem ter os mesmos fins das outras sanções penais: *reprovar* o facto ilícito, *prevenir* a sua prática pelos outros cidadãos e *evitar* a repetição desse e de outros pelo agente que os cometeu”⁴⁴⁵. A diferença dessas sanções em relação às do direito penal de justiça será, pois, quando muito de intensidade, coisa

⁴⁴³ SANTOS, Beleza dos, “Ilícito penal administrativo e ilícito criminal”, p. 44.

⁴⁴⁴ SANTOS, Beleza dos, “Ilícito penal administrativo e ilícito criminal”, p. 44 e ss.

⁴⁴⁵ SANTOS, Beleza dos, “Ilícito penal administrativo e ilícito criminal”, p. 45.

que aliás também não é estranha aos autênticos ilícitos criminais, em relação aos quais é patente a aplicabilidade de penas de muito diversa gravidade.

Por último, Beleza dos Santos manifesta reservas tanto quanto à ideia de que o ilícito administrativo é por definição eticamente indiferente, como quanto ao juízo de que nele se integram as infracções fiscais e de polícia⁴⁴⁶. É de parecer que nem sempre a falta de colaboração do particular para com a administração que, de acordo com a construção de Goldschmidt, caracteriza o ilícito penal administrativo pode qualificar-se como eticamente irrelevante ou, em todo o caso, menos relevante do que aquela que é própria do ilícito criminal. Considera também, por outro lado, que dificilmente pode identificar-se e sobrepor-se o ilícito penal administrativo aos ilícitos penais contravencionais que se pretendem ver em larga parte absorvidos pelo domínio do direito penal administrativo, já que nestes é frequentemente possível divisar verdadeiras ofensas, de dano ou de perigo, em relação a bens jurídicos, mesmo que de pequena gravidade. Por isso que devendo, é certo, distinguir-se as infracções em função dos valores ofendidos e do respectivo grau de ofensa, tal distinção não deve passar pelo carácter não administrativo ou administrativo do ilícito⁴⁴⁷.

Para Beleza dos Santos, e em conclusão, “não há, portanto, fundamento bastante para dar autonomia ao *ilícito administrativo penal*, nos termos expostos. Excluí-lo do âmbito da lei criminal comum, integrá-lo nas regras do direito administrativo penal, discipliná-lo por normas que são anomalias, como a responsabilidade de colectividades, ou por culpa alheia ou sem culpa alguma, equiparar a respectiva obrigação penal pura e simplesmente a uma obrigação civil, levaria a generalizar excepções que raras vezes e para raros casos se justificam, com grave ofensa de princípios de *justiça* e de *utilidade social*, como aqueles que prescrevem: a *individualização da responsabilidade*, a *personalidade da pena*, o *condicionamento desta pela culpa*, etc.”⁴⁴⁸.

2. É a esta mesma conclusão que chega Eduardo Correia quando, numa *primeira fase*, se debruça sobre os méritos da teoria do direito penal administrativo⁴⁴⁹.

⁴⁴⁶ SANTOS, Beleza dos, “Ilícito penal administrativo e ilícito criminal”, pp. 46 e 48.

⁴⁴⁷ SANTOS, Beleza dos, “Ilícito penal administrativo e ilícito criminal”, p. 46, nota 2.

⁴⁴⁸ SANTOS, Beleza dos, “Ilícito penal administrativo e ilícito criminal”, p. 48 e s. Para uma aplicação desta conclusão ao problema da autoria no âmbito das contravenções rodoviárias, cf. ARAÚJO, Laurentino da Silva, *A Responsabilidade dos Proprietários de Veículos pelas Multas no Código da Estrada*, Coimbra, Coimbra Editora, 1961, p. 9 e ss.

⁴⁴⁹ CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal*, 1949, p. 25 e ss. (esp. p. 31).

Tal como Beleza dos Santos, Eduardo Correia reconhece a “diversidade dos fins que o Estado se propõe ou se pode propor realizar”, qualificando-a mesmo como aguda e profunda, e aceita ainda que essa diversidade de fins implica inevitavelmente uma modificação dos meios que servem a sua prossecução e assim, concomitantemente, dos delitos que lhes estão associados⁴⁵⁰. Não obstante, duvida da possibilidade de, sob um ponto de vista prático, diferenciar esses distintos fins do Estado, designadamente, através de um critério ético. Se, não raro, o Estado vai para além do simples reconhecimento de fins éticos e assume como função a sua promoção, Eduardo Correia questiona se neste caso se está em face de um ilícito administrativo ou de justiça. Dificuldade que se acentua à vista da frequente mutação do modo como os interesses são socialmente percebidos, pois “é igualmente certo que interesses que hoje dinâmica e intencionalmente se promovem, amanhã fazem parte do património adquirido da sociedade”⁴⁵¹.

A referida diversidade de finalidades estaduais pode motivar um afeiçoamento da estrutura dos conceitos que os servem, mas, remata Eduardo Correia, “para isso se conseguir não será necessário construir todo um *grupo aberrante de delitos* com as suas regras próprias”⁴⁵², sendo, destarte, de repudiar o paradigma do direito penal administrativo.

⁴⁵⁰ CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal*, 1949, p. 30.

⁴⁵¹ CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal*, 1949, p. 30.

⁴⁵² CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal*, 1949, p. 30 (it. nosso). Pouco tempo depois, agora num contexto distinto, o processual penal, CORREIA, Eduardo, *Processo Criminal*, Coimbra, 1954, p. 115 e ss., retoma a questão e trata-a no mesmo sentido, acabando por concluir pela existência de uma diferença material entre os conceitos de *contravenção* e *transgressão*,

A questão levantava-se em função do disposto no art. 66.º do CPP de 1929, que mandava julgar em processo de transgressões “as *contravenções*, qualquer que seja a disposição legal em que estejam previstas, e as *transgressões* de regulamentos, editais, posturas ou quaisquer disposições que, atendendo à entidade que as formula, devam qualificar-se de regulamentares” – a fonte mais próxima deste preceito foi a Lei n.º 300 de 03-02-1915, “que regulou o processo de contravenções e transgressões aplicável a todas as contravenções, tanto àquelas que anteriormente eram julgadas pelo processo de polícia correcional, como às que eram julgadas pelo processo de coimas” (OSÓRIO, Luís, *Comentário ao Código do Processo Penal Português*, vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 1932, art. 66.º, II, p. 26).

Ao contrário de OSÓRIO, Luís, *ult. ob. cit.*, p. 28, que entendia as expressões “contravenções” e “transgressões” como sinónimas, CORREIA, Eduardo, *Processo Criminal*, p. 115 e ss., qualificava-as como substancialmente distintas, justamente pelo facto de, na sua óptica, não haver uma total sobreposição entre o ilícito contravençional, pertencente à esfera criminal, e o ilícito penal administrativo, designadamente, quanto a fins propulsores ou salutistas, que seriam perseguidos, isso sim, pelas transgressões. “Numa palavra – concluía CORREIA, Eduardo, *Processo Criminal*, p. 118 e s. –, a expressão transgressões pretende envolver todas aquelas infracções de interesses administrativos ou policiais que não estariam abrangidas no conceito legal de contravenção”.

Como veremos, era outra, de sentido diametralmente oposto, a posição de FERREIRA, Cavaleiro de, *Lições de Direito Penal*, 1940/41, p. 157 e ss., que, fazendo convergir o conceito de contravenção constante do art. 3.º do CP de 1886 com finalidades de conservação e de prossecução de interesses administrativos, inclusivamente de pendor promocional, não via por isso motivo para entender como

§ 9.2 A adesão de Eduardo Correia no quadro do projecto de reforma global do direito penal português

1. Alguns anos mais tarde, no início da década de 1960, o pensamento de Eduardo Correia sobre esta matéria modifica-se profundamente, passando a rever-se na teoria do direito penal administrativo e preconizando a adopção no direito português de um modelo legal semelhante ao do sistema alemão das *Ordnungswidrigkeiten*.

Este *tournant* dá-se numa altura em que na Alemanha esse sistema caminhava a passos largos para uma consolidação plena e colhia o aplauso de praticamente toda a doutrina, que não questionava o *se* da sua consagração legal e centrava antes a discussão sobretudo nos critérios caracterizadores da contra-ordenação e da coima e no específico modo da sua regulação na lei. O contexto em que surge esta nova posição de Eduardo Correia é extraordinariamente relevante para toda a evolução subsequente do nosso direito penal e está, sem margem para dúvidas, ligado à positivação do direito das contra-ordenações no sistema legal português no final da década seguinte. Referimo-nos, naturalmente, aos trabalhos de preparação do Projecto de um novo Código Penal⁴⁵³, missão que o Governo de então confiou a Eduardo Correia⁴⁵⁴.

Apresentando-se o direito das contra-ordenações como um novo elemento fundamental da ampla reforma legislativa penal que se encontrava em curso na Alemanha e conhecida a influência alemã, *maxime* do movimento normativista, sobre as concepções filosóficas e penais de Eduardo Correia, não será pois de estranhar que, apesar das reservas que anteriormente manifestara em relação à doutrina do direito penal administrativo, tivesse acolhido a solução contra-ordenacional alemã como

distintos os conceitos de contravenção e de transgressão. Em suma, considerava FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, *Curso de Processo Penal*, III, Lisboa, 1958, p. 93, tanto uma como outra “cabem na noção geral de contravenções constante do art.º 3.º do Código Penal”.

⁴⁵³ Acompanhando a Comissão Constitucional, “pode dizer-se que [o Decreto-Lei n.º 232/79] se integra num movimento de reforma geral da legislação penal portuguesa, o qual se iniciou há duas décadas, tendo estado na origem de um Projecto de Código Penal (1963-1966), da autoria do Prof. Eduardo Correia, Ministro da Justiça que, cerca de quinze anos mais tarde, assinou, aliás, o Decreto-Lei n.º 232/79” (Parecer n.º 4/81, *in: Pareceres da Comissão Constitucional*, 14.º vol., Lisboa, INCM, 1983, p. 224).

⁴⁵⁴ A decisão legislativa de “promover a elaboração de um projecto de reforma do Código Penal” foi tomada através do Decreto-Lei n.º 43488, de 28 de Janeiro de 1961. Depois, de acordo com DIAS, Jorge de Figueiredo, “A reforma do direito penal português. Princípios e orientações fundamentais”, *BFDUC*, separata do vol. XLVIII, 1972, p. 11 e s., “em 1963 apresentou Eduardo Correia o Projecto da parte geral, sobre o qual se debruçou, em 1964-5, uma Comissão revisora que o deixou substancialmente intocado; em 1966 foi convertido em Projecto ministerial, já com alterações de certo relevo mas que não afectaram a sua estrutura fundamental e os seus propósitos básicos de política criminal. Ainda em 1966 apresentou Eduardo Correia o Projecto de parte especial, revisto, antes de publicado, por uma Comissão que trabalhou sob a sua directa orientação”.

instrumento imprescindível para levar a cabo a depuração descriminalizadora de que o direito penal português carecia⁴⁵⁵, de modo a reservar a sua intervenção apenas para os casos de violação “daqueles valores éticos fundamentais que ao direito penal cumpre afirmar pela inflicção de penas”⁴⁵⁶.

A perspectiva de Eduardo Correia é dada por ele a conhecer, em jeito inevitavelmente breve, na sua exposição que precede e justifica o Projecto de Parte Geral de um novo Código Penal⁴⁵⁷ e ainda, agora mais de espaço, nas suas novas lições de Direito Criminal⁴⁵⁸, ambos dadas à estampa em 1963.

Estamos em crer que foram as reflexões e as opções inerentes à elaboração daquele Projecto que terão decisivamente encaminhado Eduardo Correia para o domínio do direito penal administrativo. O Projecto encerra, além do mais, uma súmula dos princípios e ideias fundamentais de índole jusfilosófica e penal de Eduardo Correia que fundamentaram o cerne da sua proposta para um novo corpo normativo penal⁴⁵⁹ e que faz sentido aqui dar nota, visto o seu considerável reflexo sobre a posição depois assumida acerca da contraposição entre o ilícito penal e o ilícito administrativo.

2. Uma premissa fundamental que anima Eduardo Correia é a *ideia de culpa* fundada no “pensamento de que «ser homem tem o sentido de ser responsável»”⁴⁶⁰. E é sobre o plano da culpa ética que Eduardo Correia julga possível edificar o direito penal, considerando que “a pena, como consequência da culpa ética, não pode entender-se num sentido puramente externo de vingança, de retribuição do mal com o mal, mas alcança, justamente num verdadeiro plano ético, um sentido de expiação”⁴⁶¹. Um pena que

⁴⁵⁵ Também para DIAS, Jorge de Figueiredo, “O movimento da descriminalização e o ilícito de mera ordenação social”, in: *Jornadas de Direito Criminal. O Novo Código Penal Português e Legislação Complementar, Fase I*, Lisboa, Centro de Estudos Judiciários, 1983, p. 320 e s., é indubitável que foi o alemão “o modelo tido ante os olhos do Prof. Eduardo Correia quando procedeu à elaboração dos *Projectos* de reforma do nosso direito penal”. Ainda nestes termos, ANDRADE, Costa, “Contributo para o conceito de contra-ordenação”, p. 85, e MOUTINHO, Lobo, *Direito das Contra-Ordenações*, p. 22.

⁴⁵⁶ CORREIA, Eduardo, “Código Penal. Projecto da Parte Geral”, p. 78, que afirma ainda a sua concordância em relação à opção legislativa alemã, vazada no Projecto de Código Penal de 1958, de erradicar as contravenções do âmbito penal. Opção que, como se constatou supra, está intimamente ligada à introdução e expansão do direito contra-ordenacional no sistema legal alemão.

⁴⁵⁷ Cf. CORREIA, Eduardo, “Código Penal. Projecto da Parte Geral”, p. 78 e s.

⁴⁵⁸ Cf. CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal*, I, p. 20 e ss. (“o ilícito criminal e o ilícito administrativo”).

⁴⁵⁹ CORREIA, Eduardo, “A influência de Franz v. Liszt sobre a reforma penal portuguesa”, *BFDUC*, vol. XLVI, 1970, p. 24 e ss.

⁴⁶⁰ CORREIA, Eduardo, “Código Penal. Projecto da Parte Geral”, p. 18, citando Frankl, *Zeit und Verantwortung*.

⁴⁶¹ CORREIA, Eduardo, “Código Penal. Projecto da Parte Geral”, p. 30.

exprime, pois, um *ethos*⁴⁶², radicado na liberdade. Na “liberdade de cada um para se autodeterminar de acordo com os valores, com os deveres”, e que, assim penetrada de um conteúdo de reprovação ética, “constitui pressuposto da culpa, e, portanto, da retribuição, da expiação e da pena”⁴⁶³. A natureza da pena como um mal exaure-se, desta forma, na manifestação exterior de reprovação pelo crime e é esse *pathos* que justifica que sejam sentidas como penas consequências penais distintas da prisão ou de formas de privação da liberdade de tipo não detentivo. Com efeito, “basta pensar no caso das penas pecuniárias ou de simples censura que, sem tocarem directamente na liberdade pessoal, não deixam de conter um mal que exterioriza uma reprovação ético-jurídica e que, por isso mesmo, se consideram como punição”⁴⁶⁴.

A mundividência de Eduardo Correia vai claramente ao encontro do pensamento que começou por enformar o direito contra-ordenacional, em especial, da concepção de Eberhard Schmidt quanto à natureza, à função e às finalidades do crime e da pena, que, como referimos, tanta influência teve sobre a demarcação por ele vincada em relação à contra-ordenação e à coima⁴⁶⁵. Resulta, por isso, natural que Eduardo Correia se tenha virado para o programa contra-ordenacional alemão quando se confrontou com a questão sobre a subsistência da categoria das contravenções. Foi, na verdade, no plano ético que Eduardo Correia logo começou por sustentar a necessidade de atribuição de autonomia categorial e sistemática ao chamado ilícito administrativo. Um ilícito que, nas suas próprias palavras, “não envolve a violação daquele mínimo ético, daqueles valores éticos fundamentais que ao direito penal cumpre afirmar pela inflicção de penas, mas a infracção de normas que servem certos fins técnicos ou de ordenação da sociedade, no domínio da economia, da saúde, da instrução, do tráfego, etc., ou de carácter puramente policial e cuja inobservância significa tão-só desobediência, falta de atenção, intempestividade relativamente ao cumprimento de normas da administração e que, menos que a ideia ética de expiação, de culpa, e, portanto, de pena, exige a aplicação de medidas de outra espécie: coimas, multas não penais, etc.”⁴⁶⁶.

⁴⁶² CORREIA, Eduardo, “Código Penal. Projecto da Parte Geral”, p. 26.

⁴⁶³ CORREIA, Eduardo, “Código Penal. Projecto da Parte Geral”, p. 20.

⁴⁶⁴ CORREIA, Eduardo, “Código Penal. Projecto da Parte Geral”, p. 57.

⁴⁶⁵ Cf., de novo, SCHMIDT, Eberhard, *Das Neue Westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht*, pp. 45 e ss. e 51, e “Probleme des Wirtschaftsstrafrechts”, col. 234 e s., pronunciando-se no sentido da natureza ética da culpa e da finalidade expiatória da pena, caracterizada por um *pathos* moral dirigido à personalidade ética do agente (supra, § 4.).

⁴⁶⁶ CORREIA, Eduardo, “Código Penal. Projecto da Parte Geral”, p. 78.

A *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten* alemã de 1952 é então invocada por Eduardo Correia como exemplo paradigmático da tendência legislativa generalizada para arrumar aquele ilícito administrativo num domínio próprio do direito, o das violações das normas de ordenação social. Um ilícito que “polariza ou atrai, por sua vez, as chamadas contravenções, caracterizadas pela falta de um conteúdo ético e que correspondem justamente a uma actividade ordenadora-preventiva da administração”⁴⁶⁷. Nessa medida, porque considera que as contravenções têm uma natureza própria, correspondente à do ilícito administrativo, declara concordar com o sentido para que aponta a reforma legislativa alemã então em curso, de total eliminação das contravenções, e orienta o seu Projecto nessa mesma direcção, dele já não fazendo constar qualquer referência às contravenções.

Isso mesmo é reiterado por Eduardo Correia na discussão do seu Projecto no âmbito da Comissão Revisora do Código Penal. Depois de reconhecer a procedência da objecção lançada por Maia Gonçalves em relação à insuficiência do critério do mínimo ético para dilucidar a distinção entre o ilícito criminal e o ilícito administrativo e apontar como solução a entrega ao legislador do papel de delimitação de um ilícito do outro, Eduardo Correia reforça a sua tese de que “se se parte de uma eticização do direito penal, ou de qualquer forma se tende para ela, não se pode deixar de preconizar uma purificação do direito penal da matéria contravencional, expurgando-o de todas aquelas incriminações que em si não contêm um fundamento ético mais ou menos evidente”⁴⁶⁸. Foi pois neste contexto de reforma do direito penal português que, pela mão de Eduardo Correia, se colocou a primeira pedra na construção do trilho que veio a desembocar na criação legal do direito de mera ordenação social no ordenamento português.

Logo no Projecto, Eduardo Correia dá claramente a entender que na sua perspectiva as infracções administrativas estão separadas das penais por uma diferença material ou qualitativa e não meramente quantitativa. Ideia que ressalta não só através da sua referência ao critério ético, mas também da afirmação de que “verdadeiramente, tais violações não representam um menos relativamente ao ilícito penal, mas constituem

⁴⁶⁷ CORREIA, Eduardo, “Código Penal. Projecto da Parte Geral”, p. 79.

⁴⁶⁸ CORREIA, Eduardo, in: *Actas das Sessões da Comissão Revisora do Código Penal, Parte Geral, I Volume, Separata do BMJ*, 1965, p. 24, em intervenção que teve lugar logo na 1.ª Sessão, realizada em 5 de Dezembro de 1963, no âmbito da discussão sobre a questão da “legitimidade e oportunidade de eliminação de parte do chamado ilícito criminal administrativo – em particular das contravenções – do âmbito do Código e do Direito Penal” (p. 8).

coisa diferente”⁴⁶⁹. Não um *minus*, mas um *aliud*, portanto, como gostava de se exprimir a corrente qualitativa alemã. É noutros lugares, porém, que Eduardo Correia explicita em que deva consistir a diferença substancial que aparta os crimes das infracções às normas de ordenação social, primeiro nas suas lições de Direito Criminal, de 1963, e depois, uma década mais tarde, no seu estudo fundamental “Direito penal e direito de mera ordenação social”⁴⁷⁰, de 1973.

3. A possibilidade de assentar a distinção nas diferentes finalidades da actuação do Estado – realização de valores de justiça *vs.* propulsão do bem-estar e progresso sociais – continuou a merecer a discordância de Eduardo Correia. Num primeiro momento, essa oposição voltou a ser justificada com base nas dificuldades práticas “em distinguir os fins que o Estado se propõe ao ligar uma sanção à prática de certos factos: é muito difícil saber quando o Estado se propõe garantir bens jurídicos já constituídos e quando pretende promover a criação ou consolidação de novos bens”⁴⁷¹. Mais tarde, é uma razão bem distinta, já de ordem material, que leva Eduardo Correia, dando um novo relevo ao ideário do Estado social⁴⁷², a entender que não é pela contraposição entre as finalidades legitimistas e salutistas do Estado que poderá distinguir-se o direito penal do direito de mera ordenação social, pois “a tutela da actividade do Estado-social nem sempre se pode bastar com reacções puramente administrativas: em certos casos, a sua protecção tem de reconduzir-se às estruturas do direito criminal”⁴⁷³. Demais que com o

⁴⁶⁹ CORREIA, Eduardo, “Código Penal. Projecto da Parte Geral”, p. 78, que neste ponto remete para o comentário à OWiG de Hans Rotberg.

⁴⁷⁰ CORREIA, Eduardo, “Direito penal e direito de mera ordenação social”, *BFDUC*, vol. XLIX, 1973, p. 257 e ss.

⁴⁷¹ CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal*, I, p. 26, que ilustra esta dificuldade com o exemplo do pai que não manda o filho à escola: poderá estar em causa uma afectação de bens existentes, se o país tiver já um alto nível cultural, ou um obstáculo à promoção de um bem a constituir, se o país estiver ainda em uma fase em que procura superar um largo analfabetismo (nota 1). Não deixa de ser curioso que, cerca de meio século volvido, haja sido conferido relevo contra-ordenacional a certas formas de desinteresse dos pais em relação ao percurso escolar dos filhos (arts. 44.º e 45.º do Estatuto do Aluno e Ética Escolar, aprovado pela Lei n.º 51/2012, de 5/9).

⁴⁷² Numa altura em que talvez fosse ainda prematuro reconhecer entre nós uma realidade própria do paradigma do Estado social que animava a Europa central ocidental, CORREIA, Eduardo, “Direito penal e direito de mera ordenação social”, p. 268, não deixa, porém, de invocar o conceito de *Daseinsvorsorge*, que fazia largo curso nas doutrinas constitucional e penal alemãs da época (cf. supra, § 5.2). A referência ao conceito aparece pela primeira vez entre nós pela pena de SOARES, Rogério, *Interesse Público, Legalidade e Mérito*, p. 84.

⁴⁷³ CORREIA, Eduardo, “Direito penal e direito de mera ordenação social”, p. 265, na esteira de SCHMIDT, Eberhard, *Das Neue Westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht*, p. 16 e ss., e *Niederschriften*, I., cit., p. 88, LANGE, “Der Strafgesetzgeber und die Schuldlehre”, p. 77 e s., e MICHELS, *Strafbare Handlung und Zuwiderhandlung*, p. 28.

correr dos tempos, naquilo que Goldschmidt apelidava de *Abschichtungsprozess*⁴⁷⁴, determinados interesses que em dado momento da evolução histórica são conotados com fins puramente utilitários passam depois a revestir-se de “*ressonância moral* na consciência dos indivíduos”⁴⁷⁵, assim podendo já “atrair as violações dos respectivos imperativos para o campo de um ilícito eticamente fundamentado, a respeito do qual seja já possível falar-se de uma censura moral, quer dizer, para o direito criminal”⁴⁷⁶.

Sendo infrutífero o apelo às finalidades estaduais para estabelecer um critério material único de distinção entre o ilícito criminal de justiça e o administrativo, o que importará, no modo de ver de Eduardo Correia, é caracterizar materialmente este último tipo de infracções, em função da configuração do seu ilícito, da natureza das suas sanções e das suas especialidades de índole processual.

É no específico *conteúdo do ilícito* que Eduardo Correia divisa, de um ponto de vista material, “o traço principal da caracterização do direito penal administrativo”⁴⁷⁷. À semelhança da doutrina até então dominante na Alemanha, essa caracterização permite-lhe conceber o ilícito administrativo como algo qualitativamente distinto do penal, que “não constitui um direito criminal de grau menor, mas algo de diferente do direito criminal de justiça”⁴⁷⁸. Há, no entanto, que realçar no pensamento de Eduardo Correia um certo desvio em relação à doutrina germânica da época de que ele se encontra mais próximo, encabeçada por Eberhard Schmidt, no que respeita a uma fundamentação da autonomia material do ilícito penal administrativo referida ao bem jurídico. Enquanto para Eberhard Schmidt a pedra-de-toque da contraposição entre o direito penal e o direito contra-ordenacional seria a vinculação ou não do facto à tutela de um bem jurídico, caracterizando o ilícito do direito contra-ordenacional essencialmente como uma desobediência do cidadão, órgão auxiliar da administração, a uma ordem emanada da administração⁴⁷⁹, para Eduardo Correia a distinção não pode passar por uma cisão feita em função da (ir)relevância do papel do bem jurídico que empurre o ilícito

⁴⁷⁴ GOLDSCHMIDT, *Das Verwaltungsstrafrecht*, p. 584 e ss.

⁴⁷⁵ CORREIA, Eduardo, “Direito penal e direito de mera ordenação social”, p. 266, ilustrando com “a garantia dos direitos do trabalho, a planificação económico-social que vise uma melhor produção e distribuição da riqueza ou um mais amplo acesso e difusão da cultura”.

⁴⁷⁶ CORREIA, Eduardo, “Direito penal e direito de mera ordenação social”, p. 266.

⁴⁷⁷ CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal*, I, p. 28.

⁴⁷⁸ CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal*, I, p. 29. Depois, cf. ainda, numa formulação próxima, CORREIA, Eduardo, “Direito penal e direito de mera ordenação social”, p. 267: “uma coisa será o direito criminal, outra coisa o direito relativo à violação de uma certa ordenação social, a cujas infracções correspondem reacções de natureza própria”.

⁴⁷⁹ SCHMIDT, Eberhard, “Probleme des Wirtschaftsstrafrechts”, col. 231, e *Das Neue Westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht*, p. 27 e s. (supra, § 4.).

administrativo para o reduto da mera desobediência administrativa, pois que “se não compreende a existência de um bem jurídico que não suponha um certo bem por ele protegido”⁴⁸⁰.

Não significa isto, porém, que a posição de Eduardo Correia fosse marcadamente distinta da de Eberhard Schmidt, já que nem este entendia o ilícito administrativo como uma ordem desligada da prossecução de interesses socialmente relevantes, adscrevendo-o antes a uma função de salvaguarda de interesses administrativos, para prevenção de um dano administrativo, como, no fundo, nem Eduardo Correia deixava de pensar que os valores a que o ilícito administrativo se mostrava subordinado eram de uma índole substancialmente distinta da dos valores que o direito penal tinha em vista. Dito de outra maneira, ao contrário *do modo* como Eberhard Schmidt formula a contraposição a que nos vimos referindo, Eduardo Correia procura manter uma ligação do ilícito administrativo ao pensamento do bem jurídico, só que depois os termos em que caracteriza os bens jurídicos do direito penal administrativo levam a que volte a fazer par com Eberhard Schmidt.

Tanto o direito criminal de justiça, como o direito criminal administrativo, devem, segundo Eduardo Correia, desempenhar uma função de tutela de bens jurídicos. Não obstante, entre os bens jurídicos de um e de outro há uma diferença de natureza tão vincada que dela decorre a imposição de uma diferenciação também ela substancial ou qualitativa entre o direito penal de justiça e o direito penal administrativo. Aquele “visa proteger, com as suas incriminações, os valores ou bens fundamentais da comunidade, isto é, aqueles interesses primários sem cuja observância a vida em sociedade não seria possível (...), bens jurídicos que directa ou indirectamente, *mas sempre de maneira essencial*, se prendem com a vida comunitária do homem e com a livre expansão da sua personalidade moral”⁴⁸¹, enquanto este não se dirige a “valores ou interesses

⁴⁸⁰ CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal*, I, p. 25., que mais tarde vem, todavia, a atribuir relevo à ideia de que na esfera das suas relações com a administração os indivíduos e as instituições devem assumir um dever de colaboração que os transforma, “nessa medida, em órgãos da Administração (*Hilfsorgan*)” (CORREIA, Eduardo, “Direito penal e direito de mera ordenação social”, pp. 259 e 272). Eduardo Correia liga este estatuto de coadjuvação do cidadão ao espírito do Estado social, mas a verdade é que a ideia do indivíduo como órgão auxiliar da administração, embora propalada também Eberhard Schmidt (cf. nota anterior), vem já de James Goldschmidt, no âmbito de uma elaboração dogmática tributária, isso sim, do puro Estado liberal (cf. GOLDSCHMIDT, *Das Verwaltungsstrafrecht*, p. 553; e supra, § 2.). Aliás, como bem notava MATTES, *Untersuchungen*, II, p. 152 e s., esta concepção do cidadão como *Hilfsorgan* da administração estatal é, isso sim, susceptível de entrar em choque com o ideário do Estado social.

⁴⁸¹ CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal*, I, p. 28, exemplificando com bens jurídicos individuais como a vida humana, a integridade física, a liberdade sexual, a honra, o património e com bens jurídicos supra-individuais como a constituição e desenvolvimento da família e a segurança interna e exterior do Estado.

fundamentais da vida comunitária ou da personalidade ética do homem, mas [a] simples valores de criação ou manutenção de uma certa ordem social e por consequência mais ou menos estranhos – isto é: indiferentes – à ordem moral”⁴⁸².

O que, enfim, identifica o ilícito administrativo é a circunstância de nele “não estarem em jogo valores ético-sociais primários da comunidade, mas a prossecução de finalidades de ordem policial ou de bem estar social”⁴⁸³. O facto dele característico é desprovido de ressonância moral e tem sobretudo que ver com o âmbito da actividade administrativa, quando surge a necessidade de “uma colaboração dos particulares, traduzida em simples deveres de registo, de informação, de sujeição a inquéritos, etc.”⁴⁸⁴.

4. Esta distinta configuração do conteúdo do ilícito penal e do ilícito administrativo projecta-se, por sua vez, no *conceito de culpa* que a cada um é inerente. Sendo embora imprescindíveis mecanismos de reacção estadual à infracção daquele tipo de deveres que conformam o conteúdo do ilícito administrativo, deverá em todo o caso ser evitada uma reacção criminal para responder à sua violação, atento o sentido ético-jurídico de retribuição, expiação ou recuperação social que caracteriza as penas criminais. Será antes de lançar mão de “outro tipo de medidas que exprimam apenas uma censura de natureza social, e se traduzam num mal com o sentido de mera advertência, despido de toda a mácula ético-jurídica”⁴⁸⁵. À exacta semelhança de Eberhard Schmidt⁴⁸⁶, para Eduardo Correia a culpa própria do direito de ordenação social coenvolve assim, quando muito, apenas uma censura social, desligada de qualquer sentido de retribuição ou de expiação ética⁴⁸⁷. Porque vai dirigida a alguém que revela uma certa associalidade, mas está “muito longe de merecer um juízo ético-jurídico de censura”⁴⁸⁸, essa censura social não deve traduzir-se em mais do que uma mera advertência, evitando a imposição de qualquer mácula ético-social⁴⁸⁹.

⁴⁸² CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal*, I, p. 28 e s.

⁴⁸³ CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal*, I, p. 29.

⁴⁸⁴ CORREIA, Eduardo, “Direito penal e direito de mera ordenação social”, p. 267.

⁴⁸⁵ CORREIA, Eduardo, “Direito penal e direito de mera ordenação social”, p. 267.

⁴⁸⁶ Cf. SCHMIDT, “Probleme des Wirtschaftsstrafrechts”, col. 234, e *Das Neue Westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht*, p. 51 e s.

⁴⁸⁷ CORREIA, Eduardo, “Direito penal e direito de mera ordenação social”, p. 271, tal qual, como vimos, já preconizava Eberhard Schmidt.

⁴⁸⁸ CORREIA, Eduardo, “Direito penal e direito de mera ordenação social”, p. 267.

⁴⁸⁹ CORREIA, Eduardo, “Direito penal e direito de mera ordenação social”, p. 271.

Ainda que desprovida de qualquer carga ética, esta censura social não pode prescindir de uma imputação subjectiva⁴⁹⁰. Só que, dando de novo a palavra a Eduardo Correia, “enquanto a imputação subjectiva do ilícito criminal de justiça – em virtude da sua estreita ligação com os valores éticos da vida social – supõe sempre um juízo pessoal de censura ao agente por ter agido como agiu, a do ilícito criminal administrativo pode bem bastar-se com a produção do evento proibido a título de dolo ou negligência (sem que tenha de intervir o elemento ético-jurídico da censura), isto é, *com a existência de um nexó psicológico* entre o facto cometido e o seu autor”⁴⁹¹. Além disso, a neutralidade ou indiferença ética dos imperativos violados implicará para a culpa do ilícito administrativo um tratamento diferenciado do erro, da inexigibilidade e da imputabilidade, em relação à qual pode ser-se menos exigente no limite da idade⁴⁹².

5. A especificidade da ilicitude e da culpa da infracção de mera ordenação social repercute-se ainda sobre a natureza da sanção que lhe deve caber, uma *sanção não criminal*. Nesse sentido depõe o carácter administrativo da autoridade que o aprecia, a natureza não penal do respectivo processamento e ainda e sobretudo a diferença de fins que lhe está cometida. Na sanção administrativa, ao contrário da sanção penal, releva fundamentalmente o seu direccionamento no sentido da coerção sobre o agente para que cumpra o dever previsto na norma infringida. Seja sob a forma de coacção directa, seja de coacção indirecta⁴⁹³, aquilo a que a sanção almeja, mediante a inflicção de um mal ao agente, é “apenas – ao contrário do que acontece com as verdadeiras penas – o cumprimento de um dever”⁴⁹⁴. Eduardo Correia concebe assim a sanção administrativa nos mesmíssimos termos ao tempo avançados por Eberhard Schmidt⁴⁹⁵. O sentido que lhe aponta é de mera advertência social, isento de qualquer mácula ético-jurídica, que não tem em vista senão exortar o infractor ao cumprimento do dever que sobre ele recai⁴⁹⁶.

⁴⁹⁰ CORREIA, Eduardo, “Direito penal e direito de mera ordenação social”, p. 274 e s.

⁴⁹¹ CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal*, I, p. 29 (it. nosso).

⁴⁹² CORREIA, Eduardo, “Direito penal e direito de mera ordenação social”, p. 274 e s.

⁴⁹³ Na coacção directa, um órgão do Estado substitui-se à vontade do próprio obrigado; e na coacção indirecta é imposta “ao obrigado uma privação de liberdade ou de bens para que ele se decida a cumprir um dever, como nas multas de constrangimento” – CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal*, I, p. 31.

⁴⁹⁴ CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal*, I, p. 31.

⁴⁹⁵ Cf. SCHMIDT, “Probleme des Wirtschaftsstrafrechts”, col. 235, e *Das Neue Westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht*, pp. 44 e ss. e 51 e s.

⁴⁹⁶ CORREIA, Eduardo, “Direito penal e direito de mera ordenação social”, p. 269 e ss.

Esse mal pode, é certo, ter um carácter reprovador e exercer um efeito de intimidação sobre o agente ou sobre os demais⁴⁹⁷, mas, como entendia Beleza dos Santos, a verificarem-se, essas são meras consequências reflexas e não essenciais do fim principal de exortação ao dever inerente à sanção administrativa. “Até porque,— afirma ainda Eduardo Correia — sendo os valores protegidos pelo ilícito criminal administrativo eticamente indiferentes, falta às sanções aquela fundamentação ética que (...) está subjacente a toda a pena”⁴⁹⁸.

Dado que a sanção administrativa não comparticipa do *pathos* da retribuição e da expiação que confere uma identidade única e inconfundível à pena criminal⁴⁹⁹, dela devem estar arredadas todas as medidas privativas da liberdade, seja sob a forma directa de prisão, seja sob a forma de multas “entendidas como sucedâneo da prisão ou que nela se possam converter, quando não pagas”⁵⁰⁰. A sanção preconizada por Eduardo Correia, em linha com o modelo alemão das contra-ordenações, tem portanto natureza estritamente pecuniária, defendendo que “em vez de multas, haverá, antes, que prever neste domínio o pagamento de certas quantias em dinheiro, ou «coimas», com o sentido de censura ou advertência puramente social”⁵⁰¹. Tal como sucedeu na Alemanha, para tornar clara a natureza não penal de tal sanção, sugere que a mesma tenha uma designação que evite confusões com as sanções penais e por isso ao termo “multa” prefere a expressão “coima”⁵⁰², também ela com larga tradição entre nós⁵⁰³.

Em ordem a conferir efectividade à função de advertência social que se espera ver cumprida pelo direito de ordenação social, considera dever aceitar-se que ao lado da

⁴⁹⁷ É do entendimento de que, apesar da diferença de fins em relação às penas criminais, as sanções administrativas representam um mal para o condenado que CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal*, I, p. 31 e s., arranca para concluir que lhes devem ser aplicadas certas regras e princípios próprios do direito penal, como o princípio *nulla pœna sine lege*, a proibição da analogia ou o princípio *nulla pœna sine culpa* (admitindo, no entanto, a previsão de certas presunções de culpa, desde que ilidíveis).

⁴⁹⁸ CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal*, I, p. 31.

⁴⁹⁹ CORREIA, Eduardo, “Direito penal e direito de mera ordenação social”, p. 280 e *passim*.

⁵⁰⁰ CORREIA, Eduardo, “Direito penal e direito de mera ordenação social”, p. 273, e já *Direito Criminal*, I, p. 32.

⁵⁰¹ CORREIA, Eduardo, “Direito penal e direito de mera ordenação social”, p. 272 e s., que, em virtude desse sentido de simples advertência social, defende a irrelevância da sanção administrativa para efeitos de reincidência, habitualidade ou perigosidade. Também por isso, entende que tal sanção não deve constar do registo criminal.

⁵⁰² CORREIA, Eduardo, “Direito penal e direito de mera ordenação social”, p. 281: “No Projecto do novo Código Penal português, sugerimos que se designasse por *coima* — expressão coincidente com a já utilizada pelo Prof. MARCELLO CAETANO nas suas Lições de Direito Criminal: «coima-ammenda» - a reacção, cuja ameaça caracterizaria o ilícito relativo às violações das normas de ordenação social correspondente a uma actividade *preventiva-ordenadora* da Administração”. Foi igualmente a palavra coima que CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal*, I, p. 34, nota 1, usou para traduzir o termo alemão *Geldbuße*.

⁵⁰³ Cf. *infra*, § 10.2, 3.

referida sanção de cariz pecuniário surjam, quando necessário, certas consequências acessórias, como a restituição de vantagens patrimoniais, destinada a privar o infractor do benefício económico alcançado com a prática da infracção, ou a inibição de exercício de certas actividades que careçam de autorização administrativa (v. g., a carta de condução), em atenção ao interesse de impedir que o agente continue a representar um perigo para os interesses que já ofendeu.

6. A natureza autónoma tanto do facto, como da sanção do direito de mera ordenação social, em especial o seu assumido alheamento de qualquer dimensão ética, constitui para Eduardo Correia justificação bastante para que lhe não sejam aplicáveis determinados princípio e categorias do direito penal.

Antes de mais, cumpre libertá-lo do princípio *nulla pœna sine iudicio* e abrir caminho para que, tal como na Alemanha, se confie à administração a competência para apreciar e decidir sobre a prática da infracção e da sanção que lhe deve caber⁵⁰⁴. Essa tarefa corresponderá pois a uma actividade puramente administrativa, em que será de reconhecer uma grande amplitude ao princípio da oportunidade e haverá que reduzir ao mínimo toda a tramitação processual. Ao visado pelo procedimento serão também de reconhecer, de todo o modo, determinadas garantias de defesa, sobretudo o direito ao recurso, isto é, o de ver uma sua eventual condenação apreciada por um juiz, desejavelmente, conclui Eduardo Correia, admitindo porém tratar-se de questão suscitadora de dúvida, da jurisdição administrativa⁵⁰⁵. A libertação do juiz penal, tanto em relação à parte do procedimento que deve ser entregue à administração, como depois na fase de impugnação de uma condenação, representa para Eduardo Correia uma das grandes vantagens do paradigma do direito de mera ordenação social – e simultaneamente uma das razões essenciais para a sua implantação no sistema alemão –, pela sua utilidade na erradicação de um dos grandes males da hipertrofia penal, a insuportável massificação das sentenças penais para aplicação de medidas materialmente administrativas⁵⁰⁶.

Um segundo plano em que o direito de ordenação social pode conhecer um rumo diferente do direito penal é o da admissibilidade da responsabilização das pessoas

⁵⁰⁴ CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal*, I, p. 33, e “Direito penal e direito de mera ordenação social”, pp. 271 e s. e 275 e ss.

⁵⁰⁵ CORREIA, Eduardo, “Direito penal e direito de mera ordenação social”, p. 275 e ss.

⁵⁰⁶ CORREIA, Eduardo, “Direito penal e direito de mera ordenação social”, pp. 263 e s., 271 e s. e 275 e ss.

colectivas. Porque está em causa uma censura social desprovida de qualquer marca ética, nenhuma objecção de princípio pode ser oposta ao seu alargamento às pessoas colectivas. “O que, indiscutivelmente, é vedado no direito criminal – por força da referência das suas sanções à personalidade ética dos homens – torna-se, pois, perfeitamente natural e explicável relativamente a medidas da administração contra sujeitos que são justamente «órgãos auxiliares» da realização das suas finalidades específicas, sejam eles pessoas singulares ou colectivas”⁵⁰⁷.

§ 9.3 Reflexão crítica sobre a concepção de Eduardo Correia

A Eduardo Correia deve creditar-se o indeclinável mérito de ter aberto definitivamente o direito português à inovadora e frutífera experiência contra-ordenacional alemã. No essencial, independentemente das inevitáveis críticas que pudessem merecer aspectos particulares do regime legal e da sua concreta evolução e aplicação, esta experiência provou ser inequivocamente positiva a criação dentro do largo espectro do direito sancionatório de um novo ramo de direito autónomo que permitisse aliviar o direito penal substantivo de um sem-número de infracções sem dignidade penal, que comprometiam o sentido de *ultima ratio* da responsabilização criminal e favoreciam a aplicação de penas de prisão de curta duração, e assim do mesmo passo travar ou mesmo fazer recuar na medida do possível os problemas calamitosos decorrentes de massificação processual associados à hipertrofia penal.

Estes propósitos, que, na Alemanha, foram logo de início enunciados por Eberhard Schmidt e orientaram o legislador, a doutrina e a jurisprudência no caminho inexorável e rapidamente trilhado de instituir o direito contra-ordenacional como um ponto de não retorno da evolução jurídico-sancionatória alemã⁵⁰⁸, foram, no fundo, também aqueles que animaram Eduardo Correia quando chamado a lançar as bases de uma profunda reforma do direito penal português. Preocupava-o sobremaneira “a criminalização de normas destituídas de toda a fundamentação ético-jurídica e

⁵⁰⁷ CORREIA, Eduardo, “Direito penal e direito de mera ordenação social”, p. 272, divergindo da posição que começou por assumir no seu *Direito Criminal*, I, p. 32, onde defendia ainda que também neste domínio haveria também que respeitar “o princípio da *individualização* da responsabilidade, negando-se imputabilidade penal às pessoas colectivas”. No sentido da tese da admissibilidade da responsabilização contra-ordenacional das pessoas colectivas, logo SCHMIDT, Eberhard, *Das Neue Westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht*, p. 51 e ss.

⁵⁰⁸ Cf. SCHMIDT, Eberhard, “Straftaten und Ordnungswidrigkeiten”, *JZ*, p. 101 e ss.

distanciadas do cerne dos valores éticos essenciais à vida em sociedade, que está na base do direito criminal, – só porque, para salvaguardar as garantias individuais, se ameaça a sua violação com penas criminais, a impor por via jurisdicional – compromete a dignidade, desentroniza o sentido destas penas e a função dos tribunais que as aplicam”⁵⁰⁹. Como também o preocupava que, por exigência do princípio da reserva jurisdicional em matéria penal, a hipercriminalização determinasse inelutavelmente uma massificação das decisões judiciais, com prejuízo para o seu nível, não só porque neste contexto a quantidade é inimiga da qualidade, como também porque dificilmente os tribunais estariam preparados para conhecer os complexos problemas económico-sociais que já então se adivinhavam.

As circunstâncias históricas de estas ideias programáticas terem germinado em Eduardo Correia no âmbito dos trabalhos de reforma penal da primeira metade da década de 1960 que lhe foram confiados e de mais tarde – já depois da Revolução do 25 de Abril, numa altura em que tais ideias se encontravam já maduras⁵¹⁰ e se vivia entre nós um processo de rápida e profunda transformação política, social, económica e jurídica em todos os domínios – o próprio Eduardo Correia ter assumido a pasta ministerial da Justiça⁵¹¹ influenciaram indelevelmente a introdução e evolução do direito de mera ordenação social no sistema jurídico português. Tendo o primeiro diploma legal contra-ordenacional sido emanado nem mais, nem menos do seu gabinete ministerial é notório o dedo de Eduardo Correia no novo quadro legal que veio a ser moldado pelo (e com base no) Regime Geral das Contra-Ordenações. Não será, aliás, porventura despropositado considerar que, neste âmbito da criação do direito contra-ordenacional, Eduardo Correia assumiu entre nós uma importância equivalente àquela que Eberhard Schmidt teve na Alemanha⁵¹². Influência tão indelével que levou até Paliero a apodar Eduardo Correia como “o Eberhard Schmidt português”⁵¹³!

Estando a concepção dogmática de Eduardo Correia tão marcadamente presente na génese do nosso direito contra-ordenacional, não será de admirar que o cerne do seu

⁵⁰⁹ CORREIA, Eduardo, “Direito penal e direito de mera ordenação social”, p. 263.

⁵¹⁰ Cf. o já amplamente citado estudo “Direito penal e direito de mera ordenação social”.

⁵¹¹ Cf. infra, § 10.2.

⁵¹² Destacando igualmente o relevo de Eduardo Correia, logo DIAS, Figueiredo, “O movimento da descriminalização e o ilícito de mera ordenação social”, p. 318, e mais recentemente CARVALHO, Taipa de, ²DP-PG, § 233, apontando Eduardo Correia como “o grande impulsionador da criação legislativa do direito de «mera» ordenação social”.

⁵¹³ PALIERO, Carlo Enrico, «*Minima non Curat Praetor*». *Ipertrofia del Diritto Penale e Decriminalizzazione dei Reati Bagatellari*, Padova, Cedam, 1985, p. 486.

pensamento haja condicionado, ou melhor, mais do que isso, conformado toda a evolução subsequente do direito contra-ordenacional português, sobretudo o seu tratamento doutrinal e jurisprudencial. Sem pretender empalidecer os méritos já salientados à acção de Eduardo Correia, parece-nos em todo o caso que é no seu pensamento que em derradeira instância radica uma das características do direito de mera ordenação social português que ainda hoje é entre nós correntemente propalada pela doutrina e pela jurisprudência e que maiores reservas nos suscita, a identificação do direito contra-ordenacional com o direito administrativo, no sentido de ele ser concebido como uma espécie de direito administrativo sancionatório.

Na concepção de direito de mera ordenação social de Eduardo Correia aglutinam-se vários dos traços essenciais das teses qualitativas alemãs, quer daquelas que precederam a criação do direito contra-ordenacional (*sc.*, a doutrina do direito penal administrativo), quer daquelas que, após a sua positivação, acompanharam a sua génese e desenvolvimento. Assim, quanto à caracterização do facto do ilícito de mera ordenação social, o pensamento de Eduardo Correia apresenta-se, em certa medida, mais próximo das posições que, em seu tempo, eram sustentadas por James Goldschmidt do que propriamente daquelas que entretanto se haviam sedimentado entre os seus contemporâneos alemães.

Como tivemos já oportunidade de referir, depois da introdução da OWiG a teorização alemã foi marcada por uma viva oposição entre os campos da teoria qualitativa, inicialmente dominante, e da teoria quantitativa, que crescentemente foi ganhando peso e influência, tendo-se revelado decisiva para a mudança de rumo adoptada pela jurisprudência constitucional alemã, que por sua vez contribuiu para a consolidação daquelas que são hoje as ideias prevalentes no âmbito da distinção entre crimes e contra-ordenações. No contexto desta discussão, mesmo dentro da doutrina qualitativa o tempo foi cavando uma cisão entre uma posição, difundida sobretudo por Eberhard Schmidt, mais arreigada a uma distinção fundada sobre a contraposição entre bens jurídicos e interesses administrativos, que considerava o domínio contra-ordenacional como alheio a uma função de tutela de bens jurídicos, e uma outra posição, na qual sobressaíam os nomes de Gallas e de Lange, que apontava a relevância ético-social do facto como critério determinante de distinção. Uma e outra tese poderiam considerar-se tributárias do paradigma proposto pela antiga doutrina do direito penal administrativo. Recorde-se que para Goldschmidt o direito penal de justiça e o direito

penal administrativo seriam de distinguir a partir do conceito de bem jurídico. No primeiro haveria sempre uma autêntica ofensa a bens jurídicos, consubstanciada num *danus emergens*, e no segundo não haveria qualquer tipo de dano, mas um mero *lucrum cessans*, já que nele estaria em causa somente uma relação entre a administração e o indivíduo, a ela subordinado como seu órgão auxiliar, exprimindo-se a infracção portadora de antiadministratividade numa desobediência a um comando administrativo dirigido ao cidadão que obstaculizaria ou dificultaria a obtenção de um específico objectivo que a administração de propunha realizar⁵¹⁴. Se, como vimos ainda, numa primeira fase Goldschmidt fazia passar somente por aqui a linha de demarcação entre a antijuridicidade e a antiadministratividade, pouco depois dá conta de que a distinção deve passar também, complementarmente, por um “momento ético”, correspondente ao “mínimo ético” defendido por Georg Jellinek⁵¹⁵. Porque referidas a um ataque, sob a forma de lesão ou de colocação em perigo, a um bem jurídico, só as infracções do direito penal de justiça seriam portadoras desse momento ético, ficando as demais infracções em que não fosse possível divisar uma ofensa à íntima convicção ética da comunidade e que por isso se mostrassem culturalmente indiferentes acantonadas no direito penal administrativo, materialmente compreendidas como puras manifestações de desobediência a uma ordem administrativa⁵¹⁶.

Esta atribuição de uma natureza administrativa a um determinado facto em função da sua indiferença ética, a que Goldschmidt começou por dar curso e que foi depois continuada por Erik Wolf⁵¹⁷, foi entre nós retomada por Eduardo Correia, abrindo caminho a que cá se instalasse a errada convicção de que o direito contraordenacional é direito administrativo. Isto numa altura em que na Alemanha havia já ocorrido uma clara separação de águas dentro da doutrina qualitativa, tornando-se prevalente a tese do critério ético-social e ficando Eberhard Schmidt, como ele próprio não deixou de reconhecer⁵¹⁸, praticamente sozinho na defesa de um modelo contraordenacional assente sobre o binómio bens jurídicos *vs.* interesses administrativos e sobre uma concepção do cidadão como simples órgão coadjuvante da administração.

⁵¹⁴ GOLDSCHMIDT, *Das Verwaltungsstrafrecht*, p. 539 e ss.

⁵¹⁵ Como se viu, também CORREIA, Eduardo, “Direito penal e direito de mera ordenação social”, p. 266, se louva expressamente no princípio do mínimo ético de JELLINEK, Georg, *Die socialethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe*, p. 42 e ss. e *passim*.

⁵¹⁶ GOLDSCHMIDT, “Das Verwaltungsstrafrecht...”, *Koch-Festgabe*, p. 422 e ss.

⁵¹⁷ WOLF, “Die Stellung der Verwaltungsdelikte im Strafrechtssystem”, p. 564 e ss.

⁵¹⁸ Cf. de novo, SCHMIDT, Eberhard, “Schriftum zum neuen Ordnungswidrigkeitenrecht”, 1969, p. 401.

O progressivo abandono da construção de Eberhard Schmidt, consumado definitivamente com a nova OWiG de 1968 e com a orientação que o Tribunal Constitucional Federal passou então a assumir, ligou-se, como vimos supra mais de espaço, à irrefutável constatação de que o direito contra-ordenacional alargou o seu raio de acção à tutela de verdadeiros e próprios bens jurídicos, inclusive de bens jurídicos pessoalíssimos, principalmente através de contra-ordenações de perigo abstracto; que, no Estado de direito social, mesmo os interesses administrativos não podem deixar de ser concebidos como autênticos bens jurídicos; e ainda que a visão do indivíduo como órgão auxiliar da administração é inaceitável tanto à luz de um Estado de direito material, como à luz do Estado social. E todavia, mesmo tendo sido justa e devidamente contestada por todos os quadrantes da doutrina alemã, é ainda louvando-se em boa parte na construção dogmática de Eberhard Schmidt que Eduardo Correia dá conteúdo ao seu programa contra-ordenacional e identifica o direito de mera ordenação social com o direito administrativo.

Os tipos de infracções que Eduardo Correia defende deverem passar a integrar o direito de mera ordenação social são essencialmente dois. De um lado, os factos que integram “imposições ou proibições ditadas pelo estado social de direito actual, no desenvolvimento da sua crescente actividade administrativa e muito particularmente no cumprimento do seu dirigismo económico, financeiro, fiscal, alfandegário, bancário, etc. etc.”⁵¹⁹ – um domínio que, portanto, se liga àquela função salutista de promoção do bem-estar que na doutrina de Goldschmidt e de Wolf deveria dar corpo ao direito penal administrativo⁵²⁰. De outro lado, todo aquele grupo que no nosso direito penal de então era composto pelas contravenções. “Também estas, destinando-se a prevenir perigos *longínquos* para uma série *indeterminada* de bens jurídicos, se desprendem de toda a eticidade ligada a interesses ou valores jurídicos concretos, visando, pelo contrário, satisfazer, directa e imediatamente, necessidades colectivas. Sendo assim, a sua violação realiza afinal, um ilícito administrativo, ou melhor, constitui infracção ao chamado direito de pura ordenação social”⁵²¹. Eduardo Correia lança aqui mão do conceito de

⁵¹⁹ CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal*, I, p. 21 e s., e “Direito penal e direito de mera ordenação social”, p. 278.

⁵²⁰ CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal*, I, p. 219.

⁵²¹ CORREIA, Eduardo, “Direito penal e direito de mera ordenação social”, p. 278.

contravenção que, com a *nuance* introduzida por Beleza dos Santos⁵²², remontava já a A. Henriques da Silva⁵²³.

É compreensível e digno de aplauso o objectivo que orienta Eduardo Correia, erradicar do direito penal português um significativo número de infracções penais que assumem a natureza de contravenções e não apresentam uma autêntica dignidade penal. Exactamente, aliás, na mesma linha do percurso alemão. Sendo embora meritório e apontando na direcção certa, o propósito conjuga-se mal com o quadro geral de fundamentação e densificação dogmática do direito de mera ordenação social que Eduardo Correia apresenta. É certo que uma parte das contravenções de polícia da lei penal portuguesa estava dirigida à protecção de interesses exclusiva ou, pelo menos, eminentemente administrativos. Mas havia também toda uma outra parte indissolivelmente vinculada à tutela de bens jurídicos, *extra-administrativos*, digamos, não só colectivos, mas também individuais, sob a forma de perigo abstracto. Realidade para a qual Beleza dos Santos havia já prevenido, sendo que é até o próprio Eduardo Correia a adiantar um exemplo claro disso mesmo quando, procurando ilustrar contravenções tipificadas no direito penal português, apresenta o caso do “automobilista que segue com uma velocidade superior à legal”, justificando a sua responsabilização contravencional com o perigo que dessa conduta poderá decorrer para bens jurídicos como a *vida humana*, a *integridade física* e a *propriedade alheia*⁵²⁴.

Contudo, o transvase destas últimas contravenções para o domínio contra-ordenacional pretendido por Eduardo Correia⁵²⁵, que depois o Decreto-Lei n.º 232/79, de 24 de Julho, procurou concretizar⁵²⁶, já dificilmente poderia ser enquadrado à luz de um critério qualitativo de distinção entre o direito penal e o direito de mera ordenação

⁵²² Referimo-nos ao objecto do perigo próprio das contravenções, que para SANTOS, Beleza dos, “Crimes de moeda falsa”, p. 34, seria um conjunto *indeterminado* de bens jurídicos.

⁵²³ Cf. novamente SILVA, Henriques da, *Contravention et Délit, passim*.

⁵²⁴ CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal*, I, p. 218. Já nesta direcção, apresentando o exemplo do “automobilista que vai fora de mão ou com velocidade” para ilustrar a tipologia das contravenções, SANTOS, Beleza dos, *Direito Criminal*, 1936, p. 252. Note-se ainda que o art. 7.º do Código da Estrada aprovado pelo Decreto-Lei n.º 39672, de 20-05-1954, punia com multa de 200\$00 a *contravenção* à proibição de excesso de velocidade, de modo a que “não haja perigo para a segurança das pessoas e das coisas, nem desordem ou entrave para o trânsito”. À semelhança desta, a generalidade das demais infracções tipificadas no Código da Estrada tinha natureza contravencional – cf. FARINHA, João Pinheiro, *Código da Estrada Anotado*, 2.ª ed., Lisboa, Livraria Morais Editores, 1961, p. 48 e ss.

⁵²⁵ Todas as contravenções motivadas pelo perigo possível para uma ordem indeterminada de bens jurídicos, incluindo, *v. g.*, na sequência do que acaba de se referir em texto, as infracções do tráfego, precisamente ligadas a um dos exemplos aventados para a possibilidade de aplicação de sanções acessórias no âmbito do direito de pura ordenação social (cf. CORREIA, Eduardo, “Direito penal e direito de mera ordenação social”, pp. 273 e 279).

⁵²⁶ Cf. *infra*, § 10.2.

social, pois, como vinha há muito sendo acentuado pela corrente quantitativa alemã, cumprindo estas infracções uma função de tutela dos mesmos bens jurídicos protegidos pelos tipos criminais, entre uns e outros só poderia interceder então uma diferença de grau de gravidade. Ou seja, as contra-ordenações não seriam um *aliud*, mas um *minus* em relação aos crimes.

É verdade que Eduardo Correia procura justificar a inclusão desses factos contravencionais no novo direito de ordenação social através do seu critério qualitativo da indiferença ética, porquanto “a descrição dos chamados tipos de perigo abstracto ou presumido é igualmente, muitas vezes, determinada por razões de segurança social, em que se esbate toda a coloração ético-jurídica”⁵²⁷. Mas é duvidoso que possa dizer-se, sem mais e de forma totalmente genérica, que essas infracções são eticamente indiferentes, quando em muitas delas se procura prevenir perigos, mesmo que só abstractos, para bens jurídicos do mais elevado quilate, como a vida ou a integridade física. Além disso, não se vê ainda como possa este passo conciliar-se com a ideia conexas ao critério do mínimo ético, também ela sustentada por Eduardo Correia, segundo a qual apesar de ao direito de ordenação social não ser estranha uma função de tutela de bens jurídicos, esses seus bens jurídicos são de uma espécie distinta daquela que é próprio dos bens jurídicos do verdadeiro direito criminal. Neste ponto, não se afigura de todo possível, em nosso modo de ver, compaginar a integração no direito de simples ordenação social de tipos legais que almejam a protecção, ainda que só na modalidade de perigo abstracto, de bens jurídicos como a vida ou a saúde, e sustentar, do mesmo passo, que neste ramo do direito não estão “em jogo valores ético-sociais primários da comunidade, mas a prossecução de finalidades de ordem policial ou de bem-estar”⁵²⁸, sendo mesmo esta particularidade tida como o seu mais nítido traço configurador e assim se compreendendo “que ele não constitui um direito criminal de grau menor, mas algo de diferente do direito criminal de justiça”⁵²⁹.

Se a inclusão destes factos contravencionais dirigidos à protecção de bens jurídicos, posto que em uma série indeterminada (mas não indeterminável quanto ao seu conteúdo, note-se), no âmbito do direito de mera ordenação social já é por si só suficiente para comprometer a validade de um critério *exclusivamente* qualitativo para destringer os crimes das contra-ordenações, ela torna, além disso, insufragável a

⁵²⁷ CORREIA, Eduardo, “Direito penal e direito de mera ordenação social”, p. 279.

⁵²⁸ CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal*, I, p. 29.

⁵²⁹ CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal*, I, p. 29.

pretensão de reconduzir esse domínio sancionatório aos quadros do direito administrativo⁵³⁰. A menos que se justifique essa pertença somente com a circunstância processual de ser uma entidade administrativa quem tem competência para conhecer o facto⁵³¹, o que, é bom de ver, constitui fundamento material manifestamente insuficiente para o efeito⁵³², não se compreende a que título há-de qualificar-se como administrativa uma determinada infracção que visa a tutela de um certo bem jurídico cuja titularidade não pertence ao Estado, *maxime* se tiver carácter individual.

Como referimos, contra um tal enquadramento do direito contra-ordenacional no seio do direito administrativo pronunciava-se a generalidade da doutrina alemã. E isto sem deixar de o reconhecer como directo descendente da antiga doutrina do direito penal administrativo. Um reconhecimento possível de divisar mesmo naquela, *rectius*, sobretudo naquela corrente que pugnava por uma distinção qualitativa entre o direito penal e o direito das contra-ordenações, colocando este na órbita daquele, ao integrá-lo sistematicamente no direito penal em sentido amplo⁵³³. Não foi todavia essa a opção de Eduardo Correia. Bem pelo contrário, a propensão que claramente manifestou apontou no sentido de um marcado afastamento do direito de mera ordenação social dos quadros do direito penal e da sua integração ou, pelo menos, da sua forte aproximação ao direito administrativo⁵³⁴. Tanto assim que, no seu ponto de vista, haveria que libertar o direito de ordenação social das categorias e corolários formais do direito criminal⁵³⁵, seria

⁵³⁰ Um crítica similar foi dirigida por DIAS, Figueiredo, “Para uma dogmática do direito penal secundário”, n.º 3717, p. 364 e s., à tese de Eberhard Schmidt: “a velha ideia, logo avançada por Eb. Schmidt neste contexto, de «conversão da quantidade em qualidade», procede no essencial. Ponto é só que se não queira – e terá sido esse o erro de Eb. Schmidt – manter do mesmo passo a identificação entre ilícito de ordenação e violação dos interesses da Administração, pois que aquela conversão só poderia então ter lugar quando com a «quantidade» se modificasse simultaneamente o ponto de referência do ilícito que, através do bem jurídico, determina a sua espécie”. Crítica que, todavia, mais tarde não preveniu Figueiredo Dias contra o erro de passar a integrar o direito contra-ordenacional no quadro do direito administrativo e de qualificar as suas infracções como uma “categoria jurídico-administrativa” (cf. DIAS, Figueiredo, ²DP-PG, I, 7.º Cap., § 4).

⁵³¹ Como todavia pretendia ZANOBINI, Guido, *Le Sanzioni Amministrative*, Torino, Fratelli Bocca Editori, 1924, p. 40: “São penas administrativas e não sanções penais todas aquelas cuja aplicação for legalmente reservada à autoridade administrativa”.

⁵³² Nesta direcção, CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal*, I, p. 25, nota 1.

⁵³³ Cf., por todos, MICHELS, *Strafbare Handlung und Zuwiderhandlung*, p. 30 e ss., a cuja posição nos referimos supra, § 5.2.

⁵³⁴ Hesitação esta, a nossa, que decorre da própria evolução dos termos em que Eduardo Correia se expressa. Se de início usa correntemente as denominações “ilícito administrativo” ou “ilícito criminal administrativo” para designar o facto ilícito contra-ordenacional (cf. CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal*, I, p. 20 e ss.), depois parece pretender evitar o uso dessa terminologia – cf. a seguinte passagem já citada em texto: “Sendo assim, a sua violação realiza afinal, um ilícito administrativo, *ou melhor*, constitui infracção ao chamado direito de pura ordenação social” CORREIA, Eduardo, “Direito penal e direito de mera ordenação social”, p. 278, it. nosso).

⁵³⁵ CORREIA, Eduardo, “Direito penal e direito de mera ordenação social”, p. 271.

sobretudo aos administrativistas que caberia dilucidar o critério que permitisse compreender todo este novo domínio sancionatório⁵³⁶ e, decisivamente, deveria ser a jurisdição administrativa e não a criminal a receber a competência para apreciar as impugnações das condenações contra-ordenacionais⁵³⁷.

Contextualizada no seu tempo e avaliada sob o prisma da intenção fundamental que inspirava Eduardo Correia, a de criar um novo ramo de direito sancionatório autónomo do direito penal, compreende-se como legítima esta opção sistemática de Eduardo Correia. Uma tomada de posição hesitante quanto à pertença ou não de um futuro direito de pura ordenação social ao direito penal poderia dificultar, senão mesmo inviabilizar a sua concreta criação legal, fundamentalmente devido à entrega de uma competência processual primária à administração. Isto quando a questão da competência administrativa era tida por Eduardo Correia como o “verdadeiro ponto de arranque da descriminalização que se pretende”⁵³⁸. Agora o que não se compreende é que ao cabo de de meio século se continue a entender, contra todas as evidências, que o direito contra-ordenacional é parte integrante do direito administrativo.

§ 9.4 A recusa de um critério qualitativo de diferenciação para o projectado novo direito de mera ordenação social

1. As ideias e propostas lançadas por Eduardo Correia não tiveram, ao tempo, praticamente nenhuma reacção ou continuação na doutrina portuguesa⁵³⁹. Mesmo inscrevendo-se em um âmbito mais lato e de transcendente significado, o da total reforma do direito penal português da época, o certo é que, pelo menos até à Revolução dos Cravos, Eduardo Correia foi uma voz praticamente solitária na defesa da criação de um direito de mera ordenação social entre nós.

Um dos poucos autores que nesses anos afluíram também a questão contra-ordenacional foi Figueiredo Dias, na sua dissertação de doutoramento, publicada em 1969, “O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal”. Mesmo aí, como é

⁵³⁶ CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal*, I, p. 24.

⁵³⁷ CORREIA, Eduardo, “Direito penal e direito de mera ordenação social”, p. 271.

⁵³⁸ CORREIA, Eduardo, “Direito penal e direito de mera ordenação social”, p. 270.

⁵³⁹ Cumpre, não obstante, referir a concordância manifestada por Figueiredo Dias a um dos eixos fundamentais da reforma proposta por Eduardo Correia, a abolição da categoria das contravenções, acompanhada pela instituição do direito de mera ordenação social – cf. DIAS, Figueiredo, “A reforma do direito penal português”, *cit.*, 1972, pp. 11 e s. e 40.

aliás compreensível, Figueiredo Dias, que poucos anos volvidos viria a ser um dos principais impulsionadores da consagração do direito contra-ordenacional no sistema jurídico português, só se refere ao direito de pura ordenação social na medida do seu possível relevo para o problema que tinha em mãos, o do erro sobre a ilicitude⁵⁴⁰.

Figueiredo Dias alude ao direito de mera ordenação social no âmbito da discussão acerca da relevância do erro sobre proibições legais, que na doutrina alemã tinha então o direito contra-ordenacional como novo pólo de atracção. Era nesta sede, com efeito, que se travava boa parte da acesa discussão entre as teorias da culpa e as teorias do dolo, nela se inscrevendo a polémica entre Welzel e Lange a que fizemos referência supra⁵⁴¹. Figueiredo Dias coloca-se essencialmente do lado deste último e conclui que “em matéria de erro sobre a proibição relevante vale sempre a solução das teorias do dolo”⁵⁴². Porém, adverte expressamente que a linha argumentativa que emprega para concluir neste sentido não é necessariamente transponível para a solução da controvertida questão relativa à diferença substancial entre crimes e contra-ordenações, em rigor, um problema de carácter distinto daquele que tem em vista. Problemas que portanto “devem manter-se completamente cindidos, só assim se compreendendo, de resto, que subscrevam no essencial o critério aqui proposto para determinação do erro sobre a proibição muitíssimos autores que negam a possibilidade de uma distinção qualitativa entre direito penal de justiça e de mera ordenação, ou a afirmam com base em critério diverso”⁵⁴³.

Se Figueiredo Dias assumiu não pretender tomar posição sobre aquela distinção e sublinhou mesmo a *impossibilidade* de o critério de dilucidação do erro sobre proibições legais por si sustentado servir para tal efeito, ainda assim nos parece do máximo interesse dar aqui conta das linhas essenciais desse seu critério, porquanto, não muitos anos depois, apesar destas reservas inicialmente formuladas, passou (e continua

⁵⁴⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo, *O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal*, 4.^a ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1995 [1.^a ed.: 1969], § 20, p. 392 e ss.

⁵⁴¹ Cf. sobretudo WELZEL, “Der Verbotsirrtum im Nebenstrafrecht”, p. 238 e ss., e LANGE, “Der Strafgesetzer und die Schuldlehre”, p. 73 e ss., ambos de 1956.

⁵⁴² DIAS, Figueiredo, *O Problema da Consciência da Ilicitude*, § 20, II, 2., p. 401.

⁵⁴³ DIAS, Figueiredo, *O Problema da Consciência da Ilicitude*, § 20, II, 2., p. 402. A cisão é enfatizada “desde logo, porque o critério da neutralidade ou relevância axiológica, dizendo embora respeito à conduta como tal, é e ainda e sempre um critério alcançado teleologicamente a partir de um e para um problema de culpa” (DIAS, Figueiredo, *ibidem*).

hoje) a ser exactamente esse o critério por si preconizado para firmar uma diferenciação material entre o facto penal e o facto contra-ordenacional⁵⁴⁴.

É fundamentalmente ao domínio que designa como “direito *penal* de mera ordenação”⁵⁴⁵ que Figueiredo Dias reconduz as incriminações em relação às quais o desconhecimento da proibição deve ter um tratamento dogmático equivalente ao do erro sobre a factualidade típica, determinando uma exclusão do dolo (e não da culpa). É com o propósito de estabelecer uma “refundamentação axiológico-normativa desta conclusão, assinalando-lhe o seu exacto sentido e amplitude”⁵⁴⁶ que propõe o critério a que nos vimos referindo. Um critério que no seu estudo sobre “O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal” começa por estar circunscrito à delimitação entre o mero erro sobre a proibição legal e o autêntico erro sobre a ilicitude, mas que depois, como referimos, é trazido para a discussão contra-ordenacional. Aqui convergem os “casos em que permanecem abertas várias possibilidades de regulamentação, máxime naqueles domínios onde a necessidade desta deriva apenas de conveniências de organização «política» no seu mais amplo sentido (organização da «polis»), ou mesmo só da muito diferenciada divisão do trabalho e da técnica na sociedade dos nossos dias”⁵⁴⁷. Ora, ainda que essa regulação (v. g., a circulação rodoviária pela direita) não se inscreva na origem transcendente da consciência jurídica, a partir do momento em que seja concretamente positivada passa a dever “ser vista como correspondendo a uma exigência parcial da comunidade jurídica”⁵⁴⁸, não sendo por isso legítimo falar a seu propósito em um ilícito eticamente irrelevante⁵⁴⁹. Todavia, esta proposição não só não compromete, como até pressupõe a possibilidade de marcar uma distinção “entre condutas a que, independentemente do desvalor da ilicitude, corresponde já uma mais ampla valoração moral, cultural ou social, e condutas a que, antes da valoração da ilicitude, não corresponde qualquer mais amplo desvalor”⁵⁵⁰. Assim, se ali “*a conduta em si mesma, independentemente da sua eventual proibição, é*

⁵⁴⁴ Pela primeira vez, DIAS, Figueiredo, “O movimento da descriminalização e o ilícito de mera ordenação social”, *cit.*, 1983, p. 326 e ss. e agora ainda, por último, no seu ²DP-PG, I, 7.º Cap., § 2 e ss., esp. § 10 e s.

⁵⁴⁵ DIAS, Figueiredo, *O Problema da Consciência da Ilicitude*, § 20, II, p. 396 (it. nosso).

⁵⁴⁶ DIAS, Figueiredo, *O Problema da Consciência da Ilicitude*, § 20, II, p. 397.

⁵⁴⁷ DIAS, Figueiredo, *O Problema da Consciência da Ilicitude*, § 20, II, 1., p. 397.

⁵⁴⁸ DIAS, Figueiredo, *O Problema da Consciência da Ilicitude*, § 20, II, 1., p. 397.

⁵⁴⁹ DIAS, Figueiredo, *O Problema da Consciência da Ilicitude*, § 20, II, 1., p. 399, nota 18: “o que acontece é que condutas axiologicamente indiferentes só se transformam num ilícito eticamente relevante depois de conexas com a proibição legal respectiva”.

⁵⁵⁰ DIAS, Figueiredo, *O Problema da Consciência da Ilicitude*, § 20, II, 1., p. 398.

axiologicamente relevante, é um substrato idóneo para nele se ancorar o dever-ser ético, do qual o dever-ser jurídico participa⁵⁵¹, aqui “*a conduta em si mesma, cindida da proibição que a atinge, é axiologicamente neutra*, é um substrato inidóneo para nele se ancorar o dever-ser ético, e portanto também o dever-ser jurídico⁵⁵²”.

Pela via descrita, Figueiredo Dias considera que estando em causa uma conduta eticamente indiferente à qual é legalmente atribuído relevo penal, o conhecimento da proibição legal deve ser concebido como elemento indispensável para a formação do substrato sobre o qual deverá incidir o juízo de ilicitude resultante de uma valoração realizada ao nível da consciência ética. Porque assim é, o desconhecimento dessa proibição legal assume a natureza de um erro de ciência que se repercute numa exclusão do dolo e deixa subsistir uma eventual punição a título de negligência. Com esta solução, Figueiredo Dias faz par com Richard Lange, que nesta vertente – ou melhor, no âmbito das chamadas *Zuwiderhandlungen*, correspondentes às infracções do direito penal secundário e às infracções contra-ordenacionais – aponta igualmente para o afastamento do dolo na hipótese de erro sobre a proibição. Se Figueiredo Dias não leva neste momento mais além o alcance do critério de identificação do erro sobre proibições legais imprescindíveis para aceder ao juízo de ilicitude, depois, como veremos, é sobre ele que fundamenta uma diferenciação qualitativa entre crimes e contra-ordenações; assim passando a fazer par com Lange e Michels também neste específico domínio.

2. Destaque merece ainda a detida e directa consideração de Eliana Gersão sobre a viabilidade e interesse de uma eventual introdução do direito de mera ordenação social no sistema legal português⁵⁵³. Tratou-se, ao que parece, da única verdadeira réplica oferecida à proposta de Eduardo Correia ainda no período do Estado Novo⁵⁵⁴. Uma resposta, aliás, de total oposição ao caminho preconizado por Eduardo Correia, um

⁵⁵¹ DIAS, Figueiredo, *O Problema da Consciência da Ilicitude*, § 20, II, 1., p. 398.

⁵⁵² DIAS, Figueiredo, *O Problema da Consciência da Ilicitude*, § 20, II, 1., p. 398 e s.

⁵⁵³ GERSÃO, Eliana, “Violações de deveres tributários criminalmente sancionadas”, *Ciência e Técnica Fiscal*, n.ºs 173-174, 1973, p. 51 e ss. A A. aborda a questão a propósito do enquadramento sancionatório que, *de jure constituendo*, deveria ser dado às infracções fiscais, mas a sua reflexão sobre o tema contra-ordenacional adquire uma dimensão bem mais ampla, acabando por tratar o problema sob uma perspectiva geral.

⁵⁵⁴ Cf., em todo o caso, o estudo de SOUSA, João Castro e, *As Pessoas Colectivas em Face do Direito Criminal e do chamado «Direito de Mera Ordenação Social»*, Coimbra, Coimbra Editora, que, apesar de corresponder a uma dissertação redigida em 1972 só foi publicado em 1985. Quanto ao fundo da questão sobre o critério de distinção, SOUSA, João Castro, *cit.*, p. 136 e ss., limita-se porém praticamente a fazer eco da posição de Eduardo Correia, que segue muitíssimo de perto.

caminho que, para si, “levanta graves dificuldades”⁵⁵⁵. Para Eliana Gersão, nenhum dos critérios que sucessivamente foram apresentados para sustentar uma diferenciação material entre crimes e contra-ordenações se apresenta isento de objecções insuperáveis. Rejeita a possibilidade de uma contraposição no plano ético, porquanto “não se pode dizer que a ordem administrativa, visando apenas a prosseguir o bem estar social, é eticamente indiferente. O bem-estar social – parte integrante duma maior justiça na vida comunitária, que ao direito cumpre fomentar – é um valor de nítido conteúdo ético”⁵⁵⁶. Tal como recusa também a ideia de que a distinção possa passar por uma paralela oposição entre normas pré-existentes, às quais o direito penal se limitaria a conferir relevo jurídico-formal, e normas criadas pelo próprio legislador, que dariam corpo ao direito de mera ordenação social. Mesmo uma cisão puramente formal, como aquela pela qual enveredou o legislador alemão em 1968, lhe parece de duvidosa validade, uma vez que pretender radicar a separação na natureza pecuniária da sanção contra-ordenacional significa retomar uma ideia há muito abandonada, a de que só é pena criminal a sanção que implica privação da liberdade. Tanto mais que, acrescenta, “para além da configuração pecuniária, nada permite distinguir as sanções aplicáveis às «infracções contra a ordenação» das penas criminais: ambas prosseguem fins *retributivos* e *preventivos*; ambas se traduzem, na sua essência, num mal aplicado ao agente”⁵⁵⁷.

Perante esta impossibilidade de sustentar as contra-ordenações com base num critério que impregne a oposição em relação ao domínio criminal de uma autêntica diferença material, conclui Eliana Gersão que “tais infracções [de mera ordenação social], como categoria autónoma, não existem”⁵⁵⁸, tudo devendo permanecer no seio do direito penal, no âmbito do qual haverá que destrinçar os crimes graves e as meras bagatelas penais. Uma distinção que, como se percebe, é apenas de grau e não de substância, mas que será compatível, atenta a menor gravidade de tais bagatelas, com um tratamento diferenciado ao nível dogmático, sancionatório e processual.

⁵⁵⁵ GERSÃO, Eliana, “Violações de deveres tributários criminalmente sancionadas”, p. 55.

⁵⁵⁶ GERSÃO, Eliana, “Violações de deveres tributários criminalmente sancionadas”, p. 56.

⁵⁵⁷ GERSÃO, Eliana, “Violações de deveres tributários criminalmente sancionadas”, p. 58 (it. nosso).

⁵⁵⁸ GERSÃO, Eliana, “Violações de deveres tributários criminalmente sancionadas”, p. 58 e s.

§ 10. O PÓS-25 DE ABRIL E A CRIAÇÃO LEGAL DO DIREITO DE MERA ORDENAÇÃO SOCIAL

1. Pelo que vimos, até meados da década de 1970, a discussão dogmática acerca da introdução no direito português do paradigma alemão das contra-ordenações não foi bem uma discussão, mas mais uma espécie de solilóquio de Eduardo Correia. Ao contrário do sucedido na Alemanha no início do século, onde foi vivíssimo o debate em torno do modelo proposto por James Goldschmidt, que corporizou mesmo a chamada teoria do direito penal administrativo, em Portugal a posição de Eduardo Correia não suscitou entre nós uma discussão minimamente comparável.

Compreende-se deste modo que, pese embora a existência de uma já quase inabarcável literatura estrangeira, sobretudo alemã, sobre o direito de mera ordenação social, haja sido ao lastro dogmático dos trabalhos de Eduardo Correia que a doutrina e em especial a jurisprudência portuguesas tenham recorrido a partir do momento em que entre nós foi legalmente consagrado o direito das contra-ordenações.

Esse passo, preconizado por Eduardo Correia logo no alvor da década de 1960, teve, porém, de aguardar pelo advento de um novo regime político para conhecer forma de lei. Na realidade, o Projecto de um novo Código Penal apresentado por Eduardo Correia jamais “saiu da gaveta” do Governo do Estado Novo, “nunca tendo encontrado o espaço político necessário à sua consagração legal”⁵⁵⁹. Como esclarece Figueiredo Dias, de um ponto de vista estritamente político, no contexto da ditadura política que se vivia em Portugal, “os tempos não estavam maduros para que um Projecto como o de Eduardo Correia pudesse ser transformado em lei. O étimo fundante do Estado português era ainda, nessa altura, claramente antidemocrático e antiliberal e chocava por isso com algumas das características mais notáveis da reforma proposta”⁵⁶⁰.

⁵⁵⁹ Preâmbulo do CP de 1982, 1. (*DR-I Série*, de 23-09-1982, p. 3006-(3)).

⁵⁶⁰ DIAS, Figueiredo, “O Código Penal português de 1982 e a sua reforma”, p. 165. Considera ainda DIAS, Figueiredo, ²*DP-PG*, I, 4.º Cap., § 58, que a mais funda razão para que tal tivesse sucedido residiu no “vasto campo que [no Projecto de Eduardo Correia] se pretendia conceder à prevenção especial de socialização e a uma política criminal nele assente”, tendo ainda para tal contribuído os princípios que no Projecto se previam relativamente às medidas de segurança, que, caso fossem legalmente plasmados, passariam a inviabilizar a aplicação de medidas de segurança aos delinquentes políticos, a forma de reacção por excelência do regime ditatorial aos seus opositores políticos (ainda neste sentido, DIAS, Figueiredo, ²*DP-PG*, I, 5.º Cap., § 19 e nota 31). Para uma perspectiva mais ampla sobre a matéria das medidas de segurança no Projecto de Eduardo Correia, cf. ANTUNES, Maria João, *Medida de Segurança de Internamento e Facto de Inimputável em Razão de Anomalia Psíquica*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, p. 156 e ss.

Só pois com a Revolução de 25 de Abril de 1974 e a instauração de um novo sistema político, de matriz democrática, houve condições políticas para levar avante a reforma penal de que o sistema jurídico português tanto carecia. Uma reforma que já no tempo do Estado Novo era tida como inadiável⁵⁶¹ e cuja imprescindibilidade se tornou ainda mais evidente após a Revolução, dada a instante necessidade de adequar o direito penal português ao novo quadro democrático. A ideia da imprescindibilidade dessa reforma acentuou-se mesmo durante o período revolucionário, no qual se verificou um “aumento espectacular da criminalidade”⁵⁶², do mesmo passo que se instalou a “mais completa anarquia jurídico-penal”⁵⁶³, caracterizada pela “acentuação de um desordenado processo de sobrecriminalização”⁵⁶⁴.

Em 1976, ano em que é aprovada a nova Constituição da República Portuguesa, são finalmente reatados os trabalhos legislativos com vista à reforma penal. A composição da Comissão nomeada para o efeito⁵⁶⁵ assegurou que a reforma fosse promovida fundamentalmente com base no labor anterior de Eduardo Correia⁵⁶⁶ e que continuasse a ter a amplitude que já antes lhe era adscrita: além de compreender a aprovação de um novo Código Penal, essa reforma deveria estender-se ainda aos domínios da delinquência juvenil, do direito de mera ordenação social, do direito processual penal e do direito de execução das penas⁵⁶⁷.

Nesses anos da segunda metade da década de 1970, sucederam-se projectos e propostas legislativas inscritos nesse processo de reforma penal⁵⁶⁸, como se sucederam também as tomadas de posição em favor de uma reforma que promovesse a eliminação das contravenções e instituisse o direito de mera ordenação social. A favor deste rumo

⁵⁶¹ DIAS, Figueiredo, “A reforma do direito penal português”, *passim*.

⁵⁶² DIAS, Jorge de Figueiredo, “Lei criminal e controlo da criminalidade. O processo legal-social de criminalização e de descriminalização”, *ROA*, 1976, p. 69.

⁵⁶³ DIAS, Figueiredo, “Lei criminal e controlo da criminalidade”, p. 77. De uma caótica situação da nossa legislação penal extravagante falava também COSTA, José de Faria, “Breves reflexões sobre o Decreto-Lei n.º 207-B/75 e o direito penal económico”, *RDE*, 2, 1976, p. 42.

⁵⁶⁴ DIAS, Figueiredo, “Lei criminal e controlo da criminalidade”, p. 78.

⁵⁶⁵ A Comissão, indigitada pelo Ministro da Justiça do VI Governo Provisório, era integrada pelos Professores Eduardo Correia e Jorge de Figueiredo Dias, pelo Conselheiro António Miguel Caeiro e pelos Assistentes da Faculdade de Direito de Coimbra José Beleza e José de Faria Costa – cf. MONTEIRO, Cristina Líbano, “O Código Penal de 1982 – subsídio para uma compreensão histórica da sua génese”, *BFUDC*, vol. LXVIII, 1992, p. 268.

⁵⁶⁶ DIAS, Figueiredo, “O Código Penal português de 1982 e a sua reforma”, p. 166.

⁵⁶⁷ Cf. DIAS, Figueiredo, “A reforma do direito penal português”, p. 12.

⁵⁶⁸ Para uma breve referência aos avanços e recuos do processo de reforma, que, como é natural, foi muito condicionado pela forte instabilidade política e governativa da época, cf. DIAS, Figueiredo, “O Código Penal português de 1982 e a sua reforma”, p. 166 e s., e o Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 400/82, de 23/9, I (*DR-I Série*, p. 3006-(3)), que instituiu o novo Código Penal.

pronunciaram-se, claro está, Eduardo Correia, mas também Jorge de Figueiredo Dias, Manuel da Costa Andrade e José de Faria Costa⁵⁶⁹. A pertença de todos eles à Faculdade de Direito de Coimbra e o seu envolvimento na marcha legislativa que conduziu ao Código Penal de 1982 e à nova legislação contra-ordenacional levou mesmo a que depois se sugerisse – com propriedade, acrescentamos nós – que este novo quadro legislativo é um produto representativo da “Escola de Coimbra”⁵⁷⁰. Chegando José António Veloso a considerar Eduardo Correia, Figueiredo Dias, Costa Andrade e Faria Costa como os “doutrinadores” do regime de mera ordenação social instituído no sistema sancionatório português⁵⁷¹.

2. Neste período que mediou entre a Revolução de 1974 e a aprovação do primeiro diploma legal contra-ordenacional, um ou outro apelo em prol dessa reforma legislativa foi acompanhado de uma reflexão de ordem dogmática acerca da natureza do ilícito de mera ordenação social⁵⁷².

Pela sua divergência marcada em relação ao pensamento de Eduardo Correia, especial relevo deve ser concedido à posição conjuntamente manifestada por Figueiredo Dias e Costa Andrade acerca da possibilidade de ser traçada uma diferenciação qualitativa entre crimes e contra-ordenações⁵⁷³. Referindo-se à experiência alemã e dando resumida conta dos vários critérios de distinção material que se foram sucedendo desde a proposta inicial de Goldschmidt, estes autores concluem que as várias notas imanentes a essas tentativas de segregação material de um ilícito de mera ordenação social acabaram “perdendo a capacidade como critério *qualitativo* separador de duas

⁵⁶⁹ Cf., v. g., CORREIA, Eduardo, “Introdução ao direito penal económico”, *RDE*, 3, 1977, p. 3 e ss., DIAS, Figueiredo, “Lei criminal e controlo da criminalidade”, p. 92, DIAS, Jorge de Figueiredo / ANDRADE, Manuel da Costa, “Problemática geral das infracções antieconómicas”, *BMJ*, n.º 262, 1977, p. 35 e ss., e COSTA, Faria, “Breves reflexões sobre o Decreto-Lei n.º 207-B/75 e o direito penal económico”, p. 35 e ss.

⁵⁷⁰ MACHADO, Miguel Pedrosa, “Elementos...”, p. 100.

⁵⁷¹ VELOSO, José António, “Boas intenções, maus resultados: notas soltas sobre investigação e processo na supervisão financeira”, *ROA*, 2000, p. 74.

⁵⁷² Pronunciando-se de novo sobre este problema, GERSÃO, Eliana, “Revisão do sistema jurídico relativo à infracção fiscal”, in: IDPEE, *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários. Vol. II: Problemas Especiais*, Coimbra, Coimbra Editora, 1999 (estudo originalmente publicado nos *Cadernos de Ciência Técnica Fiscal*, n.º 112, 1976), pp. 87 e 91 e ss., volta a manifestar-se contra a possibilidade de uma distinção de natureza material, mas deixa agora de defender que as bagatelas permaneçam no espaço criminal, antes devendo ser “remetidas para o ilícito penal administrativo”.

Cf. ainda BELEZA, José Manuel Merêa Pizarro, “Notas sobre o direito penal especial das sociedades comerciais”, *RDE*, 3, 1977, p. 291, também do lado de uma diferenciação “meramente formal (identificável pelas diferenças formais reveladas no direito positivo)”.

⁵⁷³ DIAS, Figueiredo / ANDRADE, Costa, “Problemática geral das infracções antieconómicas”, p. 35 e ss.

realidades essencialmente distintas⁵⁷⁴. Constatam assim “uma certa tendência para abandonar ou esquecer esta distinção *qualitativa* (radicada na essência dos dois tipos de ilícito) e trazer ao primeiro plano diferenças formais, processuais, etc.”⁵⁷⁵. Os autores parecem rever-se nessa impossibilidade de continuar a sustentar a contraposição entre crimes e contra-ordenações numa base material, chegando mesmo a falar de um abandono, cuja definitividade dizem desconhecer, do critério qualitativo. Trata-se, não obstante, como fazem questão de ressaltar e é demonstrado pela experiência alemã, de uma situação que em nada compromete a possibilidade de criação de um direito de mera ordenação social, que têm mesmo como inadiável⁵⁷⁶, concebido como “coisa diferente do Direito Penal”⁵⁷⁷ e assim portador de um conjunto significativo de especificidades em relação a este, designadamente, “em pontos fundamentais como a possibilidade de sancionamento das pessoas colectivas, o carácter específico do processo, o seu sistema de reacções, a natureza *aberta* de muitas suas tipificações, as instâncias encarregadas da promoção processual e da decisão”⁵⁷⁸.

Se os termos em que, por último, Eduardo Correia delineou e propôs a criação do direito contra-ordenacional⁵⁷⁹ estavam já desfasados das concepções doutrinárias e jurisprudenciais contemporâneas claramente dominantes na Alemanha⁵⁸⁰, pretendendo mesmo fazer reviver o quadro dogmático inicialmente sustentado por Eberhard Schmidt e que este próprio havia já reconhecido como tendo sido ultrapassado pela marcha da história⁵⁸¹, este estudo de Figueiredo Dias e Costa Andrade, ainda que breve, veio trazer ao auditório português uma descrição mais fiel e actualizada do estado da questão sobre o critério de distinção no ordenamento alemão, tido como o referente essencial neste domínio. E todavia, porventura em virtude da posição divergente que não muito depois Figueiredo Dias passou a adoptar, tal estudo parece não ter tido efectiva repercussão no debate doutrinal e jurisprudencial que se abriu entre nós quando o direito contra-ordenacional conheceu expressão legal.

⁵⁷⁴ DIAS, Figueiredo / ANDRADE, Costa, “Problemática geral das infracções antieconómicas”, p. 36.

⁵⁷⁵ DIAS, Figueiredo / ANDRADE, Costa, “Problemática geral das infracções antieconómicas”, p. 36.

⁵⁷⁶ DIAS, Figueiredo / ANDRADE, Costa, “Problemática geral das infracções antieconómicas”, p. 40, nota 97.

⁵⁷⁷ DIAS, Figueiredo / ANDRADE, Costa, “Problemática geral das infracções antieconómicas”, p. 37.

⁵⁷⁸ DIAS, Figueiredo / ANDRADE, Costa, “Problemática geral das infracções antieconómicas”, p. 37.

⁵⁷⁹ Referimo-nos ao seu “Direito penal e direito de mera ordenação social”, de 1973.

⁵⁸⁰ Cf. *supra*, § 9.3.

⁵⁸¹ SCHMIDT, Eberhard, “Schriftum zum neuen Ordnungswidrigkeitenrecht”, p. 401.

§ 10.1 O Regime Geral das Contra-Ordenações aprovado pelo Decreto-Lei n.º

232/79

1. Embora o direito de mera ordenação social fosse uma peça fulcral do desenho do direito penal português futuro que aqueles vários autores da chamada “Escola de Coimbra” anteviam, a específica elaboração de um projecto de lei-quadro do direito contra-ordenacional a constituir parece não ter sido confiada à Comissão formada para preparação da reforma penal. Tanto assim que, em meados de 1976, Figueiredo Dias e Costa Andrade – aquele, como se disse, um dos membros de tal Comissão – recomendavam ao Ministro do Comércio Interno, em resposta a consulta que este lhes dirigiu, correspondente ao estudo a que nos referimos supra, que promovesse “o início imediato – porventura em conexão com a comissão de reforma do Código Penal – dos trabalhos preparatórios duma lei contendo o regime geral do direito de mera ordenação social: regime que, atendendo à natureza geral deste tipo de ilícito, estabeleça as normas gerais em matéria de sanções, processo, legalidade, instâncias encarregadas da investigação e decisão”⁵⁸².

Se não antes, essa missão foi assumida pelo IV Governo Constitucional, que iniciou funções em Novembro de 1978 e teve Eduardo Correia como Ministro da Justiça⁵⁸³. Isso o que torna compreensível o marcante impulso legiferante que a reforma penal conheceu nesse período legislativo⁵⁸⁴. Como se reconheceu no preâmbulo do Código Penal de 1982, “na vigência do IV Governo Constitucional tentou-se decididamente realizar todo o plano arquitectural do ordenamento penal português. Novamente foi apresentada uma proposta de lei (relativa à «Parte geral») à Assembleia da República, absolutamente coincidente com a enviada pelo I Governo

⁵⁸² DIAS, Figueiredo / ANDRADE, Costa, “Problemática geral das infracções antieconómicas”, p. 47, que referem ter a sua resposta sido dada em 14 de Julho de 1976 (p. 5).

⁵⁸³ O IV Governo Constitucional, de que Eduardo Correia foi Ministro da Justiça, perdurou entre 22 de Novembro de 1978 e 7 de Junho de 1979, data em que, a pedido do Primeiro-Ministro Carlos da Mota Pinto, foi exonerado pelo Presidente da República (Decreto da Presidência da República n.º 52/79, assinado em 7 de Junho e publicado no *DR-I Série* de 11 de Junho de 1979).

⁵⁸⁴ Segundo MONTEIRO, Cristina Líbano, “O Código Penal de 1982”, p. 268, “uma Comissão da responsabilidade do Gabinete do Ministro da Justiça e presidida por este revê a Parte Especial do Projecto, encarregando-se também da preparação de alguns diplomas complementares (relativos ao direito de mera ordenação social, ao regime penal de jovens adultos, ao regime penitenciário e ao registo criminal). Além do presidente, compunham a Comissão o Prof. Doutor Figueiredo Dias e os assistentes da Faculdade de Direito de Coimbra, Drs. Costa Andrade, Faria Costa, Taipa de Carvalho, Anabela Rodrigues e António Manuel de Almeida Costa”.

Constitucional⁵⁸⁵. No que toca à «Parte especial», foi esta também revista no Ministério da Justiça, resultando do seu trabalho um articulado que igualmente se enviou à Assembleia da República, sob a conveniente forma de proposta de lei^{586,587}.

Além destas iniciativas legislativas tendentes à aprovação de um novo Código Penal, que todavia não tiveram imediata continuidade em virtude da queda desse IV Governo em Junho de 1979, o Ministro da Justiça Eduardo Correia logrou ainda aprovar, sob a forma de Decreto-Lei, o diploma legal que pela primeira vez instituiu entre nós o ilícito de mera ordenação social, o *Decreto-Lei n.º 232/79*, aprovado em Conselho de Ministros no dia 6 de Junho de 1979 e publicado na I Série do Diário da República de 24 de Julho de 1979. Um diploma que parece não ter passado pelas mãos das Comissões que então trabalhavam na preparação da reforma penal, tendo sido exclusivamente elaborado pelo próprio Ministério da Justiça, com base num anteprojecto apresentado por Costa Andrade e Faria Costa⁵⁸⁸, à data colaboradores do Ministério.

O facto de a aprovação do diploma ter ocorrido no dia imediatamente anterior ao da assinatura pelo Presidente da República do pedido de exoneração do Primeiro-Ministro⁵⁸⁹ parece ser sinal de que para Eduardo Correia era esta uma legislação que urgia emitir, para que se não frustrasse, quiçá definitivamente, a por si há muito desejada criação legislativa de um direito contra-ordenacional em Portugal.

2. À semelhança da OWiG alemã, o Decreto-Lei n.º 232/79 assumiu-se essencialmente como uma “lei-quadro”⁵⁹⁰, definindo os princípios e regras gerais do direito contra-ordenacional substantivo e adjectivo e assim passando a dar cobertura à criação futura de específicos tipos legais contra-ordenacionais.

O diploma não se ficou, todavia, por aqui e determinou, no n.º 3 do seu art. 1.º, a equiparação às contra-ordenações das contravenções ou transgressões previstas na lei

⁵⁸⁵ Proposta de Lei n.º 117/I (*DAR*, suplemento ao n.º 136, de 28-07-1977).

⁵⁸⁶ Cf. *BMJ*, n.º 291, 1979, p. 5 e ss.

⁵⁸⁷ *DR-I Série*, de 23-09-1982, p. 3006-(3).

⁵⁸⁸ Cf. <http://www.fd.uc.pt/~jfcosta/vidafora.html>, onde José de Faria Costa dá conta de que, “juntamente com Manuel da Costa Andrade, participou na elaboração de um anteprojecto relativo ao direito de mera ordenação social”.

⁵⁸⁹ No Parecer n.º 4/81, *cit.*, p. 207 e ss., a Comissão Constitucional não descortinou inconstitucionalidade na circunstância de o diploma ter sido aprovado em Conselho de Ministros antes da data da exoneração do IV Constitucional, 7 de Junho de 1979, mas ter sido promulgado e publicado depois da publicação do decreto de exoneração do respectivo Primeiro-Ministro.

⁵⁹⁰ ANDRADE, Costa, “Contributo para o conceito de contra-ordenação”, p. 82.

vigente a que fossem aplicadas sanções pecuniárias⁵⁹¹. Num só golpe operando, se não uma autêntica descriminalização⁵⁹², pelo menos uma imediata desjudicialização de todos os tipos contravencionais puníveis com sanções pecuniárias⁵⁹³.

Na definição de contra-ordenação, o legislador português seguiu o exemplo da OWiG de 1968 e estabeleceu como critério identificador da infracção contra-ordenacional um *critério formal*, decalcado do § 1 (1) daquela lei alemã: “constitui contra-ordenação todo o facto ilícito e subjectivamente censurável que preencha um tipo legal no qual se comine uma coima” (art. 1.º-1).

Embora o texto legal tenha adoptado uma definição puramente formal de contra-ordenação, no preâmbulo do Decreto-Lei n.º 232/79 o legislador fez questão de tomar posição na querela sobre a natureza da contra-ordenação e da coima, imputando-lhes uma diferença qualitativa em relação ao crime e à pena criminal, em exacta consonância com as posições anteriormente sufragadas por Eduardo Correia, nele citadas e transcritas por duas vezes⁵⁹⁴. O preâmbulo é de tal modo apologético daquela perspectiva dogmática que, no nosso modo de ver, mais parece um artigo doutrinal do que propriamente um mero relatório explicativo das razões e circunstâncias envolvidas na introdução do novo regime legal. Questão que seria de somenos não fora o eminente relevo que a jurisprudência⁵⁹⁵ e a doutrina⁵⁹⁶ mais tarde concederam ao seu conteúdo na exegese e na avaliação da constitucionalidade das soluções do diploma.

⁵⁹¹ Art. 1.º-3 do Decreto-Lei n.º 232/79: “São equiparáveis às contra-ordenações as contravenções ou transgressões previstas pela lei vigente a que sejam aplicadas sanções pecuniárias”.

⁵⁹² No sentido de que se tratou de uma descriminalização pronunciou-se o próprio Ministério da Justiça daquele IV Governo Constitucional, na Exposição de Motivos que precedeu a sua proposta de “Parte Especial” para um novo Código Penal: “6. O diploma sobre a ordenação social, já aprovado, permitiu uma larga descriminalização sem afectar as exigências da expiação, prevenção geral, especial e, com isso, a defesa da sociedade” (*BMJ*, n.º 291, 1979, p. 6). Considerando ainda que “o Decreto-Lei n.º 232/79 eliminou sem resto a categoria das contravenções puníveis com pena de multa”, DIAS, Figueiredo, “O movimento da descriminalização e o ilícito de mera ordenação social”, p. 324.

⁵⁹³ No parecer da doutrina da época, esta equiparação abrangeria apenas as contravenções somente puníveis com multa, sendo que aquelas “a que correspondesse pena de prisão continuariam a existir enquanto tais” (BELEZA, Teresa, ²*Direito Penal*, p. 129 e s.). Para uma minuciosa análise dos delicados problemas de sucessão de leis decorrentes do art. 1.º-3 do Decreto-Lei n.º 232/79 e da sua revogação, que se referirá infra em texto, pelo Decreto-Lei n.º 411-A/79, de 1/10, cf. CARVALHO, Américo Taipa de, *Sucessão de Leis Penais*, Coimbra, Coimbra Editora, 1990, p. 101 e ss.

⁵⁹⁴ *DR-I Série*, de 24-07-1979, p. 1609-1611.

⁵⁹⁵ Assim, logo a Comissão Constitucional, no Parecer n.º 4/81, *cit.*, p. 248 e ss., e depois o TC, no seu fundamental Ac. n.º 158/92, aquele em que pela primeira vez se pronunciou *directa e detidamente* sobre a validade constitucional da competência administrativa para o processamento das contra-ordenações, louvando-se essencialmente no Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 232/79 e naquele Parecer n.º 4/81 da Comissão Constitucional para concluir pela conformidade constitucional daquele pilar do sistema contra-ordenacional (cf. § 14.3, 2.).

⁵⁹⁶ V. g., CARVALHO, Taipa de, *Sucessão de Leis Penais*, p. 98 e s.

O preâmbulo começa logo por enfatizar a cada vez mais instante necessidade “de um ordenamento sancionatório alternativo e diferente do direito criminal”, frisando que com o novo regime “está em causa um ordenamento sancionatório distinto do direito criminal”. Por isso que, esclarece o preâmbulo, o direito contra-ordenacional é caracterizado pela inaplicabilidade de qualquer medida processual ou sanção privativas da liberdade, sendo a coima a sua sanção normal, que é aplicada por autoridades administrativas, no âmbito de um processo extremamente simplificado e aberto aos corolários do princípio da oportunidade, sem prejuízo de um direito de defesa e audiência e de um inderrogável direito de recurso para as instâncias judiciais.

Como razões de fundo que estão na base da instituição do direito de mera ordenação social, o preâmbulo invoca a necessidade de purificação do direito penal, através da criação de um ordenamento que o possa aliviar do fardo insuportável com que a hipercriminalização o carregou. Um ordenamento, pois, “que permita libertar este ramo de direito das infracções que prestam homenagem a dogmatismos morais ultrapassados e desajustados no quadro das sociedades democráticas e plurais, bem como do número inflacionário e incontrolável das infracções destinadas a assegurar a eficácia dos comandos normativos da Administração, cuja desobediência *se não reveste da ressonância moral* característica do direito penal” (it. nosso).

O direito de mera ordenação social apresenta-se assim, nas palavras do legislador, como uma consequência da confluência de duas ordens de factores: a superação definitiva do modelo do Estado liberal, consubstanciada na assumpção por todos os Estados contemporâneos de missões de planificação, propulsão e conformação da vida económica e social; e o movimento de descriminalização, como reacção ao fenómeno de hipertrofia do direito penal, à submersão dos tribunais por processos de duvidosa dignidade penal e a um sentimento de anomia e de desregramento, no qual perpassa a ideia de que “onde tudo é proibido, tudo acaba por se considerar permitido”.

Como razão para o novo diploma é ainda apresentado o propósito de encurtar a distância que neste domínio ainda separava a ordem jurídica portuguesa do direito vigente noutros Estados, nomeadamente, os das duas Alemanhas.

O preâmbulo não se ficou, porém, pela normal adução das razões justificativas do novo quadro legal, tendo ido mais além, intrometendo-se num tema de que deveria manter-se arredado, o da natureza intrínseca da contra-ordenação. Tratando-se embora de matéria em que se afiguraria mais prudente deixar um campo aberto e

descomprometido, que pudesse ser depois lavrado pela doutrina e pela jurisprudência, o legislador não se coibiu de tomar posição sobre a questão. Sendo o diploma emanado de um Ministério da Justiça dirigido por Eduardo Correia, não custará adivinhar para qual dos sentidos da contenda doutrinal se inclinou o preâmbulo. Se, para usar uma linguagem penal, aliás muito cara a Eduardo Correia, seria inexigível que este se abstivesse de deixar marcada na “sua” lei das contra-ordenações justamente aquela que era *para si* a mais exacta caracterização do conceito de contra-ordenação, ser-lhe-ia já porém exigível que o não fizesse dando-lhe um enquadramento manifestamente desconforme à realidade da doutrina penal da época.

O busílis está no facto de o preâmbulo pretender fazer passar a ideia de que o critério qualitativo por si erigido como linha rectora de demarcação entre o direito penal e o direito contra-ordenacional constituía um dado tido como indiscutível e que concitava largo consenso, senão mesmo unanimidade na doutrina: “Sabe-se, por outro lado, como o direito de mera ordenação social tem sido, na última década, objecto de cuidada e persistente reflexão tanto por parte da doutrina estrangeira como da doutrina portuguesa. Por isso é que, a par de alguns pontos de controvérsias que persistem, se registam já *consideráveis áreas de consenso ou mesmo de unanimidade. Como acontece, manifestamente, quanto à distinção* entre o direito de mera ordenação social e o direito penal. Hoje é *pacífica* a ideia de que entre os dois ramos de direito medeia uma *autêntica diferença*: não se trata apenas de uma *diferença de quantidade* ou puramente formal, mas de uma *diferença de natureza*. A *contra-ordenação «é um aliud que se diferencia qualitativamente do crime* na medida em que o respectivo ilícito e as reacções que lhe cabem não são directamente fundamentáveis num plano ético-jurídico, não estando, portanto, sujeitas aos princípios e corolários do direito criminal» (Eduardo Correia, *ibidem*, p. 268)” (it. nosso).

Temos, pois, que o preâmbulo não se limita a afirmar a autonomia que deve interceder entre o direito penal e o direito contra-ordenacional, mas vai mais longe e declara expressamente que essa autonomia assenta numa *diferença qualitativa* da própria contra-ordenação em relação ao facto penal, afirmando *apertis verbis*, na senda de um escrito de Eduardo Correia, que a contra-ordenação é um *aliud* que se diferencia qualitativamente do crime. Só que o faz pretendendo inculcar a ideia de que à data essa era uma posição pacífica, de evidência manifesta, quando, na verdade, não o era,

correspondendo, antes sim, a uma tese já minoritária no âmbito desta discussão doutrinal⁵⁹⁷!

O preâmbulo sufraga então um critério de natureza qualitativa para discernir o crime da contra-ordenação que assenta na impossibilidade de a contra-ordenação ser directamente fundamentável num plano ético-jurídico. Neste mesmo sentido, afirma-se que também a coima se mostra desprovida de qualquer fundamentação ético-jurídica, sendo por isso alheia a uma ideia de “expição da censura ético-pessoal”. A coima é frontalmente assumida como “uma sanção de natureza administrativa (...) com o sentido dissuasor de uma advertência social”. Vai aqui pois implícito o mesmo equívoco que já assinalámos à concepção de Eduardo Correia, o de invocar a indiferença ética do facto e da sanção para assim os reconduzir, sem mais e independentemente da sua efectiva natureza administrativa, ao plano do direito administrativo. Equívoco que se revela ainda mais flagrante à luz da imediata equiparação de todas as contravenções então vigentes a contra-ordenações, muitas delas seguramente correspondentes a factos em si mesmos eticamente relevantes e de modo algum assimiláveis à ordem administrativa.

3. A pretendida independência do direito de mera ordenação social em face do direito penal levou a que, tal como na Alemanha e como logo havia sido proposto em 1963 por Eduardo Correia no seu Projecto da Parte Geral para um novo Código Penal⁵⁹⁸, hajam sido escolhidos para designar o facto e a sanção do direito de mera ordenação social novas designações insusceptíveis de poderem criar uma sua associação com a ordem penal, respectivamente, os vocábulos “contra-ordenação” e “coima”⁵⁹⁹. Com efeito, como a este exacto propósito salienta Faria Costa, “a nível discursivo a

⁵⁹⁷ Cf. a nossa análise sobre a evolução da doutrina e da jurisprudência alemãs sobre esta matéria, supra §§ 5. e 6.; e logo na doutrina da época, DIAS, Figueiredo / ANDRADE, Costa, “Problemática geral das infracções antieconómicas”, p. 36: “hoje, assiste-se a uma certa tendência para abandonar ou esquecer esta distinção *qualitativa* (radicada na essência dos tipos de ilícito)”.

⁵⁹⁸ CORREIA, Eduardo, “Código Penal. Projecto da Parte Geral”, p. 78. Cf. ainda CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal*, I, p. 34, nota 1, e “Direito penal e direito de mera ordenação social”, p. 281.

⁵⁹⁹ Acentuando a importância da adopção de uma nova terminologia, tanto na Alemanha, como entre nós, TIEDEMANN, Klaus, “Principes généraux applicables aux sanctions communautaires. Projet de rapport général”, in: *The System of Administrative and Penal Sanctions in the Member States of the European Communities*, vol. II, Luxembourg, Office for Official Publications of the European Communities, 1994, p. 13 e s.

narrativa jurídico-penal sentiu a necessidade de escolher formulações semânticas diferentes”⁶⁰⁰.

Se a palavra *contra-ordenação* correspondeu a uma transposição ao pé da letra para a língua portuguesa da palavra alemã *Ordnungswidrigkeit*⁶⁰¹, já o termo *coima* estava longe de constituir um neologismo. Parecendo embora ter entrado em desuso⁶⁰², não obstante continuar, por exemplo, a figurar no art. 485.º do CP ainda então vigente⁶⁰³, a palavra *coima* remontava já ao nosso período medieval, representando, segundo Lobão, a “*satisfação, mulcta ou pena que se leva pela injustiça, injúria ou afronta commettida*”⁶⁰⁴. A sua advertência de que “a palavra «coima» não he

⁶⁰⁰ COSTA, Faria, *O Perigo em Direito Penal*, p. 455.

⁶⁰¹ A escolha, em nosso modo de ver tão legítima como tantas outras possíveis, não ficou, porém, sem reparos – considerando que “a tradução correcta de *Ordnungswidrigkeiten* é transgressões da ordem”, FERREIRA, Cavaleiro de, *Lições de Direito Penal*, 1992, p. 107, optou por apelidar as infracções do direito de mera ordenação social não como contra-ordenações, como fez a lei e na linha desta toda a doutrina e jurisprudência, mas por *transgressões da ordem*. A crítica terminológica de Cavaleiro de Ferreira é ainda hoje acompanhada pelos seus discípulos Miguel Pedrosa Machado e Lobo Moutinho – cf. MACHADO, Miguel Pedrosa, “Contravenção e contra-ordenação – notas sobre a génese, a função e a crítica de dois conceitos jurídicos”, in: *Estudos em Homenagem ao Banco de Portugal: 150.º Aniversário (1846-1996)*, Lisboa, Banco de Portugal, p. 39 e ss., e MOUTINHO, Lobo, *Direito das Contra-Ordenações*, p. 17. Em sentido igualmente crítico, chegando mesmo a qualificar a designação como um “dislate linguístico” – e assim parecendo ignorar que o prefixo “contra” pode assumir, e frequentemente assume, o significado de acto contrário ou violador de algo (recorde-se ainda só, pela sua afinidade, que a palavra *contravenção* provém da expressão “*contra venire*”) –, RODRIGUES, Marta Felino, “O regime dos ilícitos de mera ordenação social relativos ao comércio electrónico (Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de Janeiro)”, *RPCC*, 4/2009, p. 579, nota 4.

⁶⁰² De um “sabor arcaico” falava mesmo ROCHA, Manuel Lopes, “O processo de contra-ordenação e o Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de Outubro”, in: Manuel Lopes Rocha / Mário Gomes Dias / Manuel Ataíde Ferreira, *Contra-Ordenações. Notas e Comentários ao Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de Outubro*, Lisboa, Escola Superior de Polícia, 1985, p. 114 e s., ao referir-se à escolha deste vocábulo, parecendo-lhe, no entanto, “feliz e conseguida a ideia de «repristinar» a palavra *coima* para evitar confusões com a sanção penal”.

O jornal Expresso de 28-07-1979, p. 3 (*apud* ANDRADE, Costa, “Contributo para o conceito de contra-ordenação”, p. 81, nota 1), em crítica sarcástica à iniciativa legislativa de Eduardo Correia prenunciava que milhões de portugueses haveriam de morrer sem saber o que é uma contra-ordenação e uma coima. Se a premonição crítica foi tão certa que hoje é de suspeitar, isso sim, que não haja um português que tenha morrido sem saber o que é uma coima, embora comumente lhe chamando ainda multa, permite pelo menos supor que o vocábulo *coima* estava à data totalmente arredado do léxico comum dos portugueses.

Ainda, e por fim, a propósito da implantação da nova terminologia (*Ordnungswidrigkeit* e *Geldbuße*, na Alemanha; *contra-ordenação* e *coima*, em Portugal) não só no espaço jurídico, como nos usos sociais, cf. TIEDEMANN, “Principes généraux applicables aux sanctions communautaires”, p. 13: “Aquilo que de início se apresentou como um exercício terminológico do legislador e como uma simples mudança de etiquetas (...) tornou-se entretanto não apenas numa categoria própria com reconhecimento doutrinário, como também numa realidade compreendida e aceite pela população. A situação é semelhante em Portugal e em Itália”.

⁶⁰³ Prescrevia ainda o art. 485.º do CP de 1886, no âmbito das contravenções de policia, que “as *coimas* continuarão a ser julgadas em todos os casos, em que se acham determinadas pelas posturas e regulamentos municipais actualmente em vigor e feitos na conformidade das leis”. Esta redacção reproduzia, como verificámos supra, § 8.1, o texto do art. 488.º do CP de 1852.

⁶⁰⁴ LOBÃO, Manoel de Almeida e Souza de, *Notas de uso practico, e criticas addições, illustrações, e remissões, á imitação das de Muler a. Struvio, sobre todos os títulos e todos os §§ do livro primeiro das*

unicamente propria a significar a mulcta que se faz pelos damnos, que os gados fazem nas searas e fructos”⁶⁰⁵ deve-se provavelmente ao facto de ser esse o significado que prevalecia na tradição portuguesa⁶⁰⁶. A coima aparecia portanto como uma palavra bem portuguesa, mas também como uma palavra suficientemente esquecida para que pudesse ser empregue sem riscos de conotação com a esfera do direito penal.

A pretensão de afastar o direito contra-ordenacional para tão longe quanto possível do direito criminal manifestou-se ainda na ausência do Decreto-Lei n.º 232/79 de qualquer disposição no sentido da genérica aplicação subsidiária da lei penal ou da lei processual penal. Isto apesar de em sede de direito substantivo praticamente todas as normas relativas aos pressupostos da punição e aos elementos do facto punível contra-ordenacional terem feições marcadamente penais e em certos pontos serem até absolutamente coincidentes com as prescrições penais homólogas, já positivadas ou em vias de serem positivadas no direito penal a constituir. Foi aquela pretensão também que fez o legislador hesitar na definição da jurisdição competente para conhecer as impugnações das decisões condenatórias proferidas pela autoridade administrativa, só tendo a opção recaído pela jurisdição comum, em detrimento da dos tribunais administrativos, por razões de oportunidade e como solução eventualmente provisória⁶⁰⁷.

instituições do direito civil lusitano do doutor Paschoal José de Mello Freire, Parte I, Lisboa, Impressão Regia, 1816, p. 244.

⁶⁰⁵ LOBÃO, *Notas*, I, p. 244 e s., que refere outras acepções em que eram usadas as palavras *coima* e *coimeiro* (“*humas vezes se toma pelo que tem a seu cargo cobrar as coimas*”): v. g., além do mais, no caso de tabernas encontradas abertas depois do recolher ordenado pelo sino; e nas situações, que reporta aos séculos XV e XVI, de violação de “*Postura ou Lei, que tem anexa á sua fracção alguma pena ou Coima*”. Tratava-se, ao que parece, de uma das matérias com maior relevância prática no foro, não havendo privilégios para o não pagamento de coimas, às quais estavam também sujeitos os desembargadores, os comendadores, os cavaleiros, os privilegiados da Universidade e os religiosos, todos eles devendo “responder no Juizo da Almotaceria pela Coima”.

⁶⁰⁶ Cf. ainda o Parecer da Comissão Constitucional n.º 4/81, *cit.*, p. 245, nota 69 – “Historicamente, em Portugal as coimas (do étimo latino *calumnia*) eram penas pecuniárias impostas aos culpados de certos delitos e que revertiam, na Idade Média, para o fisco e para o queixoso ou seus familiares. Apareciam nos forais e teriam tido origem no *fredum* germânico, não representando a integral expiação dos crimes, mas aparecendo associadas a outras penas (pena capital, penas corporais ou de prisão). (...) Com a evolução dos tempos, tendeu a fixar-se o uso do vocábulo para designar uma multa cominada para uma transgressão a uma postura municipal” – e MACHADO, Miguel Pedrosa, “Elementos...”, p. 62 e s.

⁶⁰⁷ Lê-se no Preâmbulo que “*após algumas hesitações*, optou-se por atribuir aos tribunais comuns a competência para conhecer do recurso de impugnação judicial. Reconhece-se de boamente que a *pureza dos princípios* levaria a privilegiar a competência dos *tribunais administrativos*. Ponderadas, contudo, as vantagens e desvantagens que qualquer das soluções irrecusavelmente comporta, considerou-se *mais oportuna* a solução referida, pelo menos como solução imediata e eventualmente provisória. E isso por ser a solução normal em direito comparado. E ainda por se revelar *mais adequada a uma fase de viragem* tão significativa como a que a introdução do direito de ordenação social representa. Além do mais, afiguram-se mais facilmente vencíveis as naturais resistências ou reservas da comunidade dos utentes do novo meio de impugnação judicial” (it. nosso).

4. Com o Decreto-Lei n.º 232/79, “o sistema jurídico-penal português reconheceu três tipos de ilícitos: o ilícito penal, o ilícito de mera ordenação social e o ilícito contravençional”⁶⁰⁸. Mas os tempos não estavam ainda, porém, de feição para que o novo direito de mera ordenação social se impusesse como uma realidade no quadro nacional. Aprovado por um Governo já no fim da linha, correspondendo a uma temática conhecida e discutida praticamente apenas no restrito círculo da academia jurídica portuguesa⁶⁰⁹, desacompanhado de quaisquer prévias medidas de adaptação e preparação das entidades administrativas e judiciais para que o pudessem aplicar devidamente e impondo uma precipitada e demasiadamente ambiciosa imediata equiparação das contravenções às contra-ordenações⁶¹⁰, o regime geral das contra-ordenações introduzido pelo Decreto-Lei n.º 232/79 foi uma espécie de nado-morto.

Permanecendo embora formalmente em vigor até ao Decreto-Lei n.º 433/82, de 27/10, que o substituiu e revogou expressamente⁶¹¹, é consensual que o Decreto-Lei n.º 232/79 nunca chegou a conhecer efectiva aplicação. Na verdade, passou mesmo a ser visto como “uma lei quadro que está em vigor, mas castrada”⁶¹². Em primeiro lugar, porque os poucos tipos contra-ordenacionais que foram legalmente criados⁶¹³ após o seu início de vigência parece nunca terem conhecido efectiva aplicação prática, tendo o próprio IV Governo Constitucional chegado inclusivamente a tipificar novas *contravenções*⁶¹⁴; e em segundo lugar, porque o novo Governo que entretanto entrou em

⁶⁰⁸ COSTA, José de Faria, “Les problèmes juridiques et pratiques posés par la différence entre le Droit Criminel et le Droit *Administratif Pénal*”, *BFDUC*, vol. LXII, 1986, p.

⁶⁰⁹ Na qualidade de deputado à Assembleia da República e no âmbito da revisão constitucional de 1982, Costa Andrade referia-se mesmo à “categoria dos chamados ilícitos de mera ordenação social” como uma “categoria pouco conhecida da doutrina e dos práticos do direito” (*DAR-I Série*, n.º 95, sessão de 15-07-1982, p. 5040).

⁶¹⁰ José de Faria Costa, à data Adjunto do Ministro da Justiça Eduardo Correia, apesar de considerar acertada a conversão, não deixou mais tarde de reconhecer que houve uma certa falta de coordenação administrativa em relação aos órgãos a quem competiria passar a processar estas infracções – cf. COSTA, Faria, “Les problèmes juridiques...”, p. 147.

⁶¹¹ Cf. o art. 96.º desse Decreto-Lei n.º 433/82: “Fica revogado o Decreto-Lei n.º 232/79, de 24 de Julho”.

⁶¹² A expressão é do deputado Manuel da Costa Andrade na reunião de 19-11-1981 da Comissão Eventual para a Revisão Constitucional (*DAR-II Série*, II-2.ª, suplem. ao n.º 44, de 27-01-1982, p. 904-(2)).

⁶¹³ Cf., v. g., o Decreto-Lei n.º 387/79, de 19 de Setembro, aprovado em 11-07-1979 ainda pelo IV Governo, que, em matéria de arrendamento urbano, previu no seu art. 32.º um específico regime contra-ordenacional, com a cominação de coimas e a atribuição de competência sancionatória às Câmaras Municipais, cuja aplicação foi, todavia, suspensa (cf. SOUSA, João Castro e, *A Tramitação do Processo Penal*, Coimbra Editora, 1983, p. 33, nota 16); o art. 7.º do Decreto-Lei n.º 294/81, de 16 de Outubro, que criou a Reserva Natural Parcial da Serra da Malcata; e o art. 9.º do Decreto-Lei n.º 350/81, de 23 de Dezembro, relativo ao licenciamento e exercício das actividades de equipamentos sociais.

⁶¹⁴ Afirma a Comissão Constitucional, no Parecer n.º 4/81, *cit.*, p. 233, que “a maior parte dos diplomas oriundos do mesmo Governo continuou a utilizar a terminologia tradicional de contravenções sancionadas

funções, o V Governo Constitucional, determinou logo, através do Decreto-Lei n.º 411-A/79, de 1/10, a revogação dos seus preceitos que implicavam a equiparação a contra-ordenações das contravenções ou transgressões vigentes puníveis com sanções pecuniárias⁶¹⁵. Além das dúvidas suscitadas sobre a constitucionalidade do Decreto-Lei n.º 232/79⁶¹⁶, o diploma apresentou como razão para essa revogação problemas vários de aplicação prática, designadamente, a inexistência de quaisquer iniciativas promovidas no sentido de dotar a Administração das condições de funcionamento e de organização adequadas a intervir no processamento das contra-ordenações e das contravenções a elas equiparadas⁶¹⁷, tudo aconselhando a que a execução do regime legal fosse “suspensa” até serem concretizadas as medidas tidas por necessárias a “uma eficaz aplicação do diploma, certamente por fases”.

com multa, sem atender à nova disciplina do ilícito de mera ordenação social”, dando como exemplos os Decretos-Lei n.ºs 205/79, de 4/7 (arts. 7.º a 11.º); 230/79, de 23/7 (art. 12.º); 245/79, de 25/7 (art. 7.º); e 302/79, de 18/8 (art. 43.º).

A Comissão Constitucional aponta o Decreto-Lei n.º 308/79, de 20/8, como um caso em que o IV Governo chegou a consagrar uma infracção contra-ordenacional, no seu art. 14.º, mas é duvidoso que assim tenha sido, sendo esse preceito, aliás, um indício claro de que o novo regime legal contra-ordenacional não foi sequer devidamente conhecido e “interiorizado” pelo próprio Governo que o instituiu – basta para tanto compulsar a redacção do tipo legal: “Art. 14.º – A infracção ao disposto no artigo 1.º deste diploma constitui contra-ordenação social, punível com multa de 1000\$00 a 200000\$00 (...)” (it. nosso).

⁶¹⁵ Decreto-Lei n.º 411-A/79, art. único: “São revogados os n.ºs 3 e 4 do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 232/79, de 24 de Julho”. Porque foi este apenas o alcance imediato deste diploma, não assistia razão a FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, *Direito Penal Português. Parte Geral*, I, Lisboa, Verbo, 1981, p. 17, quando considerava que o Decreto-Lei n.º 232/79 fora “suspensão antes de entrar em vigor”.

⁶¹⁶ Essas dúvidas foram, pelo menos, levantadas perante a Comissão Constitucional, em Agosto e Setembro de 1979, por deputados do Partido Comunista Português e pelo Procurador-Geral da República. Foi nessa sequência que a Comissão Constitucional emitiu o Parecer n.º 4/81, *cit.*, p. 205 e ss., a que vimos aludindo. Não se compreende, por isso, a razão pela qual MOUTINHO, Lobo, *Direito das Contra-Ordenações*, p. 23, qualifica essas dúvidas como inexplicadas.

Naquele Parecer n.º 4/81, a Comissão Constitucional recusou pronunciar-se sobre a constitucionalidade dos n.ºs 3 e 4 do Decreto-Lei n.º 232/79, aqueles que impondo a equiparação das contravenções a contra-ordenações foram revogados pelo Decreto-Lei n.º 411-A/79, precisamente porque tendo eles vigorado apenas entre 29 de Julho e 6 de Outubro de 1979 e nunca tendo tido efectiva aplicação prática se afiguraria inútil apreciar a sua inconstitucionalidade (cf. p. 228 e ss.).

Já as demais questões de constitucionalidades foram conhecidas pela Comissão Constitucional, que não divisou qualquer inconstitucionalidade no facto de o Decreto-Lei n.º 232/79 ter sido aprovado pelo Governo sem prévia autorização legislativa da Assembleia da República, de ter aberto a possibilidade de responsabilização contra-ordenacional independentemente do carácter censurável do facto (art. 1.º-2), de prever a responsabilização das pessoas colectivas (art. 7.º), de confiar o processamento contra-ordenacional às autoridades administrativas (art. 30.º e ss.) e de admitir a detenção para identificação em caso de flagrante delito (art. 42.º).

Perante esta tomada de posição da Comissão Constitucional, logo em 1981, torna-se pouco menos que incompreensível a referência de MACHADO, Miguel Pedrosa, “Elementos...”, p. 68 e s., a estas dúvidas de inconstitucionalidade, designadamente, de natureza orgânica, quando pretende dar a entender que, à época, meados da década de 1980, tais dúvidas se encontrariam ainda em aberto. Tal como é incompreensível, porque incompatível com o sentido da decisão do Parecer n.º 4/81 da Comissão Constitucional, a afirmação de CARVALHO, Taipa de, ²DP-PG, § 217, de que o Decreto-Lei n.º 232/79 foi substituído com base na sua inconstitucionalidade orgânica.

⁶¹⁷ Cf. MOUTINHO, Lobo, *Direito das Contra-Ordenações*, p. 23.

§ 10.2 O Regime-Geral das Contra-Ordenações aprovado pelo Decreto-Lei n.º 433/82

1. Foi necessário aguardar alguns poucos anos mais, nomeadamente, até 1982, para que o direito de mera ordenação social fosse reavivado e passasse a ter expressão efectiva no sistema jurídico português⁶¹⁸. Esse foi o ano em que o ordenamento jurídico nacional conheceu uma ampla revisão constitucional⁶¹⁹ e foi finalmente dotado de um novo Código Penal⁶²⁰.

O novo Regime Geral das Contra-Ordenações, introduzido pelo Decreto-Lei n.º 433/82, de 27/10⁶²¹, integrou-se claramente na reforma global do nosso sistema penal que nesse ano teve lugar, figurando como um dos pilares do movimento de descriminalização que nela se corporizou⁶²², e que contou ainda, além do mais, com um novo regime penal para os jovens adultos (Decreto-Lei n.º 401/82, de 23/9). Nesse sentido, a Assembleia da República concedeu, no mesmo instrumento legislativo, a Lei n.º 24/82, autorização ao Governo para aprovar um novo Código Penal, legislar em matéria de contravenções, alterar a legislação respeitante às contra-ordenações e legislar sobre o regime penal especial aplicável a jovens adultos⁶²³. Constatase assim que o novo diploma contra-ordenacional se inscreveu no amplo bloco de legislação jurídico-penal que o Ministério da Justiça de então, liderado por Meneses Pimentel, decidiu instituir entre nós⁶²⁴.

⁶¹⁸ Cf. MONTEIRO, Cristina Líbano, “O Código Penal de 1982”, p. 280 e s.

⁶¹⁹ Lei Constitucional n.º 1/82, aprovada em 12-08-1982 e publicada no *DR-I Série* de 30 de Setembro desse ano, p. 3135 e ss.

⁶²⁰ Introduzido pelo Decreto-Lei n.º 400/82, aprovado em Conselho de Ministros em 19-08-1982, e publicado no *DR-I Série* de 23 de Setembro de 1982, p. 3006-(2) e ss., sob autorização da Lei n.º 24/82 (aprovada em 19-07-1982 e publicada em 23-08-1982).

⁶²¹ O Decreto-Lei n.º 433/82 foi aprovado em Conselho de Ministros em 26-08-1982 e publicado no *DR-I Série* de 27 de Outubro de 1982, p. 3552 e ss., também sob autorização da Lei n.º 24/82 referida na nota anterior.

⁶²² Ligando umbilicalmente a institucionalização do direito de mera ordenação social ao desígnio descriminalizador, CORREIA, Eduardo, “As grandes linhas da reforma penal”, in: *Jornadas de Direito Criminal. O Novo Código Penal Português e Legislação Complementar, Fase I*, Lisboa, Centro de Estudos Judiciários, 1983, p. 37, DIAS, Figueiredo, “O movimento da descriminalização e o ilícito de mera ordenação social”, *passim*, e COSTA, Faria, “Les problèmes juridiques...”, p. 141 e ss., que a este propósito se refere a uma resposta funcional intra-sistémica do próprio sistema legal penal.

⁶²³ Sobre este processo legislativo, cf. MONTEIRO, Cristina Líbano, “O Código Penal de 1982”, p. 281.

⁶²⁴ Assim, DIAS, Figueiredo, “O movimento da descriminalização e o ilícito de mera ordenação social”, p. 326, qualificando o direito de mera ordenação social como “um dos pilares em que assenta a nossa reforma penal e uma das manifestações praticamente mais relevantes do mandamento político-criminal da descriminalização”. E depois, também PINTO, Frederico de Lacerda da Costa, “As codificações sectoriais

Logo na revisão constitucional de 1982, finalizada poucas semanas antes da aprovação do novo RGCO, houve a preocupação de criar as condições necessárias para acomodar o direito de mera ordenação social na arquitectura do poder legislativo.

Deste modo, o art. 168.º da CRP, respeitante à reserva relativa de competência legislativa da Assembleia da República, passou a determinar, na alínea *d*) do seu n.º 1, que faria parte dessa reserva “o *regime geral* de punição das infracções disciplinares, bem como dos *actos ilícitos de mera ordenação social* e do *respectivo processo*”⁶²⁵. E foi expressamente atribuída competência legislativa contra-ordenacional às regiões autónomas, no art. 229.º, *m*) (actualmente, previsto no art. 227.º-1, *q*), da CRP). Essa revisão constitucional entendeu ainda, tendo em conta a sua natureza sancionatória, colocar a matéria contra-ordenacional no mesmo plano das matérias penal e disciplinar no âmbito da ressalva do caso julgado em sede de produção de efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral (art. 282.º-3).

Com estas intervenções na Lei Fundamental foi dado o sinal, bem relevante em toda a discussão jurídico-constitucional futura em matéria contra-ordenacional, de que o direito de mera ordenação social não só não seria uma realidade estranha ou incompatível com o sistema constitucional português como, bem pelo contrário, deveria antes considerar-se um *ramo de direito sancionatório reconhecido e querido pela Constituição*⁶²⁶.

Isso mesmo foi sendo sucessivamente reconhecido e afirmado no âmbito dos trabalhos parlamentares da primeira revisão constitucional que vieram a culminar na Lei Constitucional n.º 1/82, de 30/9. No decurso do labor da Comissão Eventual para a Revisão Constitucional, ante uma proposta no sentido de a Constituição passar a incluir

e o papel das contra-ordenações no direito penal secundário”, *Themis*, ano III, n.º 5, 2002, p. 88, vê o direito de mera ordenação social como um dos três pilares do modelo de organização jurídico-penal vigente em Portugal, a par do direito penal e processual penal codificado e do direito penal secundário.

⁶²⁵ A norma encontra-se hoje plasmada com a mesma redacção no art. 165.º-1, *d*), da CRP. Neste contexto, realce-se que a autorização parlamentar constante da Lei n.º 24/82 colocou o Decreto-Lei n.º 433/82 a salvo de qualquer dúvida de inconstitucionalidade orgânica, que antes afectava o Decreto-Lei n.º 232/79 – sobre a questão, BELEZA, Teresa, ²*Direito Penal*, p. 148 e ss.

⁶²⁶ Levando mais longe esta ideia, COSTA, José de Faria, “Crimes e contra-ordenações (Afirmção do princípio do *numerus clausus* na repartição das infracções penais e diferenciação qualitativa entre as duas figuras dogmáticas)”, *Questões Laborais*, ano VIII, n.º 17, 2001, p. 6, postula um “princípio material do *numerus clausus* na definição da repartição das infracções penais”, reputando inconstitucionais infracções criadas ao arrepio do modelo crime / contra-ordenação consagrado pela Constituição, nomeadamente, novas eventuais contravenções (no essencial desta direcção, já COSTA, Faria, *O Perigo em Direito Penal*, p. 461 e s., nota 230). Não foi essa, porém, como se dará conta infra, § 14.3, a direcção para que se inclinou o nosso Tribunal Constitucional.

o “regime geral de punição (...) dos actos ilícitos de mera ordenação social”⁶²⁷, logo o deputado Almeida Santos deu expresso nota da relevância do preceito, falando numa “aquisição que é importante, que é a *constitucionalização do ilícito de mera ordenação social*”⁶²⁸. E quando tal proposta foi aprovada, o deputado Costa Andrade fez questão de pedir a palavra para afirmar que “esta declaração de voto tem, apenas, o sentido de nos congratularmos com a *elevação à categoria de Direito Constitucional* da categoria dos chamados ilícitos de mera ordenação social”⁶²⁹.

Esta ideia de que com a revisão constitucional de 1982 se consumou a *constitucionalização do direito contra-ordenacional* foi logo também sufragada pelo recém-criado Tribunal Constitucional: “O *poder constituinte* derivado, que instrumentou a revisão da Constituição na Lei Constitucional n.º 1/82, de 30 de Setembro, não podia, por razões temporais, haver sido directamente influenciado, nem pelo texto definitivo do novo Código Penal, nem pelo Decreto-Lei n.º 433/82. *Mas foi-o necessariamente pela doutrina*, que há muito reclamava a singularização do direito criminal, pelos sucessivos projectos e trabalhos preparatórios do novo Código Penal, pelo Decreto-Lei n.º 232/79 e, de um modo global, pela política de descriminalização do legislador ordinário, da qual era primeiro instrumento o ilícito de mera ordenação social. Neste quadro histórico, o acolhimento no novo texto da Lei Fundamental, em especial nos artigos 168.º, alínea *d*), 229.º, alínea *m*), e 282.º, n.º 3, do ilícito contra-ordenacional (este e o ilícito criminal, *stricto sensu*, são agora os únicos ilícitos sociais constitucionalmente referidos) importou o sancionamento pela Constituição dessa política descriminalizadora há muito anunciada e posta em prática, em certo grau, anos atrás”⁶³⁰.

2. Tanto na introdução ao Código Penal, como no preâmbulo do novo RGCO, o legislador de 1982 enfatizou o *propósito descriminalizador* que animava a reforma, em homenagem ao princípio de que “o direito penal deve actuar sempre em *ultima ratio*”⁶³¹. Assumindo-se que “o combate à criminalidade é matéria de estrutura englobante, que não pode prescindir de outros ramos de direito sancionatório”⁶³², *maxime* perante a

⁶²⁷ DAR-II Série, II-2.ª, supl. ao n.º 44, de 27-01-1982, p. 904-(1).

⁶²⁸ DAR-II Série, II-2.ª, supl. ao n.º 44, de 27-01-1982, p. 904-(2).

⁶²⁹ Reunião Plenária da AR de 15-07-1982 in: DAR-I Série, n.º 120, de 16-07-1997, p. 5040.

⁶³⁰ Ac. do TC n.º 59/84, 15. Concordante, Ac. do TC n.º 158/92.

⁶³¹ Preâmbulo do CP de 1982, 25. (DR-I Série, de 23-09-1982, p. 3006-(9)).

⁶³² Preâmbulo do CP de 1982, 24. (*ibidem*).

necessidade de dar consistência prática às injunções normativas decorrentes do novo e crescente intervencionismo do Estado⁶³³, considerou-se também assim justificada a manutenção da aposta de dotar a ordem jurídica portuguesa de um direito de mera ordenação social. Se esse desígnio político-criminal teve directamente que ver com a política de descriminalização operada pelo novo Código Penal, deixando “em aberto um vasto campo ao direito de ordenação social naquelas áreas em que as condutas, apesar de socialmente intoleráveis, não atingem a dignidade penal”⁶³⁴, o que, porém, nas palavras do próprio legislador, tornava verdadeiramente imprescindível a revitalização do direito das contra-ordenações era sobretudo a premente necessidade de levar por diante “reformas em domínios como as práticas restritivas da concorrência, as infracções contra a economia nacional e o ambiente, bem como a protecção dos consumidores”⁶³⁵.

À luz dos termos em que o legislador de 1982 fez questão de enquadrar o direito de mera ordenação social, fazendo até uma profissão de fé de que “só ele, com efeito, viabilizará uma política criminal racional, permitindo diferenciar entre os tipos de infracções e os respectivos arsenais de reacções”⁶³⁶, e considerando a sua inserção numa mais ampla dinâmica de reforma, seria agora mais fundada a expectativa de que desta feita o direito contra-ordenacional poderia tornar-se mesmo uma realidade no direito português do futuro. Essa expectativa não deveria considerar-se comprometida, bem pelo contrário, pela opção tomada pelo legislador em relação às contravenções ainda então vigentes. Alertado pelo exemplo do Decreto-Lei n.º 232/79, em que a imediata equiparação em bloco a contra-ordenações de todas as contravenções puníveis apenas com pena de multa se revelou altamente contraproducente para uma real vigência do diploma, e consciente das “dificuldades de ordem prática, designadamente a falta de estruturas adequadas de investigação e sancionamento”⁶³⁷, o legislador foi agora bem mais cauteloso, deixando subsistir as infracções contravencionais em vigor e ainda as normas de direito substantivo e processual relativos a contravenções⁶³⁸.

⁶³³ Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 433/82, 1. (*DR-I Série*, de 27-10-1982, p. 3552).

⁶³⁴ Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 433/82, 2. (*ibidem*).

⁶³⁵ Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 433/82, 2. (*ibidem*).

⁶³⁶ Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 433/82, 2. (*ibidem*).

⁶³⁷ ROCHA, Manuel Lopes, “O novo Código Penal português”, *Scientia Iuridica*, 1986, p. 12, nota 2.

⁶³⁸ Para uma crítica, com bom fundamento, da “técnica de conversão massiva”, cf. DIAS, Augusto Silva, “Crimes e contra-ordenações fiscais”, in: IDPEE, *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários. Vol. II: Problemas Especiais*, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, p. 439 e s., nota 2.

A opção foi logo questionada por Eduardo Correia⁶³⁹, mas nesta fase inicial fazia todo o sentido, por permitir uma gradual adaptação e consciencialização dos aplicadores do direito, administração e tribunais, ao novo regime legal. Ponto é que fossem seguidas as recomendações que também na mesma altura foram feitas por Figueiredo Dias. É certo que este concordava com Eduardo Correia sob um ponto de vista dogmático-sistemático, reputando, com razão, como contraditória e sem sentido a persistência futura de uma categoria penal de contravenções a par de um ilícito de mera ordenação social legalmente institucionalizado. Mas não deixava também de considerar essa subsistência “de um ponto de vista político-criminal e político-legislativo, temporariamente tolerável e em certa medida compreensível”⁶⁴⁰. Temporariamente tolerável, ressaltava Figueiredo Dias, claramente inspirado na experiência alemã, “mas só se subordinada a uma *dupla condição*, que o legislador futuro tem de realizar rapidamente e sem desfalecimento. A primeira condição e essencial condição é esta: o legislador futuro não deverá criar *nem mais uma* contravenção; qualquer infracção a criar no futuro deverá ser qualificada como verdadeiro crime (e sujeita ao regime jurídico-penal), ou como contra-ordenação (e sujeita ao regime jurídico das contra-ordenações). A segunda condição, não menos importante se bem que de execução mais difícil, é esta: o legislador deve, *desde já*, empreender um estudo sistemático de todas as contravenções vigentes e decidir quais delas pode desde logo revogar, quais delas deve transformar em contra-ordenações e quais delas deve converter em crimes, publicando no mais curto lapso de tempo possível os respectivos diplomas legislativos”⁶⁴¹.

Nenhuma destas duas condições foi, todavia, devidamente cumprida pelo legislador português⁶⁴².

É uma realidade que a primeira delas foi largamente observada, mas mesmo tratando-se de prática circunscrita à fase inicial de vigência do RGCO e quase só limitada ao direito estradal (enquanto não se procedeu à total conversão das

⁶³⁹ Cf. CORREIA, Eduardo, “As grandes linhas da reforma penal”, p. 37: “esperemos que a reflexão sobre as coisas, conduza à solução que propomos e propusemos, de forma a que um pequeno *senão* não empane o brilho e a modernidade da Reforma”. Em sentido crítico, ainda SOUSA, João Castro e, *A Tramitação do Processo Penal*, p. 31 e s.; BELEZA, Teresa, ²*Direito Penal*, pp. 121 e 130, falando numa “situação legislativa algo absurda”; e COSTA, Faria, “Les problêmes juridiques...”, p. 148, qualificando-a como anómala.

⁶⁴⁰ DIAS, Figueiredo, “O movimento da descriminalização e o ilícito de mera ordenação social”, *cit.*, 1983, p. 325.

⁶⁴¹ DIAS, Figueiredo, “O movimento da descriminalização e o ilícito de mera ordenação social”, p. 326.

⁶⁴² Deste mesmo modo, MOUTINHO, Lobo, *Direito das Contra-Ordenações*, p. 24.

contravenções rodoviárias em contra-ordenações⁶⁴³), a criação de novas contravenções⁶⁴⁴ constituiu sinal de desnorte legislativo e de falta de um seguro e racional rumo político-criminal⁶⁴⁵.

E se a inobservância da primeira condição foi grave, não o foi menos a demora de praticamente 25 anos para cumprir a segunda!⁶⁴⁶ Só em 2006, com efeito, foram eliminadas do ordenamento jurídico nacional as últimas contravenções que nele ainda se arrastavam⁶⁴⁷, pondo finalmente termo “à situação político-criminalmente inadmissível,

⁶⁴³ Cf. sobretudo o Decreto-Lei n.º 114/94, de 3/5, que introduziu o novo Código da Estrada, adoptando o regime de mera ordenação social como resposta sancionatória por excelência do domínio estradal, e o Decreto-Lei n.º 199/95, de 31/7 – cf. SILVA, Germano Marques da, *Código da Estrada e Legislação Complementar*, Lisboa, Æquitas / Editorial Notícias, 1995, p. 9 e ss.

⁶⁴⁴ Referindo-se logo a este desvio ao programa político-criminal orientador da reforma penal, ROCHA, Manuel Lopes, “O processo de contra-ordenação e o Decreto-Lei n.º 433/82”, p. 107.

⁶⁴⁵ Igualmente crítico, apesar das suas conhecidas reservas em relação ao direito de mera ordenação social, MACHADO, Miguel Pedrosa, “Contravenção e contra-ordenação”, p. 34. Exemplos de contravenções introduzidas após o início de vigência do RGCO podem encontrar-se nos seguintes diplomas: Decreto Regulamentar n.º 32/85, de 9/5; Decreto-Lei n.º 312/85, de 31/7; Decreto Regulamentar Regional n.º 13/85/A, de 22/8; Decreto Regulamentar Regional n.º 9/86/M, de 30/4; Decreto-Lei n.º 424/88, de 17/11; Lei n.º 31/89, de 23/8; Decreto-Lei n.º 254-A/90, de 6/8; Decreto Regulamentar Regional n.º 5/92/M, de 13/3; Decreto-Lei n.º 193/92, de 8/8; e Decreto-Lei n.º 270/92, de 30/11.

⁶⁴⁶ A persistente inércia na eliminação das contravenções, em princípio através da sua transformação em contra-ordenações, permitiu que subsistissem no ordenamento jurídico nacional certas infracções de prática massiva (v. g., o uso de transportes públicos sem pagamento de bilhete ou de auto-estradas sem pagamento da taxa de portagem), que assim continuaram a representar durante todos esses anos um peso para o sistema judicial que teve tanto de injustificável como de considerável. Note-se, a título de exemplo, que “em 2003, só as transgressões e contravenções entradas nos tribunais corresponderam a 13% de todos os processos penais entrados”! – cf. Resolução do Conselho de Ministros n.º 100/2005, *DR-I Série B*, de 30-05-2005, p. 3574.

⁶⁴⁷ Cf. a Lei n.º 25/2006, de 30/6 (referente às transgressões ocorridas em matéria de infra-estruturas rodoviárias onde seja devido o pagamento de taxas de portagem), a Lei n.º 28/2006, de 4/7 (relativa às transgressões ocorridas em matéria de transportes colectivos de passageiros) e a Lei n.º 30/2006, de 11/7, que, por fim, procedeu à conversão em contra-ordenações das contravenções e transgressões ainda em vigor no ordenamento jurídico nacional. Este movimento legislativo foi desencadeado pela mencionada Resolução do Conselho de Ministros n.º 100/2005, *cit.*, p. 3575, que resolveu promover “a conversão das transgressões e contravenções ainda existentes, cujo processamento exige a intervenção do tribunal, em contra-ordenações”, a fim de que “se eliminem definitivamente as transgressões e contravenções ainda existentes”.

Considerando também, como defendemos em texto, que com aqueles diplomas se procedeu à extinção no sistema jurídico português da categoria das contravenções, DIAS, Figueiredo, ²*DP-PG*, I, 7.º Cap., § 8, e CARVALHO, Américo Taipa de, *Sucessão de Leis Penais*, 3.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 176. Entendendo, porém, que a extinção foi só aparente, MACHADO, Miguel Pedrosa, “Questões legislativas penais: V – o que resta das contravenções; VI – primeiros problemas legiferativos da reforma de 2007”, *Legislação: Cadernos de Ciência de Legislação*, n.º 46, 2007, p. 46 e ss. Trata-se de objecção que, todavia, nos parece improcedente, pois a – indesejável e criticável – subsistência dos regimes legais de índole processual, invocados pelo A. para justificar a sua conclusão de que as contravenções afinal não “morreram”, não é obviamente suficiente para sustentar que a contravenção, enquanto *categoria punitiva substantiva*, constitui ainda uma das infracções penais com expressão positivada no sistema jurídico português.

Deve, aliás, repudiar-se o persistente apelo de Miguel Pedrosa Machado (por último, “Questões legislativas penais: V; VI”, p. 52, onde refere os sucessivos apelos anteriores) para que a palavra “contra-ordenação” seja abandonada e substituída pela palavra “contravenção”. E repudiar por várias razões: i)

e mesmo caricata”⁶⁴⁸ de, um quarto de século depois do Decreto-Lei n.º 433/82, continuarem a vigorar entre nós infracções de natureza contravencional. Não obstante, perdura ainda hoje um último, e nada despiciendo, resquício da herança contravencional, o Decreto-Lei n.º 17/91, 10/1, relativo ao processamento e julgamento de contravenções e transgressões, que, espantosamente, continua a regular a audiência de discussão e julgamento da fase judicial do processo contra-ordenacional (*ex vi* art. 66.º do RGCO)⁶⁴⁹.

Estes senãos, para usar o qualificativo de Eduardo Correia, não devem, todavia, obscurecer o claro avanço que a efectivação do direito de mera ordenação social representou para o nosso sistema penal e para a política criminal portuguesa das últimas três décadas. Muitas são as reservas que podem dirigir-se aos concretos termos da evolução conhecida pelo nosso direito contra-ordenacional, em muitos aspectos desregrada e anómica⁶⁵⁰ e justificando um diagnóstico não muito distante daquele que Ulrich Weber traçou do direito das contra-ordenações alemão no início da década de 1980⁶⁵¹. Mas sempre deverá reconhecer-se o contributo decisivo deste novo ordenamento sancionatório para o esforço de racionalização e de purificação a que a ordem jurídico-penal foi submetida, bem como para que a actividade sancionadora da administração, que em todos os quadrantes cresceu a um ritmo imparável, passasse a desenvolver-se no quadro de princípios e de preceitos reconhecidos e definidos por quem de direito, o legislador.

3. Como foi abertamente assumido pelos autores que estiveram envolvidos nos trabalhos legislativos, o RGCO aprovado pelo Decreto-Lei n.º 433/82 seguiu o modelo

nada há de errado na escolha do termo “contra-ordenação” (cf. supra, § 10.2, 3.); *ii*) trata-se de um vocábulo já perfeitamente consolidado no léxico nacional; e *iii*) a troca só iria contribuir para gerar uma escusada confusão na comunidade jurídica e até na sociedade em geral.

⁶⁴⁸ DIAS, Figueiredo, ²*DP-PG*, I, 7.º Cap., § 8.

⁶⁴⁹ Em sentido crítico, também MACHADO, Miguel Pedrosa, “Questões legislativas penais: IV – O que é feito do Regime Geral das «contra-ordenações?»”, *Legislação: Cadernos de Ciência de Legislação*, n.º 40, 2005, p. 64, e ALBUQUERQUE, Pinto de, *RGCO*, Art. 66.º, n.º m. 1. Este Decreto-Lei n.º 17/91, já aprovado pois numa altura de plena e franca aplicação do direito contra-ordenacional foi justificado pelo legislador com base na necessidade de acorrer às dificuldades sentidas com a aplicação ao processamento das contravenções das disposições que lhe foram especialmente destinadas pelo diploma que introduziu o Código de Processo Penal de 1987 (Decreto-Lei n.º 78/87, de 17/2, art. 3.º).

⁶⁵⁰ Nesta direcção crítica, de modo impressivo, logo FERREIRA, Cavaleiro de, ⁴*Lições de Direito Penal*, 1992, p. 119 – “A «parte especial» no que respeita a contra-ordenações (transgressões da ordem) é constituída por múltipla e heterogénea legislação que tem sido publicada por vários ministérios com duvidoso critério e pior técnica legislativa” –, e mais recentemente ALBUQUERQUE, Pinto de, *RGCO*, Nota Prévia ao art. 1.º, n.º m. 13.

⁶⁵¹ WEBER, “Die Überspannung der staatlichen Bußgeldgewalt”, p. 313 e ss. (cf. supra, § 7.).

alemão constante da OWiG. E seguiu-o não só nas suas traves-mestras de natureza substantiva e adjetiva, como também no detalhe de não poucas soluções, ao ponto de já ter sido rotulado de “«derivado» português” da legislação alemã das *Ordnungswidrigkeiten*⁶⁵².

No plano material, o facto contra-ordenacional foi concebido como formalmente distinto do facto penal (art. 1.º), admitindo-se em geral a responsabilidade das pessoas colectivas⁶⁵³ (art. 7.º), e a sanção contra-ordenacional principal, a coima, foi conformada como sanção exclusivamente pecuniária (art. 17.º), que, ao contrário da sanção homóloga alemã⁶⁵⁴, seria insusceptível de dar lugar a qualquer forma de privação da liberdade em caso de não pagamento⁶⁵⁵ (art. 89.º). Ainda no domínio substantivo, a lei alemã serviu de fonte – sendo “transposta” para o diploma português praticamente com o mesmo conteúdo⁶⁵⁶ – em matéria de princípio da legalidade e do regime da sucessão das leis no tempo⁶⁵⁷, de aplicação da lei no espaço⁶⁵⁸, de punibilidade da negligência⁶⁵⁹, de inimizabilidade em razão da idade e em razão de anomalia psíquica⁶⁶⁰ ou de tentativa e desistência⁶⁶¹.

No plano processual, a competência de primeira linha para a instrução e decisão sobre a prática de uma contra-ordenação, incluindo naturalmente o poder sancionatório, foi confiada às autoridades administrativas⁶⁶² (art. 33.º), não sob o princípio da oportunidade, como na Alemanha⁶⁶³, mas da legalidade da promoção processual⁶⁶⁴ (art.

⁶⁵² PALIERO, Carlo Enrico, “La sanzione amministrativa come moderno strumento di lotta alla criminalità economica”, *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell’Economia*, 1993, p. 1044.

⁶⁵³ Sobre a questão, desenvolvidamente, logo SOUSA, João Castro e, *As Pessoas Colectivas, passim*, esp. 215 e ss.

⁶⁵⁴ Que, como vimos supra, admitia, como continua a admitir, no § 96 da OWiG, a prisão para constrangimento ao pagamento da coima.

⁶⁵⁵ DIAS, Figueiredo, “O movimento da descriminalização e o ilícito de mera ordenação social”, p. 333, e COSTA, Faria, “Les problèmes juridiques...”, p. 164.

⁶⁵⁶ O que levou GÖHLER, ¹⁰OWiG, Introdução, n.º m. 6, não sem algum exagero, a dar o exemplo português como um caso “onde a nossa OWiG é em vastas partes adoptada quase à letra”. Ainda nesta direcção, destacando a legislação portuguesa como um caso à parte, atenta a sua estreita afinidade com o regime alemão, GÖHLER / GÜRTLER / SEITZ, ¹⁶OWiG, Introdução, n.º m. 16.

⁶⁵⁷ Art. 2.º do RGCO / § 3 da OWiG.

⁶⁵⁸ Arts. 4.º e 6.º do RGCO / § 4 da OWiG.

⁶⁵⁹ Art. 8.º-1 do RGCO / § 10 da OWiG.

⁶⁶⁰ Arts. 10.º, colocando o limite da imputabilidade nos 16 anos, e 11.º do RGCO / § 12 da OWiG, apontando para os 14 anos.

⁶⁶¹ Arts. 12.º a 14.º do RGCO / § 8 da OWiG.

⁶⁶² Cf. logo SOUSA, João Castro e, *A Tramitação do Processo Penal*, p. 39 e ss., e, embora na perspectiva de que se trataria ainda de uma forma de processo penal (infra, § 12.), FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, *Curso de Processo Penal*, vol. 2.º, Lisboa, Editora Danúbio, 1986, pp. 64 ss., 155 ss., 187 ss., e 279 s.

⁶⁶³ Cf. MITSCH, ²Ordnungswidrigkeiten, § 23.

⁶⁶⁴ DANTAS, António Leones, “Considerações sobre o processo das contra-ordenações – a fase administrativa”, *RMP*, n.º 61, 1995, p. 106 e ss.

43.º); ficando, em caso de condenação, sempre ressalvada a possibilidade de impugnação judicial, em regra para um tribunal da jurisdição comum⁶⁶⁵ (art. 61.º), cuja sentença poderia em certos casos admitir ainda recurso para a Relação (art. 73.º).

§ 11. A EXPERIÊNCIA ITALIANA COMO EXEMPLO PARALELO E SIMILAR AO CASO PORTUGUÊS

1. A introdução de um autónomo sistema normativo contra-ordenacional no ordenamento jurídico português inseriu-se no amplo movimento de descriminalização que há décadas vinha fazendo o seu caminho no espaço europeu⁶⁶⁶. A partir da década de 1970, o tema da descriminalização pela via da transformação dos crimes em contra-ordenações ou em infracções administrativas passou a concitar ampla atenção da doutrina penal europeia mais prestigiada. O XIV Congresso Internacional de Direito Penal da *Association Internationale de Droit Pénal*, realizado em 1987, congregou penalistas de todo o mundo em torno dos “problemas jurídicos e práticos colocados pela diferença entre o direito criminal e o direito penal administrativo”. E a matéria foi igualmente objecto de especial atenção da parte da Comunidade Europeia, que no início da década de 1990 promoveu um estudo alargado sobre os sistemas de sanções administrativas e penais nos Estados-Membros, no qual se empenharam reputados penalistas de todos os países que então compunham a Comunidade⁶⁶⁷.

Nos países com maiores afinidades geográficas e jurídicas com o nosso, foram tomadas opções desconstruídas sobre o rumo a seguir neste domínio. Em sentido diametralmente oposto ao modelo alemão temos o caso francês. Mantendo fidelidade, ainda hoje, à tripartição das infracções penais em crimes, delitos e contravenções⁶⁶⁸,

⁶⁶⁵ Sobre esta opção, desenvolvidamente, COSTA, Joaquim Pedro Cardoso da, “O recurso para os tribunais judiciais da aplicação de coimas pelas autoridades administrativas”, *Ciência e Técnica Fiscal*, n.º 366, 1992, p. 39 e ss.

⁶⁶⁶ Cf. DELMAS-MARTY, Mireille, “Introduction: Différenciation des systèmes juridiques à dominante pénale ou administrative”, in: *Revue Internationale de Droit Pénal*, n.º especial: *Les Problèmes Juridiques et Pratiques Posés par la Différence entre le Droit Criminel et le Droit Administratif Pénal*, vol. 59, 1988, p. 27 e ss.

⁶⁶⁷ Cf. *The System of Administrative and Penal Sanctions in the Member States of the European Communities*, vols. I e II, Luxembourg, Office for Official Publications of the European Communities, 1994.

⁶⁶⁸ Cf. DELMAS-MARTY, Mireille, “Le nouveau Code Pénal Français: textes et contexte”, in: *Valore e Principi della Codificazione Penal: le Esperienze Italiana, Spagnola e Francese a Confronto*, Padova, CEDAM, 1995, p. 44 e ss.

persistiu a França no seu tradicional modelo contravencional, não enveredando pela criação de um *sistema* legal de sancionamento público confiado à administração⁶⁶⁹.

Um caminho semelhante ao português foi o seguido em Itália, igualmente sob directa influência alemã, mas não em Espanha⁶⁷⁰, onde o chamado *derecho administrativo sancionatorio* é essencialmente fruto do labor jurisprudencial, sobretudo constitucional, com todos os problemas e dificuldades inerentes a uma construção dessa natureza⁶⁷¹. Estando o direito espanhol desprovido de um verdadeiro regime geral que balize e regule a actividade sancionatória da administração, em Espanha há inclusivamente quem ainda hoje olhe para o caso português como uma espécie de exemplo a seguir, reconhecendo o nosso RGCO como “uma parte geral do direito administrativo sancionatorio invejavelmente mais avançada que o ramalhete de princípios confusos estabelecidos em uns poucos artigos confusos da Lei 30/1992 espanhola”⁶⁷².

O ordenamento dos países latinos da Europa que nesta matéria guarda maior proximidade com o português é o italiano, que enveredou por uma via contra-ordenacional na mesma altura em que em Portugal se instituiu o direito de mera ordenação social.

⁶⁶⁹ VARINARD, A. / JOLY-SIBUET, E., “Les problèmes juridiques et pratiques posés par la différence entre le Droit Pénal et le Droit Administratif Pénal”, in: *Revue Internationale de Droit Pénal, n.º especial: Les Problèmes Juridiques et Pratiques Posés par la Différence entre le Droit Criminel et le Droit Administratif Pénal*, vol. 59, 1988, p. 189 e ss.

⁶⁷⁰ Para um panorama sobre o estado da questão na Espanha da época, com um olhar para o então novo regime português, tido como um modelo a seguir e qualificado mesmo como “um instrumento inestimável para a futura reforma do poder sancionatorio da Administração Pública em Espanha”, cf. BAJO FERNANDEZ, Miguel / MENDONZA BUERGO, Blanca, “Hacia una Ley de contravenciones, el modelo portugués”, *ADPCP*, 36, III, 1983, p. 567 e ss. (esp. 588 e ss.), que todavia não fazem uma única referência aos estudos da doutrina portuguesa que precederam o nosso regime legal contra-ordenacional!

⁶⁷¹ Cf. NIETO GARCÍA, Alejandro, *Derecho Administrativo Sancionador*, 4.ª ed., Madrid, Tecnos, 2008, p. 28 e ss., que caracteriza o sistema espanhol como um sistema de sarcamos e paradoxos, dando corpo, nas suas palavras, a uma lamentável farsa, cujas culpas reparte pelo legislador, pela administração e pelos tribunais: “em um sistema de descoordenação e inércia legislativa, decidiu a jurisprudência elaborar de cima para baixo o direito administrativo sancionador de que dispomos. E se neste ponto seria injusto regatear elogios a um labor tecnicamente admirável (...), tal não permite que se silenciem alguns desacertos garrafais (...) que afectam a eficácia e a justiça de todo o sistema. (...) Diante desta censura poderia alegar-se, é certo, que os tribunais se limitam a aplicar a lei (...). Mas esta hipotética objecção não colhe, porque os tribunais não se limitam a aplicar a lei. No âmbito sancionador estão «criando direito» desde o primeiro dia, a um tal ponto que foram eles que, reconhecidamente, elaboraram o direito administrativo sancionador de que dispomos” (p. 30). Tudo o que leva o A. a concluir que, neste domínio, em Espanha se vive “em um *Estado judicial de direito*”!

⁶⁷² RANDO CASERMEIRO, Pablo, *La Distinción entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador. Un Análisis de Política Jurídica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, p. 74, nota 18

Depois de algumas investidas descriminalizadoras pontuais nas décadas anteriores⁶⁷³, o autêntico ponto de partida para a criação de um novo e autónomo sistema sancionador paralelo ao sistema penal foi dado pela Lei n.º 689, de 24-11-1981 (*Modifiche al sistema penale*)⁶⁷⁴, geralmente apelidada, tal como as que se lhe seguiram⁶⁷⁵, como *lei despenalizadora*⁶⁷⁶. A abrangência e o significado político-criminal deste diploma não se ficou em todo o caso “apenas” pela criação de um novo ramo de direito punitivo administrativo, tendo incidido transversalmente sobre todo o sistema penal⁶⁷⁷.

Além de promover a conversão de um larga série de contravenções em infracções administrativas⁶⁷⁸, a Lei n.º 689/81 introduziu um corpo normativo de natureza geral, composto de princípios e regras de natureza substantiva e processual, dirigido não apenas aos ilícitos administrativos através dela criados, como também, em princípio, às infracções administrativas futuras. Um propósito que foi logo anunciado no projecto de lei governamental que esteve na base da reforma, apresentado ao Parlamento italiano em Outubro de 1977 pelo Ministro da Justiça Francesco Bonifacio, por isso conhecido como *Progetto Bonifacio*: “as normas que se seguem procuram portanto concretizar o desejado alargamento da despenalização e, simultaneamente, disciplinar toda a matéria de modo completo e coerente, conferindo uniformidade de

⁶⁷³ Cf., por todos e em pormenor, LARIZZA, Silvia, “Profili critici della politica di depenalizzazione”, *RIDPP*, 1981, p. 61 e ss., SINISCALCO, Marco, *Depenalizzazione e Garanzia*, Bologna, Il Mulino, 1983, p. 53 e ss., e PALIERO, Carlo Enrico / TRAVI, Aldo, *La Sanzione Amministrativa. Profili Sistemati*, Milano, Giffrè, 1988, p. 72 e ss.: Lei n.º 317, de 03-03-1967, no âmbito rodoviário, e Lei n.º 706, de 24-12-1975, de carácter geral, aplicável a infracções contravencionais puníveis apenas com a pena pecuniária de *ammenda*.

⁶⁷⁴ *Gazzetta Ufficiale*, de 30 de Novembro de 1981, n.º 329.

⁶⁷⁵ Para uma descrição da evolução legislativa posterior à Lei n.º 689/81, cf. BERNARDINI, Alessandro, “Brevi note sulle linee evolutive della depenalizzazione in Italia”, *L'Indice Penale*, 2001, p. 727 e ss.

⁶⁷⁶ Sobre a querela terminológica em torno da designação que deve caber aos diplomas legais que convertem as infracções penais em infracções administrativas, cf. BRICOLA, Franco, “La depenalizzazione nella legge 24 novembre 1981, n. 689: una svolta «reale» nella politica criminale?”, in: *Franco Bricola – Scritti i Diritto Penale*, vol. I, tomo II, Milano, Giuffrè, 1997 (publicado pela primeira vez em 1982, in: *Pol. Dir.*, p. 359 e ss.), p. 1444, a favor do termo *despenalização*; e em sentido contrário, MANTOVANI, ⁷DP-PG, p. 964, que prefere a expressão *descriminalização*, dado que, em seu modo de ver, “a sanção administrativa punitiva acaba sempre por ser uma pena”.

⁶⁷⁷ VANNINI, Alessandra Rossi, *Illecito Depenalizzato-Amministrativo. Ambito di Applicazione*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 7, nota 13: “é oportuno recordar que nunca como até agora se havia visto uma única lei que tivesse trazido tais e tantas inovações ao Código Penal, ao Código de Processo Penal e à legislação extravagante”.

⁶⁷⁸ “Infracção administrativa” é a expressão de que lança mão VINCIGUERRA, Sergio, *La Riforma del Sistema Punitivo nella L. 24 novembre 1981, n. 689. Infrazione Amministrativa e Reato*, Padova, Cedam, 1983, p. 11, em vez de “ilícito administrativo”, “para evitar o significado duplo que o termo assume na doutrina administrativa”.

regulação a ilícitos que, apesar de possuírem características idênticas, são disciplinados heterogeneamente por várias fontes normativas”⁶⁷⁹.

A Lei n.º 689/81 foi, na realidade, encarada pela doutrina e pela jurisprudência italianas como um *autêntico regime geral* do novo sistema sancionatório administrativo⁶⁸⁰, em termos, portanto, similares ao da OWiG alemã⁶⁸¹ e ao nosso RGCO. Tanto assim que, integrando os casos alemão, português e italiano num modelo que denomina como *modelo de codificação*, Paliero os agrega num “arquétipo normativo do ilícito administrativo que poderemos definir «para-penal», pela marcada assimilação da sua «parte geral» às articulações clássicas do crime. Tal processo de homogeneização entre áreas sancionatórias decorreu justamente através de uma técnica legislativa de tipo codificador, facilmente reconhecível, com fortes analogias de conteúdo, em pelo menos três ordenamentos europeus: ao lado do protótipo alemão de 68 que «consolidava» o «novo» tipo normativo da «Ordnungswidrigkeit», reflectem esta imagem a lei portuguesa sobre a «Contra-Ordenação» de 1982 e a lei italiana sobre o ilícito administrativo (de «Modificações ao sistema penal») de 1981”⁶⁸². Eis a razão pela qual os sistemas contra-ordenacionais alemão, português e italiano são frequentemente aparelhados e analisados em conjunto nos estudos de direito comparado sobre a matéria de que nos ocupamos⁶⁸³.

A lei e a doutrina usam correntemente o vocábulo “administrativo” ou expressões afins para designar este ramo do direito sancionatório italiano. Inicialmente,

⁶⁷⁹ “Modifiche al sistema penale”, in: *RIDPP*, 1978, p. 346. Sobre a hipertrofia penal, desenvolvidamente e com especial incidência na evolução italiana, PALIERO, Carlo Enrico, «*Minima non Curat Praetor*», p. 3 e ss.

⁶⁸⁰ Cf. BRICOLA, “La depenalizzazione nella legge 24 novembre 1981, n. 689”, p. 1446, VINCIGUERRA, *La Riforma del Sistema Punitivo*, p. 43 e ss., PALIERO, Carlo Enrico / TRAVI, Aldo, *La Sanzione Amministrativa. Profili Sistematici*, Milano, Giffrè, 1988, p. 79, PADOVANI, Tullio, “La distribuzione di sanzioni penali e di sanzioni amministrative secondo l’esperienza italiana”, *RIDPP*, 1984, p. 953, VANNINI, *Illecito Depenalizzato-Amministrativo*, p. 4 e s.; e ainda, na doutrina mais recente, MANTOVANI, ⁷*DP-PG*, p. 964 e s., MARINUCCI / DOLCINI, ³*DP-PG*, p. 140 e s., e PULITANÒ, ³*Diritto Penale*, p. 695.

⁶⁸¹ O modelo alemão esteve, com efeito, sempre sob a mira dos trabalhos parlamentares, que contaram, além do mais, com um estudo sobre o sistema contra-ordenacional alemão especialmente elaborado para esse efeito por Emilio Dolcini e Carlo Enrico Paliero – cf. DOLCINI, Emilio / PALIERO, Carlo Enrico, “L’illecito amministrativo (Ordnungswidrigkeit) nell’ordinamento della Repubblica Federale di Germania: disciplina, sfera di applicazione, linee di politica legislativa”, *RIDPP*, 1980, p. 1134 e ss.

⁶⁸² PALIERO, “La sanzione amministrativa come moderno strumento...”, p. 1038 (cf. ainda, já antes, PALIERO, «*Minima non Curat Praetor*», p. 483 e ss.). Com efeito, na Europa da década de 1980, entre os países do chamado bloco capitalista apenas a Alemanha, Portugal e Itália haviam adoptado uma “lei-quadro” de um direito sancionatório exercido pela administração (DELMAS-MARTY, “Introduction: Différenciation des systèmes juridiques à dominante pénale ou administrative”, p. 29 e s.).

⁶⁸³ Cf., v. g., TIEDEMANN, “Principes généraux applicables aux sanctions communautaires”, p. 11 e ss.

fazia curso sobretudo a denominação “ilícito administrativo despenalizado”⁶⁸⁴, mas com a sua progressiva consolidação parece entretanto ter adquirido predominância a designação “direito punitivo administrativo” (*diritto punitivo amministrativo*)⁶⁸⁵. Perante esta terminologia, uma primeira e superficial aproximação à experiência italiana poderia inculcar a ideia de que este sector sancionatório seria visto como parte integrante do direito administrativo e que as infracções nele previstas seriam tidas como intrinsecamente administrativas⁶⁸⁶. Não é isso, porém, que sucede. O emprego daquelas denominações entronca na tradição italiana, devida sobretudo a Guido Zanobini, de rotular como administrativas as sanções aplicadas pela administração, independentemente da concreta natureza por elas assumida⁶⁸⁷. Não deve pois ser-lhe atribuído o significado de uma qualquer pretensão de adscrever o chamado *diritto punitivo amministrativo* ao direito administrativo⁶⁸⁸.

Isso compreendido, não será de espantar que, embora esta terminologia de cunho administrativista seja pacificamente aceite, a tendência largamente dominante da doutrina italiana corra no sentido de aproximar esse direito punitivo administrativo ao direito penal, ao ponto de alguma doutrina de referência acolher ainda a denominação *diritto penal amministrativo*⁶⁸⁹. Orientação que decorre da *opção penal* feita pelo legislador italiano na Lei n.º 689/81⁶⁹⁰, isto é, de uma conformação do novo regime legal através de princípios tipicamente penais como o princípio da legalidade criminal

⁶⁸⁴ Cf. SINISCALCO, *Depenalizzazione e Garanzia*, p. 137 e ss., e VANNINI, *Illecito Depenalizzato-Amministrativo*, *passim*.

⁶⁸⁵ Cf., v. g., MANTOVANI, ⁷DP-PG, p. 962 e ss., PALAZZO, ⁴DP-PG, p. 48 e ss., e CADOPPI / VENEZIANI, ⁴DP-PG, p. 6

⁶⁸⁶ Parece ser essa a conclusão de VILELA, Alexandra, *O Direito de Mera Ordenação Social*, p. 167 e ss., quando entende, a nosso ver erradamente (cf. só PALIERO, «*Minima non Curat Praetor*», p. 483 e ss., e “La sanzione amministrativa come moderno strumento...”, p. 1038), que o caso italiano não se integra no modelo do direito contra-ordenacional adoptado entre nós e de que a Alemanha foi precursora.

⁶⁸⁷ ZANOBINI, *Le Sanzioni Amministrative*, 1924, p. 240 e *passim*.

⁶⁸⁸ Contra tal assimilação, SINISCALCO, *Depenalizzazione e Garanzia*, p. 148 e ss., e MANTOVANI, ⁷DP-PG, p. 963. Aparentemente a favor dela, porém, RIZ, Roland, “Le sanzioni pecuniarie amministrative e l’ordinamento penale”, in: *L’Illecito Penale Amministrativo: Verifica di un Sistema*, Padova, CEDAM, 1987, p. 166 e ss.

⁶⁸⁹ Assim, FIANDACA / MUSCO, ⁵DP-PG, p. 849; e ainda MANTOVANI, ⁷DP-PG, pp. 963 e 966, que admite o uso desta designação como alternativa à expressão direito punitivo administrativo.

⁶⁹⁰ Nesta direcção, VINCIGUERRA, *La Riforma del Sistema Punitivo*, p. 43, BRICOLA, “La depenalizzazione nella legge 24 novembre 1981, n. 689, p. 1446 e ss., e “Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela”, in: M. de Acutis / G. Palombarini (orgs.), *Funzioni e Limiti del Diritto Penale*, Padova, Cedam, 1984, p. 78 e ss., e VANNINI, *Illecito Depenalizzato-Amministrativo*, p. 128 e ss.

Esta opção penal deparou-se, todavia, com alguns escolhos ao longo do processo legislativo que culminou na Lei n.º 689/81, o qual chegou a conhecer versões preliminares orientadas por um modelo de sanções civilístico-ressarcitórias – cf., em sentido crítico, DOLCINI, Emilio / PALIERO, Carlo Enrico, “I «principi generali» dell’illecito amministrativo nel disegno di legge «Modifiche al sistema penale»”, *RIDPP*, 1980, p. 1154 e ss., esp. p. 1175 e ss.

ou o princípio da culpa e ainda da estruturação do facto do ilícito administrativo despenalizado como facto típico, ilícito e culposo à semelhança do que sucede no direito penal⁶⁹¹. Trata-se, pois, na síntese impressiva de Azzali, de “um micro-sistema penal”⁶⁹². O legislador distanciou-se entretanto a tal ponto do domínio administrativo que a competência para o conhecimento das impugnações judiciais de condenações em sanções ditadas pela administração foi, em geral, deferida não aos tribunais administrativos, nem sequer aos tribunais penais, mas sim aos juízos de paz e aos tribunais da jurisdição cível, consoante a gravidade das sanções aplicadas (art. 22-*bis* da Lei n.º 689/81, introduzido em 1999)⁶⁹³. Trata-se enfim de uma regulação que permite à doutrina penal afirmar que “a Lei n.º 689/1981 rompe definitivamente com a tradicional elaboração dos princípios feita pelos estudiosos do direito administrativo”⁶⁹⁴.

2. Na comparação com a discussão portuguesa, além de um mais nítido afastamento do domínio administrativo, é muito menos intensa na doutrina italiana a propensão para afastar o direito contra-ordenacional do direito penal. Apesar de reconhecido e defendido o princípio da autonomia do direito punitivo administrativo, em geral é igualmente admitida a existência de uma estreita relação de interdependência entre o direito penal e o direito contra-ordenacional. Tendência espelhada na ideia lapidarmente formulada por Francesco Palazzo de que “ mesmo permanecendo diversos e distintos, os dois sistemas punitivos, administrativo e penal, interligam-se numa *unidade substancial*”⁶⁹⁵. Daí que, apesar de maioritariamente recusada a proposta de

⁶⁹¹ PALIERO / TRAVI, *La Sanzione Amministrativa*, p. 187 e ss., e CADOPPI / VENEZIANI, ⁴*DP-PG*, p. 7. Crítico do modo como o legislador desenhou o regime do direito punitivo administrativo, SGUBBI, Filippo, “Depenalizzazione e principi dell’illecito amministrativo”, *L’Indice Penale*, 1983, p. 265: “na construção da nova figura de ilícito, o legislador de 1981 imitou em demasia o modelo penal: mais precisamente, imitou o modelo penal de modo excessivo e por vezes incongruente”.

⁶⁹² AZZALI, Giampiero, “L’alternativa amministrativa: lineamenti di un sistema sanzionatorio”, in: *L’Illecito Penale Amministrativo: Verifica di un Sistema*, Padova, CEDAM, 1987, p. 9.

⁶⁹³ Cf. MARINUCCI / DOLCINI, ³*DP-PG*, p. 140. Este exemplo do direito punitivo administrativo revela não ser afinal assim tão líquido que os tribunais administrativos sejam “a jurisdição «naturalmente» competente” para apreciar as impugnações das condenações contra-ordenacionais, como ainda agora parece pretender CATARINO, Luís Guilherme, *Regulação e Supervisão dos Mercados de Instrumentos Financeiros. Fundamento e Limites do Governo e Jurisdição das Autoridades Independentes*, Coimbra, Almedina, 2010, p. 578.

⁶⁹⁴ VINCIGUERRA, *La Riforma del Sistema Punitivo*, p. 43 e s.

⁶⁹⁵ PALAZZO, Francesco, “I criteri di riparto tra sanzioni penali e sanzioni amministrative”, in: *L’Illecito Penale Amministrativo: Verifica di un Sistema*, Padova, CEDAM, 1987, p. 13. Ainda neste sentido, PEDRAZZI, Cesare, “Presentazione”, in: DOLCINI, E. / GIARDA, A. / MUCCIARELLI, F. / PALIERO, C. E. / CRUGNOLA, E. R., *Commentario delle «Modifiche al Sistema Penale»*, Milano, Ipsoa, 1982, p. 6 e s., aludia já a um sistema repressivo “substancialmente unitário para lá das tradicionais estratificações do ordenamento (um «duplo binário» repressivo?)”.

Marco Siniscalco de configuração do ilícito administrativo despenalizado como subsistema de um ilícito de direito público que contaria ainda com os subsistemas do ilícito penal e do ilícito administrativo⁶⁹⁶, haja um relativo consenso na caracterização do sistema sancionatório italiano como um sistema de *duplo binário*⁶⁹⁷, composto pelo direito penal e pelo direito punitivo administrativo, ocupando este um lugar intermédio entre o direito penal em sentido estrito e o direito administrativo⁶⁹⁸, correspondendo-lhe assim um ilícito para-penal⁶⁹⁹.

A adopção da via contra-ordenacional pelo legislador italiano procurou dar corpo a propósitos semelhantes àqueles que motivaram as legislações alemã e portuguesa, sempre congregados sob o *leitmotiv* da descriminalização. A necessidade de purificar o direito penal de delitos de baixa ou mesmo insignificante gravidade, incompatíveis com a sua natureza fragmentária e de *ultima ratio* e geradores de uma generalizada incompreensão social em relação ao sistema penal, a imprescindibilidade de aliviar a máquina judiciária da carga processual representada por este tipo de infracções menores e a importância de encontrar mecanismos alternativos às penas de prisão de curta duração, constituíram, entre outras, as razões invocadas para justificar a criação do novo sistema do direito punitivo administrativo instituído pela Lei n.º 689/81⁷⁰⁰. A par deste propósito descriminalizador, a reforma italiana foi ainda impulsionada pelo interesse em dotar todas as sanções administrativas pecuniárias de um regime jurídico unitário e terá de algum modo sido estimulada pela decisão tomada em 1979 pela *Corte Costituzionale* de declarar inconstitucional a disciplina legal de conversão da pena de multa em prisão⁷⁰¹.

2.1 A ênfase dada pelo legislador italiano à necessidade de promover uma rápida e significativa descriminalização implicou que a Lei n.º 689/81 não se apresentasse

⁶⁹⁶ SINISCALCO, *Depenalizzazione e Garanzia*, p. 138 e s., tem em vista fundamentalmente marcar uma contraposição em relação ao ilícito do direito privado. A este enquadramento opõem-se PALIERO / TRAVI, *La Sanzione Amministrativa*, p. 230, por entenderem que vai aqui implícita uma intenção de integrar e homogeneizar o ilícito administrativo despenalizado no modelo, *lato sensu*, penal, para tanto fazendo apelo a um conceito, o de *ilícito de direito público*, desconhecido da doutrina do direito público.

⁶⁹⁷ PADOVANI, Tullio, “Tutela di beni e tutela di funzioni nella scelta fra delitto, contravvenzione e illecito amministrativo”, *Cassazione Penale*, 1987, p. 672.

⁶⁹⁸ Cf. SINISCALCO, *Depenalizzazione e Garanzia*, p. 150, VANNINI, *Illecito Depenalizzato-Amministrativo*, p. 6 e s., e FIANDACA / MUSCO, ⁵DP-PG, p. 851.

⁶⁹⁹ Cf. NUVOLONE, Pietro, “Il diritto punitivo nella nuova legislazione italiana”, *L’Indice Penale*, 1982, p. 79 e ss., DOLCINI, Emilio, “Sui rapporti fra tecnica sanzionatoria penale e amministrativa”, *RIDPP*, 1987, p. 777, VANNINI, *Illecito Depenalizzato-Amministrativo*, p. 128 e ss., e PALAZZO, ⁴DP-PG, p. 5.

⁷⁰⁰ “Modifiche al sistema penale”, in: *RIDPP*, 1978, p. 343 e s.

⁷⁰¹ Cf. RIZ, “Le sanzioni pecuniarie amministrative e l’ordinamento penale”, p. 160 e ss.

apenas como simples lei-quadro do novo regime sancionatório, mas ainda também como uma autêntica lei despenalizadora, ditando a transformação em infracções administrativas de um largo conjunto de delitos e contravenções. Nas disposições directamente referidas à despenalização surpreendem-se algumas características originais do direito contra-ordenacional italiano e que o diferenciam ainda hoje dos seus homólogos português e alemão.

A despenalização propriamente dita foi consumada pelo art. 32.º (Substituição da multa ou da *ammenda*⁷⁰² pela sanção administrativa pecuniária) da Lei n.º 689/81: “Não constituem crime e ficam sujeitas à sanção administrativa de pagamento de uma soma em dinheiro todas as infracções para as quais esteja exclusivamente prevista a pena de multa ou de *ammenda*, sem prejuízo do disposto no art. 39 em relação às infracções financeiras. A disposição precedente não se aplica aos crimes nela previstos que, nas formas agravadas, sejam puníveis com pena detentiva, mesmo que em alternativa à pena pecuniária. A disposição do primeiro parágrafo não se aplica, por fim, aos delitos nele previstos que sejam puníveis em querela”. A complementar o preceituado neste art. 32.º, foram acrescentadas algumas disposições mais nos preceitos seguintes, em geral no sentido de adicionar excepções à despenalização, com destaque para os tipos constantes do Código Penal (art. 34.º, a)).

Uma das singularidades da legislação italiana é desde logo a falta de atribuição de um *nomen juris* específico à sanção principal do direito punitivo administrativo⁷⁰³. Se os legisladores alemão e português decidiram criar uma denominação autónoma para a sanção contra-ordenacional – *Geldbuße* e coima, respectivamente – já o legislador italiano entendeu não o fazer, optando por submeter ao novo regime as infracções para as quais seja cominada uma “*sanção administrativa de pagamento de uma soma em dinheiro*”. A criação de uma nova designação teria não tanto a vantagem de tornar clara

⁷⁰² A *ammenda*, como referiremos infra em texto, é a sanção penal pecuniária correspondente às contravenções (cf. arts. 17.º, 26.º e 39.º do CP italiano). Dado que a lei penal italiana também prevê a pena pecuniária de “multa” (art. 17.º do CP), a tradução de *ammenda* por multa poderia implicar o uso da mesma palavra para designar duas penas formalmente distintas e seria, como tal, susceptível de gerar uma confusão que prejudicaria uma correcta compreensão do regime penal italiano. Também se nos afigura de evitar uma tradução de *ammenda* por coima (assim, todavia, CORREIA, Eduardo, “Direito penal e direito de mera ordenação social”, p. 281), uma vez que, atenta a experiência contra-ordenacional portuguesa das últimas décadas, poderia incutir a ideia de que se trataria de uma sanção do direito punitivo administrativo italiano, quando, na realidade, é uma verdadeira pena criminal (cf. art. 26.º do CP italiano: A *pena de ammenda* consiste no pagamento ao Estado de uma soma não inferior a 20 € nem superior a 10.000 €”). Por estas razões, que, aliás, permitiram já dilucidar o seu conteúdo, referir-nos-emos à *ammenda* em língua italiana.

⁷⁰³ Cf. MARINUCCI / DOLCINI, ³DP-PG, p. 139.

a contraposição em relação às sanções penais, facilmente alcançável tomando como referência as designações previstas pelo ordenamento penal para as sanções cominadas para os delitos e para as contravenções⁷⁰⁴, mas sobretudo de evitar dúvidas sobre a natureza autenticamente sancionatória de consequências jurídicas legalmente previstas para a prática de ilícitos administrativos, como não demorou a comprovar-se na prática forense⁷⁰⁵.

2.2 Outra originalidade, esta de vulto, do regime italiano prende-se com o *destino das contravenções*. Como vimos, no caso português assumiu-se, na esteira do exemplo alemão, a abolição da categoria penal da contravenção como um objectivo político-criminal a seguir, se não logo imediatamente aquando da introdução do RGCO em 1982, pelo menos num prazo que se pretendia breve. Foi outra, no entanto, a opção italiana.

De acordo com o art. 39.º do CP italiano, os crimes (*reati*) dividem-se em delitos (*delitti*) e contravenções (*contravvenzioni*) e distinguem-se através de um critério exclusivamente formal⁷⁰⁶, nomeadamente, em função das penas aplicáveis: *delitos* são aqueles para os quais se prevêem penas principais de prisão perpétua (*ergastolo*), de prisão (*reclusione*) ou de multa (art. 17.º do CP) e *contravenções* são aqueles a que correspondem penas principais de *arresto*⁷⁰⁷ ou de *ammenda*. Esta divisão não foi afectada pela Lei n.º 689/81 ou por qualquer uma das leis despenalizadoras posteriores.

⁷⁰⁴ MARINUCCI / DOLCINI, ³DP-PG, p. 139: “Também na relação com o *ilícito administrativo*, o único critério para identificar os *crimes* é dado pelo *nome* das *penas principais*. Concretamente, quando a lei comina a *multa* (pena pecuniária para os delitos: art. 18.º do CP) ou a *ammenda* (pena pecuniária para as contravenções: art. 18.º do CP) encontramos-nos na presença de um *crime*, ao passo que sanções pecuniárias *não* designadas como multa ou como *ammenda* têm a natureza de sanção administrativa”.

⁷⁰⁵ Sobre as dificuldades sentidas pela *praxis* em virtude da inexistência de um nome técnico para a sanção do direito punitivo administrativo, cf. DOLCINI, “Sui rapporti fra tecnica sanzinatoria penale e amministrativa”, pp. 778 e s. e 783 e s.

⁷⁰⁶ Consideram MARINUCCI / DOLCINI, ³DP-PG, p. 137, que, *na realidade*, apesar dos diferentes nomes dados às várias penas cabidas aos delitos e às contravenções, as penas privativas de liberdade não perpétuas, de prisão e de *arresto*, e as penas pecuniárias de multa e de *ammenda* têm conteúdos largamente, senão mesmo completamente, coincidentes: na prática penitenciária, a separação entre os condenados em prisão e em *arresto* (cf. a nota seguinte) é letra morta; e tanto na multa como na *ammenda* está sempre e somente em causa o “pagamento ao Estado de uma soma em dinheiro”. Já para PADOVANI, “Il binomio irriducibile”, p. 449 e ss., na linha da tradição da Escola clássica italiana (cf. supra, § 8.2), subjacente à distinção formal constante da lei penal italiana está uma autêntica diferença material entre delitos e contravenções que deve ser preservada, entendendo inclusivamente que ambos formam um *binómio irredutível*.

⁷⁰⁷ A pena de *arresto* é uma pena privativa da liberdade com duração entre 5 dias e três anos, a cumprir em estabelecimentos ou secções prisionais diferentes dos destinados ao cumprimento da pena de prisão (art. 25.º do CP italiano).

Sinal, aliás, de que, ao contrário do sucedido em Portugal, apesar da criação de um autónomo sistema de direito punitivo administrativo, o legislador italiano não considerou as contravenções como uma espécie em vias de extinção foi a Circular emitida pela Presidência do Conselho de Ministros de 05-02-1986⁷⁰⁸. Dela constavam instruções de técnica legislativa dirigidas aos Ministérios do Governo italiano nas quais se incluíam critérios orientadores da *escolha legislativa entre delitos e contravenções*, acompanhados de uma justificação que recuperava uma distinção de matriz qualitativa entre delitos e contravenções fundada sobre o conteúdo do ilícito. Na perspectiva do Governo italiano, sintetiza Padovani, reportando-se à circular, “delitos e contravenções contrapõem-se, em linha de princípio, não porque exprimam um distinto grau de ofensa, mas porque são intrinsecamente diferentes no que respeita à relação com a matéria proibida ou imposta. Mais especificamente, – continua Padovani – as contravenções representam um arquipélago normativo constituído por ofensas de natureza preventivo-cautelar e por infracções de prescrições referidas a actividades sujeitas a um poder administrativo”⁷⁰⁹. É claro que, como ao tempo observou Francesco Palazzo, uma tal declaração de princípio só poderia ser lida como uma opção em favor da sobrevivência da categoria das contravenções⁷¹⁰. As décadas que se seguiram confirmaram esta conclusão, tendo o lema em prol de uma abolição das contravenções nunca passado pouco mais do que de uma mera proclamação⁷¹¹. Mesmo tendo visto a sua existência ameaçada por um ou outro dos projectos de reforma do Código Penal italiano que se vêm sucedendo ao longo dos anos⁷¹², as contravenções perduram ainda actualmente como categoria infraccional autónoma do direito penal italiano.

Ao contrário das reacções negativas que entre nós suscitou a sobrevivência, mesmo que só a prazo, das contravenções, a sua subsistência em Itália não gerou

⁷⁰⁸ PADOVANI, Tullio, “Delitti e contravvenzioni”, in: *Digesto delle Discipline Penalistiche, III*, Torino, UTET, 1989, p. 344, vislumbrou nesta circular um sinal da vitalidade das contravenções no sistema italiano.

⁷⁰⁹ PADOVANI, “Tutela di beni e tutela di funzioni...”, p. 670. Este ponto de vista qualitativo permanece todavia minoritário, sendo actualmente dominante a tese de que a diferença entre delitos e contravenções é simplesmente quantitativa – cf. CADOPPI/VENEZIANI, ⁴DP-PG, p. 157.

⁷¹⁰ PALAZZO, Francesco, “Tecnica legislativa e formulazione della fattispecie penale in una recente circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri”, *Cassazione Penale*, 1987, p. 230.

⁷¹¹ DONINI, Massimo, “La riforma della legislazione penale complementare. Il suo significato «constituente» per la riforma del Codice”, in: M. Donini (org.), *La Riforma della Legislazione Penale Contemporanea*, Milano, Cedam, 2000, p. 22.

⁷¹² Mantidas pelos projectos de reforma do CP de Pagliaro (1992), Riz (1995) e Grosso (2001) e banidas pelos projectos mais recentes de Nordio (2005) e de Pisapia (2007) (cf. CADOPPI/VENEZIANI, ⁴DP-PG, p. 159), mostram-se, enfim, incertas as perspectivas de subsistência das contravenções no direito penal italiano futuro.

particulares estados de alma na doutrina italiana⁷¹³. As atenções concentraram-se antes sim no método escolhido pelo legislador para proceder à conversão dos delitos e contravenções em infracções do novo direito punitivo administrativo.

A despenalização foi, como referimos, concretizada através de uma cláusula geral, a constante do primeiro parágrafo do art. 32.º da Lei n.º 689/81, pela qual deixariam de ser delitos e contravenções e passariam a ser infracções administrativas todos aqueles factos criminais puníveis apenas com penas pecuniárias de multa ou de *ammenda*. A este princípio geral juntou-se um largo número de derrogações, ligadas às sanções aplicáveis nas formas agravadas, à inserção sistemática das infracções penais abrangidas pela cláusula geral, às matérias objecto dos tipos legais, *etc.*⁷¹⁴. A crítica mais feroz dirigida a este critério proveio de Franco Bricola, que o apodou de preguiçoso e formalista, por dar a perceber que o legislador se encostou “de modo neutro e acrítico a escolhas legislativas feitas noutros períodos históricos, sem avaliar autonomamente o tipo de interesse tutelado pelas específicas normas despenalizadas”⁷¹⁵. Perante as objecções a esta apreciação negativa, que divisaram no jogo de excepções à cláusula geral uma detida e substancial tomada de posição legislativa sobre a manutenção da relevância penal das normas incriminadoras envolvidas⁷¹⁶, Bricola contrapôs que se tratou de uma limitação demagógica dos efeitos da cláusula geral que não freou a “possibilidade de esta implicar desagradáveis surpresas e incongruências, sem garantir uma adequação do sistema penal e das várias técnicas de tutela à nova escala de valores”⁷¹⁷. Uma avaliação crítica que é retomada por Mantovani tanto a propósito da lei despenalizadora n.º 689/81, como das demais que se lhe seguiram e adoptaram critério semelhante, alertando para três riscos deste tipo de descriminalização, para os quais o legislador português deve estar também de sobreaviso: o de *descriminalizar de mais*, quando a infracção deva permanecer na esfera penal; o de *descriminalizar de menos*, se a pena aplicável não entrar no catálogo das penas abrangidas pela despenalização, estando embora em causa uma incriminação

⁷¹³ Entre a doutrina mais credenciada, a compatibilidade das contravenções com o novo ilícito administrativo despenalizado parece ter sido apenas problematizada (e “resolvida” em sentido afirmativo) por PADOVANI, “Il binomio irriducibile”, p. 461 e ss., e DONINI, *Il Delitto Contravvenzionale*, p. 363 e ss., e “La riforma della legislazione penale complementare”, *passim*.

⁷¹⁴ Sobre o efectivo alcance da despenalização, minuciosamente, VINCIGUERRA, *La Riforma del Sistema Punitivo*, p. 209 e ss.

⁷¹⁵ BRICOLA, “Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela”, p. 36.

⁷¹⁶ Assim, v. g., SGUBBI, “Depenalizzazione e principi dell’illecito amministrativo”, p. 253 e ss.

⁷¹⁷ BRICOLA, “La depenalizzazione nella legge 24 novembre 1981, n. 689”, p. 1445.

objecto de uma valoração social que justificaria a sua remoção do domínio penal; e o de *descriminalizar mal*, isto é, de modo incoerente⁷¹⁸.

3. Ainda diferentemente do que sucedeu quer na Alemanha, quer em Portugal, não ocorreu na doutrina italiana uma discussão sequer comparável à das doutrinas germânica e portuguesa em torno do problema do critério de distinção material entre o direito penal e o direito punitivo administrativo. A questão, tal como é colocada entre nós e na experiência alemã, foi tratada apenas por alguns poucos autores italianos⁷¹⁹, nunca tendo porém concitado especial atenção da generalidade da doutrina. O problema da contraposição entre crimes e contra-ordenações foi posto em Itália fundamentalmente à luz dos critérios de decisão legislativa em sede de criminalização. É evidente que esta forma de o enfrentar leva a doutrina italiana a cruzar-se com pontos que são comuns aos tratados pelas tradicionais abordagens portuguesa e alemã. Só que tal sucede sem que se considere como estando decisivamente em jogo, ao menos em pano de fundo, implicações como aquelas que entre nós andam normalmente associadas à discussão, como, *v. g.*, quanto ao alcance e ao conteúdo do princípio da jurisdição e do princípio da culpa no âmbito do direito de mera ordenação social ou quanto à finalidade das sanções contra-ordenacionais.

Como veremos de seguida, no contexto italiano é largamente predominante o entendimento de que a diferenciação entre as esferas penal e punitivo administrativa passa pelo conceito de bem jurídico. Não propriamente, porém, no sentido da teoria tradicional do direito penal administrativo iniciada por Goldschmidt, mas antes tendo em conta o estatuto jurídico-constitucional do bem jurídico tutelado e a sua necessidade de tutela. Um sector doutrinal minoritário advoga, no entanto, uma caracterização do direito punitivo administrativo que vai ao encontro das linhas de força do pensamento daquela tese do direito penal administrativo. Paradigmática desta tendência doutrinal é a posição de Filippo Sgubbi que vê no ilícito administrativo despenalizado “um ilícito privado de conteúdo imediato e efectivo de tutela”, um ilícito portanto “essencialmente *formal*, assente na violação de (e na desobediência a) um preceito; mais especificamente na infracção de um preceito comportamental de carácter ordenador, um preceito que não

⁷¹⁸ MANTOVANI, *7DP-PG*, p. 968.

⁷¹⁹ Cf. ANGIONI, Francesco, *Contenuto e Funzioni del Concetto di Bene Giuridico*, Milano, Giuffrè, 1983, p. 163 e ss., pronunciando-se a favor de um critério quantitativo; e CADOPPI, *Il Reato Omissivo Proprio*, I, p. 550 e ss., defendendo uma concepção qualitativa.

tem uma função imediata de tutela de um bem, mas aspira a essa tutela de forma mediata e «avançada», disciplinando, regulamentando, organizando uma determinada actividade; uma figura de ilícito, em suma, que prescinde da lesão e que funciona assim com base na simples violação de uma regra, de uma ordenação comportamental”⁷²⁰.

É todo um outro, todavia, o pensamento sobre a materialidade das infracções do direito punitivo administrativo que prepondera na doutrina italiana e que, ao menos no plano das intenções, deve orientar a actividade legislativa. A ideia de que, tal como os crimes, também as contra-ordenações estão especificamente vocacionadas para uma função de tutela de bens jurídicos é partilhada praticamente por toda a doutrina⁷²¹ e conta mesmo com o conforto de uma iniciativa do poder legislativo tomada pouco depois da aprovação da Lei n.º 689/81, a Circular da Presidência do Conselho de Ministros de 19-12-1983, relativa aos “critérios orientadores para a escolha entre sanções penais e sanções administrativas”⁷²².

3.1 Elaborada com a colaboração de uma Comissão composta por professores de direito penal e de direito administrativo e por magistrados, a Circular dirigiu-se aos gabinetes ministeriais, com o intuito de lhes fornecer orientações gerais em matéria de procedimento legislativo⁷²³, designadamente, quanto à decisão de opção pela via penal ou pela via contra-ordenacional, em ordem a prevenir, na medida do possível, as oscilações e incongruências legislativas constatadas após a publicação da Lei n.º

⁷²⁰ SGUBBI, “Depenalizzazione e principi dell’illecito amministrativo”, p. 256. Em sentido próximo, FIANDACA / MUSCO, ³DP-PG, p. 851: “no plano geral dos interesses protegidos, a tutela administrativa visa tendencialmente garantir não os valores essenciais da convivência, mas os específicos e contingentes interesses públicos confiados à administração pública”. Contra esta posição de Fiandaca e Musco pronuncia-se PULITANÒ, ³Diritto Penale, p. 695, denunciando a inidoneidade do critério proposto para funcionar como instrumento de efectivo controlo crítico das escolhas legislativas, envolvendo por isso o risco de dar cobertura dogmática a quaisquer opções legislativas.

⁷²¹ Além dos autores a que se fará referência infra, uma menção à parte é devida para Dolcini, pela particular insistência com que acentua esta nota essencial de que a sanção administrativa foi concebida pelo legislador de 1981 como um “instrumento de tutela preventiva de bens jurídicos” (DOLCINI, Emilio, “Sanzione penale o sanzione amministrativa: problemi di scienza della legislazione”, *RIDPP*, 1984, p. 596, e depois “Sui rapporti fra tecnica sanzinatoria penale e amministrativa”, p. 794 e s., e MARINUCCI / DOLCINI, ³DP-PG, p. 140).

⁷²² *RIDPP*, 1984, p. 344 e ss.

⁷²³ Como esclarece PADOVANI, “La distribuzione di sanzioni penali e di sanzioni amministrative secondo l’esperienza italiana”, p. 953, “sob um ponto de vista formal, o «legislador» em sentido próprio, isto é o Parlamento, permanece à margem destes critérios, que não o vinculam nem o limitam. Mas é claro que, do ponto de vista material, a eficácia dos critérios indicados na Circular será previsivelmente superior à da sua relevância formal, (...) porque (...) grande parte das leis é efectivamente preparada no âmbito ministerial”.

689/81⁷²⁴ e promover uma actividade legiferante criticamente fundada e conforme com o quadro constitucional aplicável⁷²⁵. A iniciativa parece não ter tido grande sucesso⁷²⁶, mas pelo menos condensou o essencial dos critérios de legitimação material da criminalização desenvolvidos pela doutrina italiana de um modo suficientemente aberto para poder ser pacificamente recebida pela doutrina como instrumento válido para uma discussão frutuosa em relação à contraposição entre o direito penal e o direito punitivo administrativo⁷²⁷. A Circular teve, em todo o caso, o mérito de centrar o debate doutrinal justamente em torno de um dos eixos fundamentais do problema contra-ordenacional. Depois da sua publicação e a pretexto dela houve uma nítida deslocação das reflexões doutrinárias para esse campo, tendo nesse contexto sido sufragados os critérios de convivência entre crimes e infracções administrativas que ainda hoje são acolhidos pela doutrina dominante.

A Circular adoptou como premissas gerais o princípio de que tanto os crimes como as contra-ordenações são instrumentos preventivos de tutela de bens jurídicos e a circunstância de que, via de regra, as respectivas sanções assumem diferente gravidade. O elemento decisivo da diferenciação e que justifica a previsão de critérios de “incriminação” distintos num domínio e noutro não reside, pois, no facto propriamente dito, mas *na sanção* para ele cominada. O que, de acordo com a Circular, se apresenta como dado fulcral para distinguir as sanções penais e as sanções contra-ordenacionais é a sua eventual incidência sobre a *liberdade pessoal* dos cidadãos: “só a sanção penal está destinada a repercutir-se directamente (no caso da pena detentiva) ou indirectamente (no caso da pena pecuniária) sobre a liberdade pessoal, o que por si só justifica a previsão de escolha entre a sanção penal, de um lado, e a sanção administrativa, de outro”⁷²⁸. Abordado o problema sob este prisma, entende Azzali ser mesmo de admitir uma *distinção qualitativa* entre sanções penais e sanções

⁷²⁴ Criticamente, DOLCINI, “Sanzione penale o sanzione amministrativa”, p. 624, e PALIERO, «*Minima non Curat Praetor*», p. 34 e s.

⁷²⁵ RIDPP, 1984, p. 346. Como observa PALAZZO, “I criteri di riparto tra sanzioni penali e sanzioni amministrative”, p. 17, não deixa de ser peculiar que tenha sido confiada a missão substancialmente constitucional como é aquela de orientar o legislador a um acto formalmente situado no grau mais baixo da hierarquia das fontes normativas.

⁷²⁶ Assim, PULITANÒ, ³*Diritto Penale*, p. 695, e PALAZZO, Francesco, “I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione”, RIDPP, 1992, p. 464 e s. Inêxito que terá derivado de razões mais fundas e gerais, em concreto da tendência da produção legislativa para seguir “em uma direcção oposta àquela determinada pelos critérios de política criminal derivados da teoria do bem jurídico” (PALAZZO, *cit.*, p. 456).

⁷²⁷ Para PALAZZO, “I confini della tutela penale”, p. 454, a Circular representou um esforço louvável a creditar ao poder legislativo.

⁷²⁸ RIDPP, 1984, p. 347.

administrativas: “a *summa divisio* corre entre sanções pecuniárias e sanções detentivas ou restritivas da liberdade pessoal, em virtude da diversidade de valor e de essência dos interesses que as mesmas atingem”⁷²⁹.

O relevo assim atribuído à potencialidade lesiva da sanção sobre a liberdade pessoal do indivíduo converge com a tendência de um importante sector da doutrina italiana, encabeçado por Franco Bricola, para enfrentar o problema do conceito material de crime essencialmente na base do confronto entre os valores que a aplicação da pena necessariamente sacrifica, *maxime* a pena privativa da liberdade, e os valores que a incriminação visa tutelar, com directo e decisivo apelo à ordem de valores jurídico-constitucional⁷³⁰: “é indubitável que a Constituição atribui um valor absolutamente proeminente à liberdade pessoal (...). Daqui decorre que a máxima restrição da liberdade pessoal, que é aquela que tem lugar de modo efectivo ou potencial através da sanção penal, não pode ser materializada senão como *extrema ratio*. Em ordem a precisar este conceito há muito adquirido, pode hoje afirmar-se, com uma maior consciência do quadro constitucional, que a sanção penal só pode ser adoptada no caso de violação de um bem que seja ao menos dotado de relevo constitucional, ainda que sem o mesmo grau de importância daquele valor, a liberdade pessoal”⁷³¹.

3.2 Tendo esta concepção como pano de fundo⁷³², a Circular determina que a “escolha entre sanção penal e sanção administrativa deve fundamentalmente orientar-se por dois princípios cumulativos: o da proporcionalidade e o da subsidiariedade”⁷³³. Bastará assim que a sanção penal se afigure desproporcionada em relação à gravidade

⁷²⁹ AZZALI, “L’alternativa amministrativa: lineamenti di un sistema sanzionatorio”, p. 5.

⁷³⁰ Cf., por outros, os estudos de BRICOLA, “Teoria Generale del Reato”, p. 14 e ss., e “Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela”, p. 22 e ss., de ANGIONI, *Contenuto e Funzioni*, p. 163 e ss., de FIANDACA, Giovanni, “Il «bene giuridico» come problema teorico e come critério di politica criminale”, *RIDPP*, p. 42 e ss. – sobre a questão, ainda, DOLCINI, Emilio / MARINUCCI, Giorgio, “Constituição e escolha dos bens jurídicos”, *RPCC*, 2/1994, p. 164 e ss. (com mais indicações bibliográficas na nota 1), concluindo, em sentido contrário, que “o legislador não está vinculado nesta escolha ao âmbito dos bens constitucionalmente relevantes” (p. 179), numa recusa que dizem corresponder à posição do Tribunal Constitucional e da doutrina prevalente (p. 165).

⁷³¹ BRICOLA, “Teoria Generale del Reato”, p. 15.

⁷³² A filiação constitucional e o sólido substrato doutrinal perceptíveis na Circular são acentuados por PALAZZO, “I criteri di riparto tra sanzioni penali e sanzioni amministrative”, p. 26. Ainda segundo PALAZZO, “I confini della tutela penale”, p. 455, a Circular aparece “sob a escolta de uma coeva proposta doutrinal”, p. 455 e nota 11, designadamente, da tese de Francesco Angioni sobre o conteúdo e as funções do conceito de bem jurídico. É além disso ostensiva a estreita proximidade entre o teor da Circular e o pensamento de Emilio Dolcini nesta matéria (cf. DOLCINI, “Sanzione penale o sanzione amministrativa”, p. 606 e ss., correspondente a uma intervenção do A. num Seminário que teve lugar em Siracusa em Abril de 1983).

⁷³³ *RIDPP*, 1984, p. 347.

do ilícito ou que seja substituível por uma sanção administrativa de eficácia equivalente para que a escolha da sanção penal se apresente como injustificada⁷³⁴.

Procurando densificar o critério da proporcionalidade, a Circular aponta dois vectores a tomar em consideração na hora de avaliar se certa incriminação se revela ou não proporcionada, o grau de importância do interesse tutelado e a gravidade da ofensa⁷³⁵.

O primeiro subcritério do critério da proporcionalidade, o do *relevo do interesse protegido*, deve tomar em consideração que a sanção penal incide sobre um bem jurídico, a liberdade pessoal, ao qual deve seguramente ser reconhecido um nível de valor primário⁷³⁶. Donde, “tal sanção será proporcionada quando seja utilizada para tutela de interesses do mesmo quilate, ou seja, interesses «primários» no âmbito do sistema constitucional”⁷³⁷. A Circular admite, como é evidente, não ser fácil essa tarefa de identificação dos bens jurídico-constitucionais aos quais deva ser reconhecido tal estatuto, seja por não ser possível graduar de modo rígido os interesses expressamente plasmados na Constituição, seja ainda por dever aceitar-se a existência de interesses primários que apesar do seu indiscutível relevo constitucional não constam expressamente do texto da Constituição, sendo imanentes ao sistema constitucional (v. g., a segurança pública ou a fé pública). Atendendo a esta ordem de razões, a Circular prefere uma aproximação de tipo casuístico aos bens jurídico-constitucionais a qualificar como primários, procedendo a uma explicitação que segue *pari passu* uma proposta que nessa mesma altura havia sido avançada por Francesco Angioni⁷³⁸. Contar-se-ão aí i) os *bens jurídicos individuais* imprescindíveis para uma realização individual pelo menos em condições existenciais mínimas, como a vida, a saúde, a liberdade, a honra, o domicílio, a privacidade ou o trabalho, ii) os *bens jurídicos supra-individuais* construídos sobre bens individuais de primeiro grau (v. g., a liberdade dos entes colectivos necessária para o desenvolvimento da sua actividade) e iii) o *bens públicos* sem os quais ficariam comprometidos as traves fundamentais do Estado de

⁷³⁴ RIDPP, 1984, p. 348.

⁷³⁵ RIDPP, 1984, p. 348 e ss. Nestes exactos termos, também ANGIONI, *Contenuto e Funzioni*, p. 163 e ss., e DOLCINI, “Sanzione penale o sanzione amministrativa”, p. 613 e ss.

⁷³⁶ Para uma categorização dos bens constitucionais em bens fundamentais, primários e secundários, de que a Circular aqui faz eco, cf. ANGIONI, *Contenuto e Funzioni*, p. 167.

⁷³⁷ RIDPP, 1984, p. 348.

⁷³⁸ Cf. ANGIONI, *Contenuto e Funzioni*, p. 203 e ss.

direito social delineado pela Constituição ou seriam bloqueadas e comprometidas as funções dos órgãos com assento constitucional⁷³⁹.

Neste quadro, do princípio da proporcionalidade decorre uma primeira linha de separação entre os ilícitos penais e os ilícitos contra-ordenacionais que deve passar pelo relevo constitucional dos bens jurídicos por uns e outros tutelados. Dado que o facto penal deve ter sempre sob mira bens jurídicos constitucionalmente relevantes, a protecção de interesses sem dimensão constitucional através de instrumentos sancionatórios deverá, em princípio, ficar exclusivamente a cargo do direito punitivo administrativo⁷⁴⁰. Não significa isto que este não possa actuar em defesa de bens jurídico-constitucionais. Simplesmente, quanto a estes mantém-se em aberto o par alternativo do penal e do contra-ordenacional, convocando o funcionamento de crivos adicionais.

Por isso que, continua a Circular, a conformação do critério da proporcionalidade deve ser complementada através do funcionamento de um *segundo subcritério*, o da *gravidade da ofensa ao bem jurídico* tido como digno de pena⁷⁴¹. Aqui importará sobretudo avaliar o grau de antecipação de tutela do bem jurídico, tendo em conta se está em causa um dano ou um perigo, directo ou indirecto, segundo uma escala decrescente. Deste modo, a intervenção penal deve tendencialmente circunscrever-se aos estádios de tutela menos distanciados do bem jurídico e em que é mais nítida uma maior gravidade da ofensa. Ponderação que naturalmente não poderá abstrair-se do grau de importância do bem jurídico tutelado, uma vez que quanto mais elevado for o seu relevo, mais justificado se mostrará o recurso à via penal, mesmo em casos de tutela antecipada e de modesta intensidade, e inversamente a gravidade mínima exigível para a intervenção penal deverá ser tanto maior quanto menor for o relevo constitucional do bem jurídico ameaçado.

3.3 Da conjugação dos dois vectores do princípio da proporcionalidade e da sua aplicação à questão da escolha entre a tutela penal e a tutela do direito punitivo

⁷³⁹ RIDPP, 1984, p. 348 e s.

⁷⁴⁰ Nesta direcção, ANGIONI, *Contenuto e Funzioni*, p. 173 e ss., DOLCINI, “Sui rapporti fra tecnica sanzionatoria penale e amministrativa”, p. 778 e s., BRICOLA, “Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela”, p. 73 e ss., PADOVANI, “La distribuzione di sanzioni penali e di sanzioni amministrative...”, p. 956, MOCCIA, Sergio, “Considerazioni di politica criminale sull’illecito depenalizzato”, *Archivio Penale*, 1986, p. 526, e MANTOVANI, ⁷DP-PG, p. 968 e s.

⁷⁴¹ RIDPP, 1984, p. 349 e s. Nesta linha, ANGIONI, *Contenuto e Funzioni*, p. 205 e ss., e DOLCINI, “Sanzione penale o sanzione amministrativa”, p. 613 e ss.

administrativo, a Circular chega a um quadro conclusivo próximo do desenvolvido pela jurisprudência constitucional alemã quanto à distinção entre os domínios penal e contra-ordenacional e que actualmente, através do apelo às categorias da dignidade penal e da carência de tutela penal, prevalece na doutrina germânica sob designação de teoria mista qualitativa-quantitativa⁷⁴². Com efeito, a Circular conclui que o critério da proporcionalidade implicará via de regra o reconhecimento de *três áreas distintas* sobre as quais recairá a intervenção penal e/ou contra-ordenacional: uma que corresponde à das ofensas relativamente graves a bens jurídicos primários com relevo constitucional, na qual a escolha penal poderá considerar-se apropriada; uma outra, no pólo oposto, constituída pelas ofensas a bens jurídicos seguramente secundários, sobretudo nas suas modalidades menos graves, em que não pode senão equacionar-se uma protecção através do direito punitivo administrativo ou de outras formas de tutela e na qual, portanto, o direito penal não deverá jogar qualquer papel; e uma terceira área, entre aquelas duas, dita *zona cinzenta* em que da aplicação do princípio da proporcionalidade sobre uma irredutível margem de dúvida⁷⁴³.

Na medida em que, neste cenário, a zona inferior é um reduto infranqueável pelo direito penal e só poderá beneficiar da tutela do direito punitivo administrativo, a questão da escolha que a Circular tem por objecto permanecerá em aberto apenas em relação à zona superior e à zona cinzenta intermédia⁷⁴⁴. Aí deverá intervir, por fim, o *princípio da subsidiariedade*, como *segundo critério* da decisão legislativa. Por ele, “o recurso à pena «criminal» só se justificará na falta de técnicas de controlo social dotadas de um grau de *eficácia análogo*”⁷⁴⁵, sendo certo que nessa ponderação haverá que fazer um atento confronto comparativo das virtualidades da sanção penal e da sanção administrativa como instrumento de tutela preventiva e repressiva na hipótese em apreço. Uma comparação que deverá ter em conta o regime legal previsto para cada uma dessas esferas sancionatórias, tanto sob o ponto de vista substantivo, como processual⁷⁴⁶.

O funcionamento concertado dos critérios da proporcionalidade e da subsidiariedade permite reconduzir a actuação do direito punitivo a três áreas

⁷⁴² Cf. infra, §19.

⁷⁴³ RIDPP, 1984, p. 350.

⁷⁴⁴ Estas expressões – “zona superior”, “zona cinzenta intermédia” e “zona inferior” – constam do próprio texto da Circular – cf. RIDPP, 1984, p. 350.

⁷⁴⁵ RIDPP, 1984, p. 350 (it. nosso).

⁷⁴⁶ Nestes mesmos termos, DOLCINI, “Sanzione penale o sanzione amministrativa”, p. 618 e s.

fundamentais, a da tutela de interesses que não integram o quadro dos valores constitucionais primários, a das ofensas sem gravidade a bens jurídicos e a das ofensas que, embora graves, podem ser objecto de uma resposta contra-ordenacional de eficácia não inferior à que poderia ser proporcionada pelo direito penal⁷⁴⁷. Como conclui Dolcini, “no plano material, a infracção administrativa deveria caracterizar-se como ofensa a um bem desprovido de relevo constitucional ou secundário no sistema dos valores constitucionais, como ofensa leve a um bem primário no sistema constitucional ou ainda como ofensa grave a um bem primário, que, todavia, pode ser adequadamente «controlada» através da sanção administrativa, por definição menos «custosa» que a sanção criminal”⁷⁴⁸.

Esta última afirmação sinaliza o ponto onde, apesar da aparência de semelhança desta construção italiana em relação à doutrina qualitativa-quantitativa alemã, as duas concepções acabam por se afastar materialmente uma da outra. É que, na perspectiva italiana, mesmo no patamar dito superior ocupado pelo direito penal não são razões de ordem material ou qualitativa, como se pretende na Alemanha, que separam os crimes das contra-ordenações, mas de eficácia de tutela. Inclusivamente nesse domínio é à partida cogitável uma intervenção contra-ordenacional, que só terá de ceder o passo ao direito penal se a sua eficácia não for suficiente para aí assegurar a tutela tida como necessária. Razões, portanto, de ordem de eficácia e não de jaez axiológico ou valorativo.

4. A ligação das infracções do direito punitivo administrativo a uma função de tutela de bens jurídicos que é sustentada em Itália praticamente sem vozes dissonantes repercute-se necessariamente sobre as próprias finalidades reconhecidas à sanção administrativa. Uma vez que não está nelas em causa uma defesa de interesses puramente administrativos, é logo possível considerar que a sanção administrativa não tem por finalidade repristinar ou reintegrar interesses da administração pública⁷⁴⁹. Vinculada a infracção administrativa à protecção de bens jurídicos, torna-se pouco

⁷⁴⁷ DOLCINI, “Sui rapporti fra tecnica sanzionatoria penale e amministrativa”, p. 779. Em sentido parcialmente concordante, PADOVANI, “La distribuzione di sanzioni penali e di sanzioni amministrative...”, p. 956, que, embora reconhecendo que a adopção dos critérios da proporcionalidade e da subsidiariedade abre a porta à incidência das infracções administrativas para lá da esfera dos simples factos bagatelares, acaba por entender que nos casos de elevada gravidade a proporcionalidade condiciona a subsidiariedade no sentido de que o recurso à sanção penal se torna inevitável.

⁷⁴⁸ DOLCINI, “Sui rapporti fra tecnica sanzionatoria penale e amministrativa”, p. 779.

⁷⁴⁹ DOLCINI, “Sanzione penale o sanzione amministrativa”, p. 602.

menos que indiscutida a ideia de que a sanção administrativa prossegue finalidades preventivas⁷⁵⁰, de prevenção geral e especial, ficando “só” em aberto o sentido positivo e/ou negativo⁷⁵¹ que tais finalidades devam assumir no domínio contra-ordenacional.

A criação de uma regime geral de direito punitivo administrativo pela Lei n.º 689/81 criou as condições para que nas décadas seguintes o legislador italiano voltasse a trilhar a via despenalizadora. Fê-lo em sucessivas levas, gradualmente alargando a sua amplitude a numerosos e heterogêneos novos domínios⁷⁵². De inequívoco relevo foi ainda a consagração do princípio *societas delinquere potest* no direito sancionatório italiano, mediante recurso não ao direito penal, mas sim ao direito punitivo administrativo (Decreto-Lei n.º 231, de 08-06-2001)⁷⁵³. Essa evolução não produziu, todavia, alterações sensíveis na caracterização doutrinal do direito contra-ordenacional italiano, de que ora demos conta e que nas últimas três décadas se tem mantido estável nas suas linhas essenciais.

⁷⁵⁰ Cf. DOLCINI, “Sanzione penale o sanzione amministrativa”, p. 594 e s., MOCCIA, “Considerazioni di politica criminale sull’illecito depenalizzato”, p. 523, e PALAZZO,⁴DP-PG, p. 49 e s.

⁷⁵¹ Cf. BRICOLA, “Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela”, p. 50 e s., que, de resto, também entende que “prevenção geral e prevenção especial mediante intimidação são funções essenciais e coessenciais à sanção penal”, e ainda PALAZZO,⁴DP-PG, p. 49.

⁷⁵² No arco temporal do último meio século, MANTOVANI,⁷DP-PG, p. 968, identifica quatro fases na orientação descriminalizadora do legislador italiano: a das primeiras leis de despenalização, de 1967 e de 1975; a da Lei n.º 689/81; “a terceira fase, caracterizada pela despenalização de específicas matérias, mas com *indicação nominativa* das infracções descriminalizadas”, na primeira metade da década de 1990 (v. g., em matéria de segurança pública e de direito laboral); e “a quarta fase, caracterizada pelo regresso a uma ampla despenalização, embora incidindo sempre sobre crimes especificados singularmente” (v. g., o Decreto-Lei n.º 507, de 30-12-1999, relativo a alimentos, navegação, circulação rodoviária, infracções financeiras e cheques bancários e postais). Sobre este percurso, desenvolvidamente, BERNARDINI, “Brevi note sulle linee evolutive della depenalizzazione in Italia”, *passim*, e RUFFO, Mario Alberto, *Diritto Penale Amministrativo*, 2.ª ed., Milano, Cedam, 2004, p. 3 e ss.

⁷⁵³ Para uma primeira aproximação, por entre uma bibliografia já inabarcável, cf. MARINUCCI / DOLCINI,³DP-PG, p. 141 e ss.

**PARTE II – AS CONCEPÇÕES DOGMÁTICAS SOBRE A
NATUREZA DO DIREITO CONTRA-ORDENACIONAL E SEU
RELACIONAMENTO COM O DIREITO PENAL**

**CAPÍTULO I – A TOTAL IDENTIFICAÇÃO DO DIREITO DE
MERA ORDENAÇÃO SOCIAL COM O DIREITO PENAL**

§ 12. A POSIÇÃO DE CAVALEIRO DE FERREIRA

1. Toda a evolução que culminou na criação formal do direito de mera ordenação social, bem como a sua expressa consagração nos mais variados níveis normativos, incluindo o constitucional, levou a que, desde a primeira hora, a generalidade da doutrina portuguesa tivesse reconhecido e defendido a autonomia do direito contra-ordenacional em relação ao direito penal. Um ramo de direito diferente, portanto, ainda que tenha sempre assomado como altamente controvertida a natureza, qualitativa ou tão-só quantitativa, da separação.

Um reduto minoritário da dogmática portuguesa, encabeçado por Cavaleiro de Ferreira, começou por recusar, todavia, qualquer espécie de diferenciação entre o direito penal e o direito das contra-ordenações⁷⁵⁴. Este seria ainda direito penal, nomeadamente, direito penal administrativo, as contra-ordenações seriam, na realidade, infracções penais administrativas e as coimas seriam sanções com natureza penal substancialmente idênticas às multas criminais. Num repúdio similar àquele que na Alemanha foi dirigido por Hellmuth Mayer ao regime das *Ordnungswidrigkeiten*⁷⁵⁵, Cavaleiro de Ferreira fulminou enfim como *puramente nominal* a oposição entre crimes e contra-ordenações e entre penas e coimas.

⁷⁵⁴ Cf. FERREIRA, Cavaleiro de, *Direito Penal Português*, I, 1981, p. 15 e ss., e ⁴*Lições de Direito Penal*, 1992, p. 107 e ss. Nesta direcção, ainda MACHADO, Miguel Pedrosa, “Elementos...”, *passim*, e de início, ao que parece, também SILVA, Germano Marques da, “Contravenção”, in: *Polis. Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado*, I, Lisboa, Verbo, 1983, col. 1282 e s.

⁷⁵⁵ MAYER, Hellmuth, *AT*, p. 71 e ss.

Esta posição de veemente recusa de qualquer forma de diferenciação entre os planos criminal e contra-ordenacional parece-nos intimamente ligada ao conceito de *contravenção* que de há décadas vinha sendo sufragado por Cavaleiro de Ferreira.

Na esteira de Marcello Caetano, que por sua vez seguia no essencial o pensamento de Carnevale e de Manzini⁷⁵⁶, entendia Cavaleiro de Ferreira que “a contravenção é a violação do interesse administrativo”⁷⁵⁷, tendo como fim precaver possíveis perturbações do ambiente favorável aos bens directamente tutelados pela ordem jurídica⁷⁵⁸. Deste modo, ao passo que nos crimes estava em causa a ofensa a valores de justiça, nas contravenções somente relevaria a violação de fins marcadamente utilitários, prevenindo-se através delas a ofensa dos interesses da função administrativa, vistos como interesses-meio, isto é, como interesses instrumentais à prossecução dos interesses-fim constituídos por aqueles valores de justiça⁷⁵⁹. Com as contravenções procurava então o Estado dotar de um instrumento sancionatório as duas ordens de actividades que, segundo Cavaleiro de Ferreira, formavam a sua *função administrativa*: por um lado, a actividade de conservação dos interesses protegidos pela ordem jurídica, prevenindo a lesão de bens jurídicos, penais e não penais, dando assim corpo a uma actividade de polícia de segurança; e por outro lado, a actividade social de criação dos meios necessários à satisfação de interesses individuais ou colectivos, consubstanciando uma actividade de propulsão social característica de uma função de política social⁷⁶⁰. Nessa medida e em síntese, considerava que “as contravenções ofendem o interesse administrativo em defender, conservando, favorecer, governando, os interesses individuais e colectivas; ofendem, assim, um interesse secundário, o interesse de garantia ou prossecução de outros interesses”⁷⁶¹.

2. Ainda que as reputasse como incindivelmente ligadas à função administrativa, no pensamento de Cavaleiro de Ferreira as contravenções faziam e deveriam continuar a fazer parte do direito penal, sobretudo para que fosse assegurado o princípio *nulla pœna sine iudicio*⁷⁶².

⁷⁵⁶ Cf. CAETANO, Marcello, *Lições de Direito Penal*, Lisboa, 1939, p. 188 e ss. e *supra*, nota 421.

⁷⁵⁷ FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, *Direito Penal*, Lisboa, AAFDL, 1969, p. 187.

⁷⁵⁸ FERREIRA, Cavaleiro de, *Direito Penal*, 1969, p. 15.

⁷⁵⁹ FERREIRA, Cavaleiro de, *Lições de Direito Penal*, 1940/41, p. 157 e ss., e *Direito Penal*, 1969, p. 185 e s.

⁷⁶⁰ FERREIRA, Cavaleiro de, *Lições de Direito Penal*, 1940/41, p. 159.

⁷⁶¹ FERREIRA, Cavaleiro de, *Lições de Direito Penal*, 1940/41, p. 162.

⁷⁶² FERREIRA, Cavaleiro de, *Direito Penal*, 1969, p. 16.

Como verificámos, Beleza dos Santos e Eduardo Correia configuravam a contravenção sobretudo como uma infracção destinada a prevenir perigos remotos para um conjunto indeterminado de bens jurídicos e afastavam a ideia de que ela pudesse ser caracterizada, de plano, através de uma mediação com as funções estaduais, designadamente, com a função propulsora do bem-estar social⁷⁶³. Em decorrência disto, ambos recusavam uma ideia de identificação das contravenções com um ilícito penal administrativo concebido à maneira de Goldschmidt; e Eduardo Correia pôde depois, incorrendo embora em aporias várias⁷⁶⁴, é certo, propor a criação de um espaço normativo extrapenal que pudesse acomodar a pretensão sancionatória das ofensas aos interesses administrativos ligados à promoção do bem-estar social, o direito de mera ordenação social⁷⁶⁵. Já Cavaleiro de Ferreira, porém, como acabámos de ver, defendia existir uma completa e material equivalência entre as contravenções e o ilícito penal administrativo. Só que, ao contrário de Goldschmidt e de Wolf, que também apontavam nessa direcção, jamais foi sua intenção atirá-las para fora do direito penal. Deste jeito, compreende-se que tendo a institucionalização do direito contra-ordenacional sido proposta por Eduardo Correia essencialmente para dar resposta às necessidades sancionatórias da função administrativa, tenha ela recebido o repúdio de Cavaleiro de Ferreira, que via o direito de mera ordenação social como uma nova realidade normativa que intentava ocupar o espaço que na sua perspectiva já era e deveria continuar a ser coberto pelas contravenções. E que por isso também configurava para Cavaleiro de Ferreira – naquilo que para ele parecia ser o “pecado capital” do novo regime contra-ordenacional – uma irremissível ofensa ao princípio da jurisdição, atento o desvio para a administração de uma matéria materialmente penal e que, como tal, seria de conhecimento dos tribunais, assim ficando aberto o caminho ao “absolutismo do Poder, centrado num único órgão do Estado, quando podem ser postos em perigo direitos fundamentais do homem”⁷⁶⁶.

⁷⁶³ SANTOS, Beleza dos, “Ilícito penal administrativo e ilícito criminal”, p. 46 e ss., e CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal*, 1949, p. 25 e ss. É certo que mais tarde CORREIA, Eduardo, “Direito penal e direito de mera ordenação social”, p. 278, admite que as contravenções possam ser reconduzidas a uma espécie de ilícito administrativo, só que o faz não porque entenda que elas participam de uma função administrativa, mas somente porque se mostram desprovidas de qualquer conteúdo ético e se destinam à satisfação de necessidades colectivas.

⁷⁶⁴ Cf. supra, § 9.3.

⁷⁶⁵ Cf. de novo CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal*, I, p. 21 e s., e “Direito penal e direito de mera ordenação social”, p. 278.

⁷⁶⁶ FERREIRA, Cavaleiro de, *Direito Penal Português*, I, 1981, p. 17. Como vimos, nestes mesmos termos começou igualmente por manifestar-se SILVA, Germano Marques da, “Contravenção”, col. 1283.

À luz desta ampla compreensão, entende-se agora a razão pela qual no pensamento de Cavaleiro de Ferreira nada há que distinga os domínios penal e contra-ordenacional, nem mesmo sequer num plano somente quantitativo ou de grau de gravidade, parecendo-lhe antes “que todo o regime legal se destina a iludir a violação do princípio constitucional da separação de poderes e a atribuição de jurisdição aos órgãos administrativos”⁷⁶⁷.

Não chegando propriamente a rotular o novo paradigma como uma burla etiquetas, afirma porém que a cisão é puramente formal e nominal, considerando fracassadas as tentativas do legislador (nos preâmbulos dos Decretos-Lei n.º 232/79 e n.º 433/82) e de parte da doutrina de a ancorar em critérios de natureza qualitativa, como o da contraposição entre protecção de bens jurídicos e tutela de interesses administrativos e o da indiferença ética do ilícito de mera ordenação social⁷⁶⁸. De modo que, a seu ver, contra-ordenações e contravenções “são fundamentalmente conceitos paralelos” e mesmo quando aquelas são contrapostas aos crimes “a renúncia da lei a fixar uma distinção material delimitando de maneira nominal crime e «contra-ordenação» confirma o juízo”⁷⁶⁹ de que “é impossível deixar de ver nas «contra-ordenações» o que elas efectivamente são – infracções penais administrativas”⁷⁷⁰. Acresce que até uma eventual distinção a partir da sanção aplicável se mostra ilusória, porquanto a coima é uma pena pecuniária, que ademais, dada a inconvertibilidade da multa em prisão, tem a mesma natureza da pena criminal de multa, dela variando

⁷⁶⁷ FERREIRA, Cavaleiro de, *Lições de Direito Penal*, 1992, p. 116.

⁷⁶⁸ FERREIRA, Cavaleiro de, *Lições de Direito Penal*, 1992, p. 112 e s. Concordante, MACHADO, Miguel Pedrosa, “Contravenção e contra-ordenação”, p. 45.

⁷⁶⁹ FERREIRA, Cavaleiro de, *Direito Penal Português*, I, 1981, p. 17. Por discordar do termo *contra-ordenação* para denominar a infracção do direito de mera ordenação social, em regra, quando se lhe referia, Cavaleiro de Ferreira colocava-a entre aspas. Aliás, como referimos supra, a preferência de FERREIRA, Cavaleiro de, *Lições de Direito Penal*, 1992, p. 107, ia para a expressão “transgressões da ordem” por julgar ser essa a “tradução correcta de *Ordnungswidrigkeiten*”.

⁷⁷⁰ FERREIRA, Cavaleiro de, *Direito Penal Português*, I, 1981, p. 17.

Também MACHADO, Miguel Pedrosa, “Elementos...”, p. 112, partilha a “conclusão de que crimes e contra-ordenações, bem como penas (designadamente multas) e coimas têm a mesma natureza”, falando mesmo num “famigerado binómio *contra-ordenação – coima*” (p. 127, nota 1). Um tão vivo repúdio em relação às traves-mestras do novo direito de mera ordenação social, levado inclusivamente ao ponto de acusar de inconstitucionalidade todos os tipos contra-ordenacionais criados na sombra do RGCO (cf. infra, já de seguida em nota), não impediu todavia Miguel Pedrosa Machado de, pouco mais de um par de anos depois, aceitar o repto governativo de apresentar uma proposta de articulado legal para uma revisão daquele mesmo RGCO, objecto de autorização parlamentar pela Lei n.º 4/89, de 3 de Março, e que veio a consumir-se através do Decreto-Lei n.º 356/89, de 17 de Outubro – cf. MACHADO, Miguel Pedrosa, “Anteprojecto de revisão do Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de Outubro (Lei-Quadro do Ilícito de Mera Ordenação Social), nos limites da Lei n.º 4/89, de 3 de Março”, *RPCC*, 2/1992, p. 295 e ss.

somente na denominação⁷⁷¹. Perante a total identidade do facto e da sanção penais e contra-ordenacionais, entende ainda que tratando-se de matéria substancialmente penal não há motivo para deixar de aplicar às contra-ordenações o princípio da jurisdicionalidade, devendo o seu conhecimento ser exclusivamente cometido aos tribunais. Ora, como o processamento administrativo é uma das marcas de água do direito contra-ordenacional, Cavaleiro Ferreira conclui ser “inconstitucional o julgamento pela administração das «contra-ordenações» e a equiparação a uma «sentença» duma decisão administrativa à qual se dão efeitos de «caso julgado» (efeito da sentença), e a redução do processo a um formalismo que parece querer iludir, ladeando-o, o princípio fundamental do Estado de Direito”⁷⁷².

§ 13. A JURISPRUDÊNCIA DO TEDH

1. Também o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem aponta para uma *distinção exclusivamente formal* entre o direito penal e o direito contra-ordenacional. Ou melhor, na perspectiva do TEDH o direito das contra-ordenações deve, em regra, considerar-se como *matéria penal* nos termos e para os efeitos previstos nos arts. 6.º (direito a um processo equitativo) e 7.º (princípio da legalidade) da CEDH. Trata-se de um entendimento que entronca numa jurisprudência de carácter mais amplo que o contra-ordenacional, mas que entre os seus *leading cases* conta com o *Acórdão Öztürk c.*

⁷⁷¹ FERREIRA, Cavaleiro de, *Lições de Direito Penal*, 1992, p. 112 e s. Para sustentar a impossibilidade de conversão da pena de multa em prisão, o A. invoca o relatório do Decreto-Lei n.º 371/77 que, na verdade, aludia à inconstitucionalidade de tal solução. Só que, no período em que o A. se pronuncia, há muito que aquele diploma havia ficado para trás, tendo o CP de 1982 consagrado um regime de cumprimento de prisão subsidiária em caso de pena de multa não paga, inclusivamente com o prévio aval da Comissão Constitucional – cf. Acs. da Comissão Constitucional n.º 149, de 13-03-1979, e n.º 387, de 31-03-1981 (apêndices ao *DR* de 31-12-1979, p. 42 e ss., e de 18-01-1983, p. 43 e ss., respectivamente).

⁷⁷² FERREIRA, Cavaleiro de, *Lições de Direito Penal*, 1992, p. 119.

MACHADO, Miguel Pedrosa, “Elementos...”, pp. 112 e s. e 125, e “Contravenção e contra-ordenação”, p. 47, chega a uma conclusão semelhante, mas não inteiramente coincidente: a inconstitucionalidade que, no seu ponto de vista, deriva da violação do princípio da jurisdicionalidade incide não directamente sobre o RGCO, mas antes sobre as normas dos diplomas que, pondo-se em contacto com ele, criem específicos tipos contra-ordenacionais e assim atribuam à administração competência para o respectivo processamento.

Ainda próxima desta tese é a posição de SILVA, Paula Costa e, “As autoridades independentes. Alguns aspectos da regulação económica numa perspectiva jurídica”, *O Direito*, ano 138.º, 2006, III, p. 556 e ss., para quem o processamento do ilícito de mera ordenação social nos domínios económicos sujeitos à supervisão de autoridades reguladoras parece corresponder a uma função materialmente judicial, chegando até a considerar, na esteira de José António Veloso (cf. *infra*, § 17. e § 23.), que o regime contra-ordenacional “é absolutamente inadequado para a repressão de ilícitos que recaiam sob a alçada das competências das autoridades independentes (ou de grande parte delas” (p. 557).

*Alemanha*⁷⁷³, que teve como objecto uma infracção bagatelar do direito das contra-ordenações alemão⁷⁷⁴ e chega a ser visto como o “verdadeiro e próprio marco miliário da evolução garantista do ilícito administrativo”⁷⁷⁵. Considerando a estreita proximidade entre as ordens jurídicas portuguesa e alemã neste domínio, não será temerário considerar inteiramente aplicável ao sistema contra-ordenacional português a jurisprudência do TEDH que versou sobre o seu homólogo alemão⁷⁷⁶, primeiro no referido *caso Öztürk* e depois no *caso Lutz*⁷⁷⁷. Assim será, seguramente, no âmbito rodoviário, aquele que constituiu objecto dessa jurisprudência. Haverá, todavia, porventura, infracções contra-ordenacionais do direito português que ficarão fora da incidência penal implicada pelos *três critérios* de que o TEDH lança mão⁷⁷⁸. Mas, tendo em conta a enorme latitude da matéria penal que resulta da aplicação desses critérios, tal

⁷⁷³ *Ac. Öztürk c. Alemanha*, de 21-02-1984. Além deste aresto, MASSIAS, Florence, “Le champ penal européen selon la Cour Européenne des Droits de l’Homme: interprétation autonome et applicabilité des articles 6 et 7 de la Convention Européenne des Droits de l’Homme”, in: *Le Champ Pénal. Mélanges en l’honneur du Professor Reynald Ottenhof*, Paris, Dalloz, 2006, p. 91 e s., identifica como *grands arrêts* nesta matéria o *Ac. Engel e outros c. Holanda*, de 08-06-1976, e o *Ac. Campbell e Fell c. Reino Unido*, de 28-06-1984, o primeiro em matéria de direito disciplinar militar e o segundo de direito disciplinar penitenciário.

⁷⁷⁴ O *caso Öztürk* pode sumariamente descrever-se do seguinte modo (cf. *Ac. Öztürk c. Alemanha*, 9. e ss.):

No ano de 1978, o cidadão turco Abdulkali Öztürk, emigrado na Alemanha desde 1964, colidiu a sua viatura num automóvel que se encontrava estacionado. A proprietária do veículo embatido denunciou o caso à polícia, tendo sido aberto um processo contra-ordenacional. Öztürk foi condenado, em 11-04-1978, pela autoridade administrativa local no pagamento de uma coima de 60 DM (€ 30, 68) por violação do dever de condução com o cuidado devido, contra-ordenacionalmente tutelado.

Öztürk apresentou depois impugnação judicial dessa condenação, declarando não prescindir da realização de audiência pública para discussão da causa. Audiência que teve lugar e na qual Öztürk foi assistido por um intérprete. Imediatamente após esta audiência, na qual, além do arguido, foram ouvidas três testemunhas, a defesa de Öztürk retirou a impugnação. Em consequência, a condenação administrativa de Abril de 1978 adquiriu força de caso julgado.

O Tribunal determinou que as custas judiciais deveriam ficar a cargo de Öztürk. Na conta de custas de 184,70 DM que lhe foi endereçada, uma parte, no montante de 63,90 DM (€ 32,67), respeitava aos encargos com o intérprete que interveio na audiência. A defesa apresentou então uma reclamação perante o Tribunal contra esta conta de custas, alegando que dela deveria ser expurgada a importância relativa ao intérprete. A pretensão, sustentada com base no art. 6.º da CEDH, foi desatendida pelo Tribunal. É de notar que a conta de custas, incluindo assim ainda a soma relativa à assistência pelo intérprete, foi paga por uma companhia seguradora com a qual Öztürk havia celebrado um contrato de seguro.

Inconformado com o pagamento de 63,90 DM (€ 32,67) a que foi judicialmente obrigado, Öztürk apresentou no TEDH queixa contra o Estado alemão, alegando violação pela Alemanha do disposto na alínea e) do n.º 3 do art. 6.º da CEDH: “O acusado tem, no mínimo, os seguintes direitos: (...) e) Fazer-se assistir gratuitamente por intérprete, se não compreender ou não falar a língua usada no processo”.

⁷⁷⁵ PALIERO, “La sanzione amministrativa come moderno strumento...”, p. 1037. Nesta direcção, entre nós, CATARINO, Luís, *Regulação e Supervisão dos Mercados de Instrumentos Financeiros*, p. 650 e ss.

⁷⁷⁶ Paralelismo também afirmado em relação ao direito italiano por RIZ, Roland, “Le sanzioni pecuniarie amministrative e l’ordinamento penale”, p. 184 e s.

⁷⁷⁷ *Ac. Lutz c. Alemanha*, de 25-08-1987.

⁷⁷⁸ Esses três critérios serão explicitados infra em texto.

revestirá carácter excepcional. Curiosamente, naquele que parece ter sido até à data o único caso de direito contra-ordenacional português levado ao conhecimento do TEDH, o caso *Inocêncio c. Portugal*, o Tribunal concluiu tratar-se de matéria não penal⁷⁷⁹.

2. Para uma devida compreensão do efectivo relevo da jurisprudência do TEDH sobre o nosso direito contra-ordenacional e, mediatamente, sobre a natureza do critério de distinção entre crimes e contra-ordenações que deve ser reconhecido no ordenamento nacional, será de toda a conveniência identificar o ponto de partida da jurisprudência do TEDH neste contexto. Só assim será possível delimitar com exactidão a sua amplitude e evitar, do mesmo passo, a atribuição a essa jurisprudência de uma relevância superior àquela que realmente tem.

A questão de saber se certa infracção, contra-ordenacional ou administrativa, detém ou não natureza penal surge perante o TEDH essencialmente a propósito da aplicação dos princípios, direitos e garantias inerentes a um *processo equitativo* consagrados pelo art. 6.º da CEDH. Determina esse preceito que estando em causa uma *acusação em matéria penal* dirigida contra uma pessoa tem ela direito a um processo equitativo⁷⁸⁰. Deste modo, em ordem a avaliar se em determinado caso que lhe seja presente foram ou não respeitadas todas as exigências impostas em *matéria penal* por um processo equitativo, designadamente, as consagradas nos três números do art. 6.º da CEDH, o Tribunal deve antes de mais verificar se esse caso entra ou não no *âmbito de aplicação* desse preceito, isto é, se se reconduz ou não à matéria penal. E entrará, além do mais⁷⁸¹, se à infracção for atribuída natureza de matéria penal; sendo que, como veremos, tal pode suceder mesmo que o ordenamento nacional lhe confira um carácter não penal, nomeadamente, contra-ordenacional, administrativo, tributário, disciplinar, *etc.*

A consequência imediata de uma resposta afirmativa a essa questão é pois a submissão dessa infracção aos corolários próprios de um processo equitativo. O que significa que uma eventual qualificação de um certo tipo punitivo como matéria penal

⁷⁷⁹ *Decisão Inocêncio c. Portugal*, de 11-01-2001 – estava em causa uma contra-ordenação urbanística prevista pelo art. 54.º, n.ºs 1, a), e 2.º, do Decreto-Lei n.º 445/91, de 20/11, punível com coima até Esc. 20.000.000\$00.

⁷⁸⁰ Desenvolvidamente sobre o direito a um processo equitativo consagrado pelo art. 6.º da CEDH, cf. BARRETO, Ireneu Cabral, *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem Anotada*, 4.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 141 e ss.

⁷⁸¹ Referimo-nos à vertente cível da disposição: “determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil”.

releva fundamentalmente para *efeitos processuais*. É certo que, devendo a CEDH ser tomada em consideração como um todo sistematicamente coerente, o conceito de matéria penal não poderá deixar de assumir uma feição unitária e por isso, quando afirmado nos termos do art. 6.º, relevará ainda em sede substantiva, mais precisamente para efeitos do princípio da legalidade plasmado no art. 7.º da CEDH⁷⁸². A repercussão substantiva da interpretação do art. 6.º não se fica necessariamente, porém, pelo princípio da legalidade. Se quanto a este ela decorre directamente da Convenção, na medida em que o princípio da legalidade se encontra nela expressamente consagrado, de quando em vez resulta de uma extrapolação feita pelo próprio Tribunal a partir de princípios de matriz processual reconhecidos pelo art. 6.º⁷⁸³.

Cumprindo ainda frisar que a descontinuidade, que já deixámos sugerida, entre a CEDH, na interpretação que dela faz o TEDH, e os ordenamentos jurídicos nacionais acerca da qualificação como penal ou não penal de determinadas infracções⁷⁸⁴ é ainda acompanhada de uma significativa dessintonia de perspectivas sobre as implicações materiais e processuais daí decorrentes. Para ilustrar quão marcado pode ser este distanciamento basta invocar a posição do TEDH sobre duas questões que estão bem no cerne de dois princípios de capital importância para a generalidade dos ordenamentos nacionais, o princípio da culpa e o princípio da jurisdição. Caso o núcleo destes princípios fosse assumido pelo TEDH em sentido próximo daquele que é adoptado pela generalidade dos Estados poderia admitir-se que à categorização de uma dada infracção como crime pelo Tribunal, contra a classificação nacional, seguir-se-ia necessariamente a proscricção e recriminação de eventuais formas de responsabilização objectiva, bem como ainda da entrega à administração e não aos tribunais da competência para o seu processamento e decisão⁷⁸⁵. E todavia, nem uma coisa, nem outra é exigida pelo TEDH

⁷⁸² Nesta direcção, *Ac. Malige c. França*, de 23-09-1998, 34. e s.

⁷⁸³ Cf., v. g., o *Ac. A.P., M.P. e T.P. c. Suíça*, de 29-08-1997, 46. e ss., no qual o TEDH considerou coberto pelo princípio da presunção de inocência (art. 6.º-2 da CEDH) o princípio penal de que a responsabilidade penal não sobrevive à pessoa que praticou o crime, não podendo por isso ser directamente assacada aos seus herdeiros. Conclusão tirada pelo Tribunal perante a pretensão das autoridades suíças de aplicar uma sanção pecuniária prevista no direito tributário suíço aos herdeiros de um indivíduo, entretanto falecido, por ilícitos fiscais por ele praticados.

⁷⁸⁴ A abundante jurisprudência do TEDH neste domínio – cf. os Acórdãos citados neste § 13. – é reveladora da uma marcada e recorrente diferença de perspectivas entre o Tribunal e um considerável número de Estados sobre o que deva qualificar-se como *facto penal*. E isto apesar de entre os que aqui entraram em choque com o TEDH se contarem países com inegáveis credenciais de um direito penal democrático, como a Alemanha, a França, a Suíça, a Suécia, a Finlândia, a Itália ou a Áustria.

⁷⁸⁵ No sentido do texto, quanto ao princípio da jurisdição, cf. TIEDEMANN, Klaus, “Der Allgemeine Teil des europäischen supranationalen Strafrechts”, in: Theo Vogler, *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag*, II, Berlin, Duncker & Humblot, 1985, p. 1416.

quando atribui natureza penal a infracções que os ordenamentos qualificam de modo diferente. Em relação ao *princípio da culpa*, o TEDH admite que os Estados possam, sob certas condições, sancionar um facto objectivo enquanto tal, isto é, independentemente da existência de dolo ou de negligência⁷⁸⁶; e quanto ao *princípio da jurisdição* o Tribunal sempre deixou claro que o facto de adscrever carácter penal às contra-ordenações ou às infracções administrativas não seria incompatível com a atribuição, em primeira linha, de competências processuais à administração, contanto que se encontrasse legalmente garantida ao cidadão a faculdade de, em caso de condenação, submeter a causa à apreciação de um tribunal. Fê-lo logo no *Ac. Öztürk c. Alemanha*, de forma a ressaltar que, pese embora a qualificação da contra-ordenação como matéria penal, de modo algum estaria comprometido o sistema contra-ordenacional alemão, todo ele assente na opção fundamental de concessão à administração do processamento das contra-ordenações para alívio da carga processual dos tribunais: “o Tribunal pretende deixar claro que não é posto em causa o próprio princípio do sistema nesta matéria adoptado pelo legislador alemão. Tendo em consideração o elevado número de infracções de ligeira gravidade, em especial no domínio da circulação rodoviária, pode um Estado contratante ter bons motivos para aliviar os seus tribunais das missões da sua perseguição e sancionamento. Confiar essas tarefas de perseguição e punição de infracções leves às autoridades administrativas não viola a Convenção, desde que a pessoa visada tenha a possibilidade de levar a decisão contra si tomada a um tribunal que ofereça as garantias do artigo 6.^º”⁷⁸⁷.

3. A posição do TEDH de que *as contra-ordenações constituem matéria penal* foi pela primeira vez tomada em 1984, no mencionado *caso Öztürk contra Alemanha*, mas assenta em um conjunto de *três critérios alternativos* que remontam já ao *caso Engel e outros c. Holanda*, de 1976, justamente por isso denominados *critérios Engel*.

No processo *Engel* discutia-se a aplicabilidade das garantias de um processo equitativo aos processos disciplinares militares instaurados pelo Estado holandês contra vários membros das suas Forças Armadas. O pomo da discórdia estava em saber se, apesar de o direito holandês qualificar as infracções em apreço como disciplinares e não

⁷⁸⁶ Cf. *Ac. Salabiaku c. França*, de 07-10-1988, 27., e *Ac. Janosevic c. Suécia*, de 23-07-2002, 100.

⁷⁸⁷ *Ac. Öztürk c. Alemanha*, 56. Daí que a impossibilidade legal de recurso a uma instância judicial para controlo de uma condenação administrativa pela prática de uma infracção também ela considerada administrativa tenha valido à Eslováquia uma condenação por violação do art. 6.º-1 da CEDH no *Ac. Lauko c. Eslováquia*, de 02-09-1998.

como penais, deveriam elas, ainda assim, ser tidas como matéria penal para efeitos do art. 6.º da CEDH, tendo o TEDH concluído em sentido afirmativo. Aceitando que a Convenção confere aos Estados uma certa margem de liberdade na escolha da natureza dos delitos que pretendem tipificar⁷⁸⁸, o Tribunal ressalva, porém, que essa opção não é propriamente vinculativa para uma eventual decisão de aplicabilidade daquele art. 6.º, pois “se os Estados contratantes pudessem qualificar discricionariamente uma infracção como disciplinar, em vez de penal, ou de perseguir o agente de uma infracção “híbrida” no plano disciplinar em vez do plano penal, o funcionamento das disposições fundamentais dos artigos 6.º e 7.º ficaria subordinado à sua vontade soberana. Uma latitude assim tão amplamente alargada poderia redundar em resultados incompatíveis com os fins e o objecto da Convenção”⁷⁸⁹. Eis porque o TEDH se considera legitimado para avaliar e se necessário desconsiderar a qualificação jurídica atribuída pelos Estados nacionais às infracções levadas ao seu conhecimento, tarimbando-as eventualmente como penais mesmo que os Estados reiviniquem para elas um estatuto jurídico distinto. Desta forma, na sugestiva expressão de Koering-Joulin e Truche, o Tribunal assume o papel de “«gendarme» do mundo jurídico europeu”⁷⁹⁰.

Tendo entendido o conceito de “matéria penal” como um conceito autónomo em relação à vontade dos Estados⁷⁹¹, o TEDH propôs-se alinhar os critérios que permitem avaliar se dada infracção se integra nessa categoria. Na óptica do Tribunal, os critérios devem ser três: *i*) a qualificação atribuída pelo Estado à infracção em discussão; *ii*) a própria natureza da infracção; e *iii*) o grau de severidade da sanção em que o agente arrisca incorrer⁷⁹². Cada um desses critérios, por sua vez, é “densificado por subcritérios e elementos de apreciação, que conformam toda uma bateria de elementos de referência”⁷⁹³. O TEDH mantém-se até hoje fiel àqueles três critérios⁷⁹⁴, que aqui e ali

⁷⁸⁸ Por isso, como nota VOGLER, Theo, in: Wolfram Karl (org.), *Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention*, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2010, art. 6.º, n.º m. 195, o que neste domínio fica sujeito ao controlo do Tribunal não é o *se*, mas o *como* da punição.

⁷⁸⁹ *Ac. Engel e outros c. Holanda*, 81. Nestes mesmos termos, ainda o *Ac. Öztürk c. Alemanha*, 49.

⁷⁹⁰ KOERING-JOULIN, Renée / TRUCHE, Pierre, “Retour sur le champ «pénal» européen...”, in: *Mélanges en Hommage à Louis Edmond Pettiti*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 515.

⁷⁹¹ Razão pela qual, em anotação concordante ao *Ac. Öztürk c. Alemanha*, PALIERO, Carlo Enrico, “«Materia penale» e illecito amministrativo secondo la Corte Europea dei Diritti dell’Uomo: una questione «clássica» a una svolta radicale”, *RIDPP*, 1985, p. 908 e ss., rotula esta jurisprudência do TEDH de “teoria autonomista”.

⁷⁹² *Ac. Engel e outros c. Holanda*, 82.

⁷⁹³ DELLMAS-MARTY, Mireille, “La jurisprudence de la Cour Européene des Droits de l’Homme et la «logique du flou»”, *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, 1992, p. 1038; e ainda, explicitando este ponto de vista, DELMAS-MARTY, M. / DERVIEUX, V. / JACQ, C. / MASSIAS, F., “La «matière pénale» au

são explicitados e desenvolvidos, sempre à luz dos Acórdãos Engel e Öztürk⁷⁹⁵, sendo com base neles que tem concluído pelo reconhecimento de natureza penal a infracções da mais variada espécie⁷⁹⁶.

3.1 O primeiro critério estabilizou-se quanto ao seu conteúdo logo no *caso Engel e outros c. Holanda*. De acordo com ele, importa antes de mais verificar se à disposição legal “incriminatória” é ou não concedido estatuto penal pelo Estado posto em xeque⁷⁹⁷, tendo em conta não apenas o direito positivo, mas ainda também a prática jurisprudencial e a doutrina nacional⁷⁹⁸. Em caso afirmativo, à acusação deve ser reconhecido carácter penal para efeitos dos arts. 6.º e 7.º da Convenção, ficando a questão imediatamente respondida⁷⁹⁹. Em caso negativo, a análise deve avançar para a aferição dos dois outros critérios. Porque assim é, o Tribunal afirma recorrentemente⁸⁰⁰ que este primeiro critério tem um *simples valor relativo* e não constitui mais do que um *mero ponto de partida*⁸⁰¹. Destarte, estando em causa uma contra-ordenação, por definição reputada como um facto não penal pelos Estados que adoptam o direito de mera ordenação social, um dos dois critérios suplementares – ou, eventualmente, ambos – entra necessariamente em cena⁸⁰².

sens de la Convention Européene des Droits de l’Homme, flou du droit penal”, *Science Criminelle et Droit Pénal Comparé*, 1987, p. 819 e ss.

⁷⁹⁴ Cf., em data recente, o *Ac. A. Menarini Diagnostics S.R.L. c. Itália*, de 27-09-2011.

⁷⁹⁵ De acordo com RENUCCI, Jean-François, *Droit Européen des Droits de l’Homme*, 4.ª ed., Paris, L.G.D.J., 2010, p. 263, depois de fixados pelo *Acórdão Engel*, os critérios foram afinados pelo *Acórdão Öztürk*.

⁷⁹⁶ Cf. BARRETO, Ireneu Cabral, ⁴*CEDH*, p. 162 e s., e FROWEIN, Jochen / PEUKERT, Wolfgang, *Europäische Menschenrechtskonvention Kommentar*, 2.ª ed., Kehl am Rhein, N. P. Engel Verlag, 1996, art. 6.º, n.º m. 51 e ss.

⁷⁹⁷ *Ac. Engel e outros c. Holanda*, 82.

⁷⁹⁸ MASSIAS, Florence, “Le champ penal européen selon la Cour Européene des Droits de l’Homme”, p. 92.

⁷⁹⁹ PALIERO, “«Materia penale» e illecito amministrativo...”, p. 919, e DIJK, Pieter van, in: van Dijk / van Hoof / van Rijn / Zwaak, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 4.ª ed., Antwerpen, Intersentia, 2006, p. 543 e s., recordando a expressão do *Ac. Engel e outros c. Holanda*, 81., de que aqui a *autonomia* do conceito de matéria penal corre apenas em um sentido.

⁸⁰⁰ *Ac. Engel e outros c. Holanda*, 82.; e depois, entre outros, *Ac. Öztürk c. Alemanha*, 51. e s., *Ac. Lauko c. Eslováquia*, 57., *Decisão Inocêncio c. Portugal*, *Ac. Ziliberberg c. Moldávia*, de 01-02-2005, 30., e *Ac. A. Menarini Diagnostics S.R.L. c. Itália*, 40.

⁸⁰¹ Consideram, porém, KOERING-JOULIN / TRUCHE, “Retour sur le champ «pénal» européen...”, p. 515, que, mesmo que assim seja, o interesse do primeiro critério não deve ser subestimado.

⁸⁰² Assim, SOYER, Jean-Claude / SALVIA, Michel de, in: Pettiti / Decaux / Imbert, *La Convention Européene des Droits de l’Homme*, 2.ª ed., Paris, Economica, 1999, p. 255, DIJK, Pieter van, ⁴*Theory and Practice*, p. 543 e s., e MASSIAS, Florence, “Le champ penal européen selon la Cour Européene des Droits de l’Homme”, p. 92 e s.

3.2 No *Ac. Engel e outros c. Holanda* o TEDH enunciou logo como *segundo critério a natureza da infracção*, concebendo-o como um factor de grande importância, mas, porque afastou a sua aplicação no caso de espécie com o fundamento de que seria legítimo a um Estado qualificar como disciplinares medidas sancionatórias dirigidas a um funcionário público, não chegou sequer a concretizar as características que uma infracção deveria possuir para que pudesse, pela sua natureza, classificar-se como um facto penal⁸⁰³. Tal só veio a suceder no *caso Öztürk*, em termos tais que larga parte dos casos em que se debatem infracções contra-ordenacionais ou afins é resolvida pelo TEDH no sentido da afirmação de que se trata de matéria penal mediante aplicação do *segundo critério*.

Naquele *caso Öztürk*, na falta de prévia densificação do segundo critério pelo *Ac. Engel e outros c. Holanda*, o Estado alemão procurou contrariar a pretensão do queixoso de ver a sua contra-ordenação qualificada como infracção penal através da invocação dos tradicionais argumentos da doutrina e da jurisprudência alemãs para sustentar que a contra-ordenação e a coima são um *aliud* em relação ao crime e à pena⁸⁰⁴. Sustentou a Alemanha que a figura da contra-ordenação não pode ser reconduzida à esfera criminal, uma vez que por ela se procura fundamentalmente manter a ordem pública enquanto no direito penal a sociedade visa proteger os seus próprios fundamentos e os interesses essenciais para a vida da comunidade. Nessa medida, a contra-ordenação não envolve um grau de desvalor ético suficientemente forte para justificar o juízo de valor moral da censura que caracteriza a pena criminal⁸⁰⁵. Esta diferente natureza repercute-se, por sua vez, no plano processual, justificando um processo simplificado orientado pelo princípio da oportunidade, e no plano sancionatório, levando à aplicação de meras coimas, insusceptíveis de serem convertidas em autênticas penas substitutivas privativas da liberdade e de serem levadas ao registo criminal. Em prol da sua posição, o Estado alemão recordou, por último, que

⁸⁰³ *Ac. Engel e outros c. Holanda*, 82.

⁸⁰⁴ Cf. *Ac. Öztürk c. Alemanha*, 52. A esta argumentação contrapôs SCHROTH, Hans-Jürgen, “Europäische Menschenrechtskonvention und Ordnungswidrigkeitenrecht”, *EuGRZ*, 1985, p. 559 e s., a viragem quantitativa que em meados da década de 1980 já há muito marcava a doutrina e a jurisprudência alemãs, entendendo mesmo que o TEDH poderia ter colhido apoio na própria qualificação dominante na Alemanha para a sua tomada de posição. Ainda nesta direcção, WEITH, Jürgen, *Gerichtssprachenproblematik im Straf- und Bussgeldverfahren*, Marburg, N. G. Elwert, 1992, p. 119 e s. Contra, com razão, PALIERO, “«Materia penale» e illecito amministrativo...”, p. 915.

⁸⁰⁵ Tese uma vez mais contrariada por SCHROTH, Hans-Jürgen, “Europäische Menschenrechtskonvention und Ordnungswidrigkeitenrecht”, p. 560: “de acordo com a doutrina hoje largamente dominante, contra o que resulta da exposição do Governo, de modo algum podem as contra-ordenações ser caracterizadas como infracções eticamente incolores”.

a introdução do sistema contra-ordenacional constituiu uma expressão de um propósito de descriminalização dos delitos bagatelares, em benefício dos indivíduos, que assim deixariam de responder por tais infracções em sede criminal e poderiam até evitar um processo judicial, e ainda de um funcionamento eficiente do sistema judicial, que por esta via passou a ser poupado à larga maioria dessas infracções.

Razões semelhantes a estas que começaram por ser aduzidas pela Alemanha no *caso Öztürk* são de quando em vez esgrimidas por outros Estados para evitar a qualificação como factos penais de tipos de direito administrativo sancionatório. Sempre baldadamente, porém. No *caso Lauko*, a Eslováquia contrapôs que a infracção imputada ao queixoso tinha uma mera natureza bagatelar, não poderia sequer indirectamente implicar uma privação da liberdade, não entraria no registo criminal e visava apenas fins preventivos e educativos, sendo-lhe por tudo isto atribuído carácter administrativo pela lei, pela jurisprudência e pela doutrina eslovacas⁸⁰⁶. Recentemente, a Itália, por seu turno, alegou no *caso A. Menarini Diagnostics* que a infracção anticoncorrencial imputada a esta empresa é reconhecida internamente como administrativa e não penal e dado que a lei que a prevê não se aplica a empresas que gerem serviços de interesse económico geral ou que exerçam uma actividade em regime de monopólio não afecta os interesses gerais da sociedade normalmente protegidos pelo direito penal⁸⁰⁷.

Algumas das referidas objecções à identificação das contra-ordenações ou das infracções de direito administrativo sancionatório como delitos penais foram logo terçadas dentro do próprio TEDH por alguns dos juízes que votaram vencido no *caso Öztürk*. O juiz austríaco F. Matscher sublinhou a diferença do desvalor moral envolvido numa condenação contra-ordenacional e numa condenação penal e depois de elencar as várias características do direito das contra-ordenações alemão que o afastam do direito penal⁸⁰⁸ concluiu mesmo – na linha de uma longa tradição que, como vimos, remonta já a Goldschmidt – que “é improcedente a reserva de que o pensamento exposto se refere a meras diferenças «quantitativas» relativas aos efeitos jurídicos das infracções penais e

⁸⁰⁶ *Ac. Lauko c. Eslováquia*, 51. e s. – tratava-se aqui da imputação de uma infracção administrativa de denúncia injustificada de ruídos de vizinhança.

⁸⁰⁷ *Ac. A. Menarini Diagnostics S.R.L. c. Itália*, 30.

⁸⁰⁸ *V. g.*, a não inscrição no registo criminal, a irrelevância das contra-ordenações para efeitos de reincidência, a ausência de fortes medidas restritivas da liberdade pessoal no âmbito da investigação, a impossibilidade de penas privativas da liberdade ou os curtos prazos de prescrição do procedimento contra-ordenacional – cf. *Ac. Öztürk c. Alemanha*, voto vencido do juiz Matscher, B., 3., e ainda, em termos próximos, o voto vencido do juiz luxemburguês L. Liesch, 8. e ss.

contra-ordenacionais, pois é um dado adquirido que a «quantidade» pode converter-se em «qualidade» e tal é particularmente verdadeiro no domínio jurídico⁸⁰⁹. Mas o ponto que, no *caso Öztürk*, concitou maiores reservas no interior do Tribunal foi a desvalorização das vantagens e do significado do esforço descriminalizador empreendido pela Alemanha implicado na equiparação entre crimes e contra-ordenações, que além de acompanhado por vários outros Estados era inclusivamente louvado e incentivado pelo Conselho da Europa⁸¹⁰. Com efeito, a afirmação de tal equivalência não poderia deixar de ser vista como expressão de um entendimento de que o processo descriminalizador não teria passado afinal de *uma mera troca de etiquetas*⁸¹¹, quando “um exame das diferentes disposições das leis alemãs tidas em consideração revela uma modificação profunda nas condições de processamento e de sancionamento em matéria contra-ordenacional; e no que em especial respeita às sanções – dado que este aspecto está ligado ao da natureza da infracção – apresentam-se elas não só como mais leves, mas também como possuidoras de características diferentes das do direito penal”⁸¹². Demais que, como é ressalvado pelo juiz alemão R. Bernhardt, “o receio de que a «descriminalização» no sentido aqui em apreço possa conduzir à inaplicabilidade do artigo 6.º da Convenção em praticamente todos os casos que ora caem sob a sua alçada é completamente infundado”⁸¹³.

As numerosas e ponderosas razões apresentadas contra uma recondução das contra-ordenações e das infracções administrativas à matéria penal não foram todavia suficientes para demover o TEDH de concluir nesse sentido aquando do *caso Öztürk* e dos muitos casos similares que se lhe seguiram.

Essa identificação decorre essencialmente da aplicação do *segundo critério*, correspondente à *natureza da infracção*, por força do qual, concretizou o Tribunal no *Ac. Öztürk*, deve entender-se que uma infracção assume natureza penal se a norma

⁸⁰⁹ *Ac. Öztürk c. Alemanha*, voto vencido do juiz F. Matscher, B., 3.

⁸¹⁰ Cf. *Ac. Öztürk c. Alemanha*, votos vencidos dos juízes Thór Vilhjálmsson, D. Bindschedler-Robert, L. Liesch, F. Matscher e R. Bernhardt. Novamente nesta direcção, MATSCHER, Franz, “Les garanties judiciaires pour les procédures administratives: rapport introductif”, in: Matscher, *Verfahrensgarantien im Bereich des öffentlichen Rechts*, Kehl am Rhein, N. P. Engel Verlag, 1989, p. 20 e s.

⁸¹¹ Cf. votos vencidos dos juízes D. Bindschedler-Robert e F. Matscher.

⁸¹² *Ac. Öztürk c. Alemanha*, voto vencido da juíza D. Bindschedler-Robert.

⁸¹³ *Ac. Öztürk c. Alemanha*, voto vencido do juiz R. Bernhardt. Em sentido inverso, tal como a posição que prevaleceu no TEDH, DIJK, Pieter van, *Theory and Practice*, p. 543 e s., funda a interpretação alargada do art. 6.º da CEDH com base no receio de uma “fraude à lei” pelos Estados contratantes. Sobre este “risco de «fraude à Convenção»”, desenvolvidamente, DELMAS-MARTY / DERVIEUX / JACQ / MASSIAS, “La «matière pénale»...”, p. 824 e ss.

respectiva detiver um *carácter geral* e se a finalidade da sua sanção for *preventiva e repressiva*⁸¹⁴.

Para avaliar a natureza da infracção, considera o TEDH – apontando aquele que é o *primeiro subcritério* do segundo critério – que deve verificar-se o raio de acção da norma de proibição. Se a mesma se dirigir a um determinado grupo de pessoas detentoras de um estatuto específico, à partida, a menos que o terceiro critério dite o contrário, deverá ser-lhe negado carácter criminal⁸¹⁵. Mas se, ao invés, como sucedia na contra-ordenação rodoviária objecto do *caso Öztürk*, tiver como destinatários os cidadãos em geral, há razões para reconduzi-la à esfera penal⁸¹⁶.

O *segundo subcritério* do segundo critério é o da finalidade visada pela sanção aplicável, nomeadamente, uma *finalidade dissuasora (deterrence)*. Assumindo como dado prévio que, “de acordo com o sentido normal dos termos, o direito penal compreende em geral infracções que sujeitam o agente a penas que têm, *inter alia*, finalidades dissuasórias”⁸¹⁷, entende o Tribunal que perante uma contra-ordenação que comungue de fins de dissuasão está verificada uma condição mais para que a essa infracção seja reconhecida natureza penal.

O segundo critério integra como *terceiro e último subcritério a índole repressiva* da consequência jurídica inerente ao facto coberto pela norma que dá corpo à infracção. Sendo o carácter punitivo o habitual traço identitário das penas criminais, a sanção contra-ordenacional⁸¹⁸ deve, em princípio, ser com elas identificada, porquanto, à semelhança das penas, se deixa caracterizar também fundamentalmente pela sua finalidade repressiva.

⁸¹⁴ *Ac. Öztürk c. Alemanha*, 53.

⁸¹⁵ Se a caracterização de tal grupo a que o TEDH se refere não for conexcionada com uma relação de subordinação que é característica do direito disciplinar, não vemos como possa este primeiro subcritério compatibilizar-se com a existência de crimes específicos próprios no estrito domínio penal – nesta direcção, DIJK, Pieter van, ⁴*Theory and Practice*, p. 543 e s.

⁸¹⁶ Assim, *Ac. Öztürk c. Alemanha*, 53., e na sua linha *Ac. Bendenoun c. França*, de 24-02-1994, 47., *Ac. Janosevic c. Suécia*, 68., *Ac. Lauko c. Eslováquia*, 58., e *Ac. Ziliberberg c. Moldávia*, 32. Na síntese de DIJK, Pieter van, ⁴*Theory and Practice*, p. 543 e s., o que nesta sede releva não é o número de pessoas a quem norma se dirige, mas a sua qualidade de membros de um grupo específico, conjugada com os interesses protegidos pela norma.

⁸¹⁷ *Ac. Öztürk c. Alemanha*, 53. Novamente na sua esteira, *Ac. Bendenoun c. França*, 47.

⁸¹⁸ Ponto é que se trate efectivamente de uma sanção, o que não sucederá quando determinada consequência de índole pecuniária decorrente da prática de um facto ilícito prossiga fins compensatórios ou indemnizatórios. Como facilmente se intui, esta distinção assume particular importância no seio tributário – cf. *Ac. Bendenoun c. França*, 47., *Ac. A.P., M.P. e T.P. c. Suíça*, 40., e *Ac. Janosevic c. Suécia*, 68.

A conjugação cumulativa numa determinada infracção contra-ordenacional ou administrativa dos três aspectos indicados⁸¹⁹ conduz, regra geral, o TEDH a concluir pela sua natureza penal, afirmando a verificação do *segundo critério* e assim a aplicabilidade de *todas* as exigências de um processo equitativo previstas no art. 6.º da CEDH⁸²⁰. Uma jurisprudência que começou por valer, no *caso Öztürk*, para o âmbito rodoviário⁸²¹ e nas últimas três décadas foi sendo alargada a outros domínios⁸²², como o tributário⁸²³, o da concorrência⁸²⁴ e o do sistema bancário⁸²⁵, todos eles entre nós cobertos por tutela contra-ordenacional.

Logo no *Acórdão Öztürk*, o TEDH manifestou o entendimento de que a reunião daqueles vários elementos do segundo critério de aferição da natureza penal seria suficiente para que uma certa infracção fosse integrada na matéria penal a que alude o art. 6.º da CEDH, mesmo que, como acontecia nesse caso de espécie, a sanção envolvida fosse manifestamente bagatelar.

⁸¹⁹ Como bem observa DIJK, Pieter van, *Theory and Practice*, p. 546, enquanto os três critérios desenvolvidos pelo Tribunal não são cumulativos, os subcritérios do segundo critério são.

⁸²⁰ Foi por ter entendido que os elementos descritos em texto não se encontravam reunidos que no referido *caso Inocêncio c. Portugal*, de 2001, o TEDH concluiu que uma contra-ordenação urbanística do direito português – concretamente, a realização sem licença de obras em residência particular – não configura matéria penal. Para tanto, aduziu que a sanção devida pela violação do dever de obtenção de uma licença de construção “não constitui uma medida punitiva e repressiva aplicável a todos os cidadãos”, sendo antes parte de uma regulamentação relativa ao uso dos bens, tendo por finalidade promover uma política de urbanismo equilibrada. Uma posição que nos parece inconciliável com a sua demais jurisprudência nesta matéria. Na verdade, não descortinamos nesta nossa contra-ordenação diferenças substanciais de tomo em relação a tantas outras infracções de feições administrativas em relação às quais o Tribunal se pronunciou pela natureza penal: os destinatários da norma são todos os cidadãos em geral, não estando aqui em causa qualquer estatuto integrado numa relação especial de poder; a norma visa dissuadir práticas urbanísticas desconformes com a regulação legal; e na medida em que implica uma condenação em coima com limite máximo de Esc. 20.000.000\$00 tem natureza inequivocamente punitiva.

Uma crítica semelhante é dirigida por DIJK, Pieter van, *Theory and Practice*, p. 547, ao *Ac. Pierre-Bloch. c. França*, de 21-10-1997, no qual o Tribunal entendeu não estar perante matéria penal, apesar de a infracção em apreço – relativa à violação de regras de financiamento partidário – poder implicar a aplicação de uma sanção de ineligibilidade por um ano e ainda de uma sanção pecuniária de 25.000 francos franceses ou até eventualmente, em alternativa, de uma sanção de um ano de prisão! A mesma perplexidade é expressa por KOERING-JOULIN / TRUCHE, “Retour sur le champ «pénal» européen...”, p. 520, que põem em contraste este caso *Pierre-Bloch c. França* com o caso *Malige c. França*.

⁸²¹ Ainda no campo rodoviário, cf. o *Ac. Lutz c. Alemanha* e o *Ac. Malige c. França*.

⁸²² Cf. RENUCCI, *Droit Européen des Droits de l’Homme*, p. 264 e ss.

⁸²³ Primeiro no *Ac. Bendenoun c. França* e depois, v. g., no *Ac. A.P., M.P. e T.P. c. Suíça*, no *Ac. Janosevic c. Suécia* e no *Ac. Jussila c. Finlândia*, de 23-11-2006, este último tirado em plenário e “privilegiando uma interpretação muito liberal dos critérios Engel” (RENUCCI, *Droit Européen des Droits de l’Homme*, p. 265).

⁸²⁴ *Ac. A. Menarini Diagnostics S.R.L. c. Itália*

⁸²⁵ *Ac. Dubus S.A. c. França*, de 11-06-2009.

3.3 O *terceiro critério* definido no caso *Engel e outros c. Holanda* – a natureza e a severidade da sanção aplicável – seria portanto irrelevante para aquele efeito se a natureza penal já devesse ser afirmada através do segundo critério. Na realidade, considerou o Tribunal que “o facto de estar efectivamente em causa uma infracção bagatelar que dificilmente será prejudicial para a reputação do agente não a afasta do âmbito de aplicação do artigo 6.º (art. 6). Nada há que sugira que a infracção criminal a que se refere a Convenção implique necessariamente um certo grau de gravidade”⁸²⁶.

Esta posição sugeria já claramente que o segundo e o terceiro critérios deveriam, em princípio, ser tomados em consideração em termos alternativos, bastando a verificação de um deles para que se pudesse concluir pela natureza penal da infracção. Isto mesmo foi pouco depois expressamente confirmado pelo TEDH no *Ac. Lutz c. Alemanha*: “o Tribunal sublinha que o segundo e o terceiro critérios adoptados nos julgamentos do caso *Engel e outros* e do caso *Öztürk* são de aplicação alternativa e não cumulativa”⁸²⁷. Esta orientação é, não obstante, mitigada nos cenários em que a situação se apresenta pouco clara. Uma abordagem cumulativa é aceite e empreendida pelo Tribunal “se a análise separada de cada critério não permitir chegar a uma conclusão clara quanto à existência de uma «acusação em matéria penal»”⁸²⁸.

O recurso ao *terceiro critério* só tem, assim, lugar nos casos em que o Tribunal não fica inequivocamente convencido do carácter penal da infracção através do segundo critério. Sendo tal natureza duvidosa⁸²⁹ ou inexistente⁸³⁰ à luz do segundo critério entra em consideração o *grau de severidade da sanção abstractamente aplicável*. Uma vez que as infracções administrativas são normalmente puníveis em primeira linha apenas

⁸²⁶ *Ac. Öztürk c. Alemanha*, 53., acrescentando-se ainda que “a relativa falta de gravidade da sanção em jogo (...) não priva uma infracção da sua natureza intrinsecamente criminal”. Na conclusão referida em texto, ainda o *Ac. Lauko c. Eslováquia*, 58, e o *Ac. Ziliberberg c. Moldávia*, 34. Já no *Ac. Janosevic c. Suécia*, 68. e s., apesar de dar como verificado o segundo critério e considerar essa avaliação como suficiente para responder afirmativamente à questão de saber se a infracção correspondia a matéria penal, o Tribunal sentiu necessidade de tomar posição sobre a gravidade da sanção pecuniária aplicável. O TEDH voltou à linha inicial do *Ac. Öztürk* no *Ac. Jussila c. Finlândia*, 38. Crítico desta flutuação, ou melhor, para usar as suas palavras, desta confusão, DIJK, Pieter van, ⁴*Theory and Practice*, p. 548.

⁸²⁷ *Ac. Lutz c. Alemanha*, 55.

⁸²⁸ *Ac. Garyfallou Aebe c. Grécia*, de 24-09-1997, 33. Nos mesmos termos, *Ac. Lauko c. Eslováquia*, 57., *Decisão Inocêncio c. Portugal*, *Ac. Janosevic c. Suécia*, 67., *Ac. Ziliberberg c. Moldávia*, 31., e *Ac. A. Menarini Diagnostics S.R.L. c. Itália*, 38. Antecipando já esta função subsidiária do terceiro critério, ligada em especial aos casos mais ambíguos, PALIERO, “«Materia penale» e illecito amministrativo...”, p. 919.

⁸²⁹ V. g., *Ac. Bendenoun c. França*, 47.

⁸³⁰ V. g., *Ac. Engel e outros c. Holanda*, 82, e *Decisão Inocêncio c. Portugal*.

com sanções pecuniárias⁸³¹, a ponderação do Tribunal detém-se aqui em regra sobre o montante máximo da sanção aplicável, eventualmente conjugada com a possibilidade de substituição ou não da sanção pecuniária por medida privativa da liberdade na hipótese de não pagamento⁸³². Nessa avaliação, o TEDH tem apresentado uma jurisprudência errática⁸³³, chegando a reconhecer carácter penal a determinadas infracções com base em valores máximos aplicáveis inferiores aos de infracções cujo limite máximo pecuniário não foi suficiente para que se lhe atribuísse relevo penal. Ainda que tal fique porventura a dever-se ao funcionamento da referida abordagem cumulativa, não deixa de causar estranheza⁸³⁴ que, por exemplo, se atribua natureza penal a uma infracção administrativa punível com sanção máxima de 15.050 marcos alemães (€ 7.694,94)⁸³⁵ quando se nega essa natureza a uma contra-ordenação punível com coima até Esc. 20.000.000\$00 (€ 99.759,58)⁸³⁶. Enfim, como certamente assinala Pieter van Dijk, os variados elementos e condições a que o Tribunal recorre para aferir a gravidade da sanção aplicável tornam o terceiro critério especialmente imprevisível⁸³⁷.

4. Ao tempo da sua publicação, o *Ac. Öztürk* gerou no âmbito mais restrito da discussão contra-ordenacional um coro de reacções desencontradas, não só na

⁸³¹ No *Ac. Maligne c. França*, 39., o Tribunal pronunciou-se, todavia, sobre a severidade da sanção de perda de pontos aplicável no âmbito do direito rodoviário francês (nessa regulação, ao condutor é atribuído um determinado número inicial de pontos que lhe vão sendo retirados à medida em que vai sendo condenado por infracções rodoviárias; pelo que, no limite, o condutor pode perder a carta de condução quando todos os pontos lhe forem retirados): “quanto ao grau de gravidade, o Tribunal nota que a dedução de pontos pode em último termo redundar na perda de validade da licença de condução. Ora, é incontestável que o direito de conduzir um veículo motorizado se revela de grande utilidade para a vida quotidiana e para o exercício de uma actividade profissional. O Tribunal, bem como a Comissão, inferem assim que se a medida de retirada de pontos apresenta um carácter preventivo, reveste-se também de um carácter punitivo e dissuasivo, assemelhando-se, portanto, a uma pena acessória”.

⁸³² A (in)admissibilidade de conversão da sanção pecuniária em prisão foi tida em conta nos casos *Bendenoun c. França*, 47., *Ac. Garyfallou Aebe c. Grécia*, 34., e *Inocêncio c. Portugal*, mas também já foi considerada como “não decisiva” para efeitos de qualificação da infracção como penal para efeitos do art. 6.º da CEDH nos casos *Janosevic c. Suécia*, 69., e *Ziliberberg c. Moldávia*, 34. Críticos desta segunda tendência, KOERING-JOULIN / TRUCHE, “Retour sur le champ «pénal» européen...”, p. 518 e s.

É, todavia, sobretudo no âmbito disciplinar que se coloca o problema da natureza penal das sanções privativas da liberdade, as quais, já desde o *Ac. Engel e outros c. Holanda*, são avaliadas essencialmente em função da sua duração – cf. desenvolvidamente, KOERING-JOULIN / TRUCHE, “Retour sur le champ «pénal» européen...”, p. 516 e ss., e DIJK, Pieter van, *Theory and Practice*, p. 549 e ss.

⁸³³ Exemplos vários podem ser colhidos no *Ac. Jussila c. Finlândia*, 31. e ss.

⁸³⁴ Para mais casos paradoxais, cf. DIJK, Pieter van, *Theory and Practice*, p. 552 e ss.

⁸³⁵ *Ac. Garyfallou Aebe c. Grécia*, 34 – apesar de se tratar de um caso grego é o próprio Acórdão que se refere a esta soma em moeda alemã.

⁸³⁶ *Decisão Inocêncio c. Portugal*.

⁸³⁷ DIJK, Pieter van, *Theory and Practice*, p. 551, tendo ainda em vista as hesitações e contradições do Tribunal em relação a sanções disciplinares privativas da liberdade. Não por acaso, logo aquando do *Ac. Öztürk c. Alemanha* já PALIERO, “«Materia penale» e illecito amministrativo...”, p. 919, se referia ao terceiro critério como o menos confiável dos três critérios erigidos pelo TEDH.

Alemanha, onde o problema da aplicabilidade do art. 6.º da CEDH ao sistema contra-ordenacional interno já antes era discutido⁸³⁸, como no estrangeiro⁸³⁹, e teve alguns efeitos perturbadores sobre a *praxis* do sistema contra-ordenacional alemão⁸⁴⁰. Nada, porém, que tivesse vindo para durar. Não só a específica questão objecto do Acórdão foi não muito depois ultrapassada pelo legislador alemão⁸⁴¹, como não tardou a que se percebesse serem exageradas as preocupações político-criminais que à época foram manifestadas pelo sector mais crítico da solução adoptada pelo TEDH, no seio do qual se chegou a acusar o Tribunal de ter “desferido um rude golpe na orientação descriminalizadora da moderna política-criminal”⁸⁴². O tempo mostrou também que o alcance da posição assumida e desde então mantida pelo TEDH tem um relevo essencialmente processual – o que, em todo o caso, como é evidente, está longe de poder considerar-se importância de somenos – não interferindo, nem devendo interferir, na determinação do critério de distinção relevante para o direito nacional⁸⁴³.

⁸³⁸ Cf. VOGLER, Theo, “Das Recht auf unentgeltliche Beizihung eines Dolmetschers (Art. 6 Abs. 3 Buchst. e EMRK)”, *EuGRZ*, 1979, p. 645 e ss., pronunciando-se já pela inaplicabilidade do art. 6.º da CEDH ao direito contra-ordenacional alemão precisamente a propósito da alínea *e*) do seu n.º 3 e do problema da assistência gratuita por intérprete. Sobre o estado da questão no período anterior ao *Ac. Öztürk*, cf. BÉLORGEY, Harald, *Gegebener und gebotener Einfluß des Art. 6 EMRK auf das deutsche Bußgeldverfahren*, Aachen, Shaker Verlag, 2003, p. 41 e ss.

⁸³⁹ A favor, PALIERO, “«Materia penale» e illecito amministrativo...”, p. 894 e ss.; contra, COSTA, Faria, “Les problèmes juridiques...”, p. 35 e s., e BARRETO, Ireneu Cabral, “Diskussion / Discussions”, in: Matscher, *Verfahrensgarantien im Bereich des öffentlichen Rechts*, Kehl am Rhein, N. P. Engel Verlag, 1989, p. 167 e s.

⁸⁴⁰ GÖHLER, Erich, “Zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten”, *NStZ*, 1985, p. 64.

⁸⁴¹ Tendo a condenação no caso *Öztürk* sido devida à violação do direito de assistência gratuita por intérprete (art. 6.º-3, *e*), da CEDH), em 1989 o legislador alemão alterou o o regime legal das custas judiciais, no sentido de que na fase judicial do processo contra-ordenacional o arguido fique dispensado de suportar as custas pelo serviço do intérprete – cf. BÉLORGEY, *Gegebener und gebotener Einfluß des Art. 6 EMRK*, p. 48.

⁸⁴² VOGLER, *IntKomm EMRK*, art. 6.º, n.º m. 237. Opondo-se directamente a esta posição, advogando um “«não só» (descriminalização), «mas também» (aplicabilidade das garantias de protecção jurídica)”, JUNG, Heike, “Die Europäische Menschenrechtskonvention und das deutsche Strafrecht. Eine Fallstudie am Beispiel des Begriffs der «strafrechtlicher Anklage» i.S.d. Art. 6 EMRK”, *EuGRZ*, 1996, p. 372.

Ainda a favor da decisão do TEDH no *Ac. Öztürk*, pelo reforço da posição processual do arguido no processo contra-ordenacional dela resultante, SCHROTH, Hans-Jürgen, “Europäische Menschenrechtskonvention und Ordnungswidrigkeitenrecht”, p. 559 e ss., BRAITSCH, Thomas, *Gerichtssprache für Sprachunkundige im Lichte des “fair trial”*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 1990, p. 134 e ss., WEITH, *Gerichtssprachenproblematik im Straf- und Bussgeldverfahren*, p. 119 e ss., e BÉLORGEY, *Gegebener und gebotener Einfluß des Art. 6 EMRK*, p. 49 e ss. Neste sentido também, entre nós, adoptando “como válido” o conceito de acusação penal delineado pelo TEDH, RAMOS, Vânia Costa, *Ne Bis in Idem e União Europeia*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 42 e ss., e “Direito Penal Europeu institucional”, in: Maria Fernanda Palma *et. al.* (org.), *Direito Penal Económico e Financeiro*, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 369 e ss.

MEYER-GOßNER, Lutz / SCHMITT, Bertram, *Strafprozessordnung*, 55.ª ed., München, C. H. Beck, 2012, MRK art. 6, n.º m. 1, consideram, sem mais, que o art. 6.º da CEDH é aplicável não apenas ao processo penal, como também ao processo contra-ordenacional.

⁸⁴³ Sinal claro disto mesmo é o lugar escolhido pelos comentadores alemães do regime contra-ordenacional para se pronunciarem sobre a jurisprudência do TEDH: não o reservado à discussão sobre o

4.1 Denominador comum da crítica – provinda tanto do interior do Tribunal, pelos juízes que votaram vencido, como da doutrina⁸⁴⁴ – à recondução do ilícito contra-ordenacional à matéria penal iniciada pelo TEDH no *Ac. Öztürk* foi a desvalorização do significado do direito contra-ordenacional para o movimento de descriminalização que fazia o seu curso um pouco por toda a Europa e que via no caso alemão um exemplo a seguir⁸⁴⁵. Uma tendência que representava uma “coisa muito diferente de uma mera troca de etiquetas”⁸⁴⁶, mas que a jurisprudência do TEDH parecia querer sinalizar em sentido contrário. Considerou-se que a inclusão das contra-ordenações e das infracções administrativas na matéria criminal representava um sinal errado num tempo errado, pois a mensagem que assim se passava aos Estados era a de que eventuais tentativas de descriminalização que procurassem empreender seriam recebidas pelo TEDH com total indiferença. Na realidade, por muitas loas que o Tribunal tecesse ao movimento descriminalizador⁸⁴⁷, mesmo que os Estado convertessem determinados crimes em contra-ordenações o TEDH, *nolens volens*, continuaria a encarar essas novas infracções como se de crimes se tratassem.

Contra o que se começou por pensar, a posição do TEDH de modo algum constituiu, porém, um travão ao movimento descriminalizador. Ao menos em ordenamentos como o nosso ou o alemão nada há que indique ter ocorrido, nos anos que se seguiram ao *Ac. Öztürk*, um recuo ou sequer um refreamento legislativo no propósito de depuração do direito penal das infracções de carácter bagatelar, mediante conversão

critério de distinção entre crimes e contra-ordenações, mas o do preceito relativo à aplicabilidade do regime processual penal ao processo das contra-ordenações (§ 46 da OWiG) – cf. REBMANN / ROTH / HERRMANN, ³OWiG, § 46, n.º m. 2, GÖHLER / SEITZ, ¹⁶OWiG, § 46, n.º m. 5, e ainda ³KK-LAMPE, § 46, n.º m. 6 e ss., que, de modo redutor, não tem pejo em afirmar que para o direito alemão o único efeito prático da discussão se cingiu à questão de saber se e em que medida se coloca o problema da assistência gratuita por intérprete a arguido de processo contra-ordenacional que não domine a língua alemã (n.º m. 10). Próximo desta posição de Joachim Lampe, WEIGEND, Thomas, “Federal Republic of Germany – The system of administrative and penal sanctions”, in: *The System of Administrative and Penal Sanctions in the Member States of the European Communities*, vol. I, Luxembourg, Office for Official Publications of the European Communities, 1994, p. 108 e s.

⁸⁴⁴ Cf. GÖHLER, “Zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten”, p. 64, VOGLER, *IntKomm EMRK*, art. 6.º, n.º m. 237, MATSCHER, “Les garanties judiciaires pour les procédures administratives: rapport introductif”, p. 20 e s., COSTA, Faria, “Les problèmes juridiques...”, p. 35 e s., FROWEIN / PEUKERT, ²EMRK-Kommentar, art. 6.º, n.º m. 50, e em data mais recente GOLLWITZER, Walter, *Menschenrechte im Strafverfahren: MRK und IPBPR Kommentar*, Berlin, De Gruyter, 2005, MRK Art. 6, n.º m. 30.

⁸⁴⁵ Nesta direcção, GÖHLER, “Zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten”, p. 64.

⁸⁴⁶ *Ac. Öztürk c. Alemanha*, voto vencido do juiz F. Matscher, B., 3.

⁸⁴⁷ *Ac. Öztürk c. Alemanha*, 49.: “A Convenção não se opõe ao movimento de «descriminalização» que tem tido lugar, sob formas extremamente variadas, nos Estados membros do Conselho da Europa. Teve o Governo inteira razão ao insistir neste ponto”.

de crimes ou contravenções em contra-ordenações⁸⁴⁸ ou de imediata atribuição de natureza contra-ordenacional a novas infracções que o legislador pretendesse introduzir no ordenamento jurídico, verificando-se, isso sim, um fenómeno de desenfreada expansão do direito de mera ordenação social, que de há muito vem sendo acusado de hipertrofia⁸⁴⁹.

4.2 Se temos assim como infundada a crítica aos efeitos político-criminais da jurisprudência do TEDH sobre o processo de descriminalização, já nos parece haver razão nas reservas que, do mesmo passo, lhe foram dirigidas a propósito dos seus *reflexos a nível processual*. Crítica que não só mantém plena actualidade, como ganhou especial acuidade perante a inconstância da jurisprudência do Tribunal que o decorrer do tempo revelou. Como certamente observou o juiz Liesch, a jurisprudência Öztürk pareceu “reflectir um desejo de a todo o custo integrar a «infracção» em apreço no conceito de «infracção criminal» com a única preocupação de lhe tornar aplicáveis as garantias processuais da Convenção”⁸⁵⁰. Para tal, o Tribunal desconsiderou por completo a insignificante gravidade tanto da ilicitude do facto praticado, como da sanção cominada, entendendo inaplicável o terceiro critério do *Ac. Engel e outros c. Holanda*. Um exemplo académico dificilmente conseguiria ilustrar um caso tão bagatelar como o do *Ac. Öztürk* para pôr à prova a jurisprudência do TEDH em matéria de contra-ordenações e infracções administrativas. E o resultado da aplicação da jurisprudência adoptada ao caso de espécie não deixa de impressionar pelo seu concreto significado, impressivamente exposto por Erich Göhler: os princípios dos direitos do Homem devem impor que a um estrangeiro, comprovadamente culpado de um acidente rodoviário, mas descontente com a coima de 60 DM aplicada, devam ser reembolsados os encargos com um intérprete, superiores ao da coima aplicada, inerentes a uma impugnação que o próprio arguido deixou cair⁸⁵¹!

⁸⁴⁸ No caso português, o exemplo mais flagrante e mais importante, dada a sua enorme relevância prática e a sua directa conexão com a matéria tratada no *Ac. Öztürk*, de que a jurisprudência do TEDH em nada comprometeu a tendência descriminalizadora foi a reforma do Código da Estrada de 1994 (Decreto-Lei n.º 114/94, de 3/5), que em definitivo implantou o modelo contra-ordenacional no direito rodoviário nacional. Sobre os limitados efeitos do caso *Öztürk* no ordenamento alemão, cf. de novo ³KK-LAMPE, § 46, n.º m. 6 e ss., e BÉLORGEY, *Gegebener und gebotener Einfluß des Art. 6 EMRK*, p. 47 e ss.

⁸⁴⁹ Cf., novamente, MITSCH, ²*Ordnungswidrigkeiten*, § 3, n.º m. 16, e infra, § 22.

⁸⁵⁰ *Ac. Öztürk c. Alemanha*, voto vencido do juiz F. Matscher, B., 3.

⁸⁵¹ GÖHLER, “Zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten”, p. 64, que tendo integrado a equipa que representou o Estado alemão no caso *Öztürk* revela um claro agastamento em relação ao TEDH, qualificando mesmo como “grotesco” (sic) o resultado da sua decisão!

O que o *caso Öztürk* tão bem revela é a falta de razoabilidade e de equilíbrio de uma transposição integral e em bloco do acervo dos direitos e garantias de defesa próprios de um processo *penal* equitativo consagrado no art. 6.º da CEDH para o processo contra-ordenacional, assim impondo “a *perequação* do sistema sancionatório administrativo ao sistema penal sob o *perfil dos clássicos princípios liberais*”⁸⁵². Mesmo que depois essa transposição seja temperada por uma consideração dos específicos corolários do direito a um processo equitativo que atenda à menor gravidade da infracção contra-ordenacional em exame, fica deste modo inevitavelmente franqueado o acesso à aplicação de alguns desses direitos e garantias a contra-ordenações que de modo algum delas deveriam beneficiar, como paradigmaticamente sucedeu no *Ac. Öztürk*. A necessidade de salvaguardar a preeminência do Direito a que aspira a CEDH exige naturalmente um *fair trial*⁸⁵³ quaisquer que sejam as sanções aplicáveis. Porém, não obsta a que devam reconhecer-se gradações em função da gravidade das sanções que o caso possa implicar, não nos parecendo que o catálogo dos direitos de defesa plasmado no art. 6.º da CEDH tenha sido pensado para toda e qualquer infracção que reúna as características do segundo critério formulado pelo TEDH, independentemente da severidade das consequências que a possam acompanhar.

É legítimo, com efeito, perguntar, com o juiz R. Bernhardt, se “pode realmente afirmar-se que o objecto e a finalidade do artigo 6.º (art. 6) da Convenção exige as suas garantias (incluindo a assistência gratuita por intérprete) para pequenas infracções rodoviárias e infracções bagatelares semelhantes, garantias essas absolutamente necessárias nos genuínos casos criminais?”⁸⁵⁴. E a resposta negativa impõe-se por si própria de um modo de tal forma ostensivo que dispensaria razões adicionais⁸⁵⁵. Sempre deve, no entanto, acrescentar-se que uma adopção consequente da posição do TEDH implicaria no longo prazo onerar a administração e os tribunais com uma carga processual incompatível com os propósitos de simplificação imanentes ao movimento de descriminalização e não deixaria ter efeitos perniciosos sobre a resposta judiciária nos processos de maior gravidade e que apresentam acrescidas exigências

⁸⁵² PALIERO, “La sanzione amministrativa come moderno strumento...”, p. 1037.

⁸⁵³ BARRETO, Ireneu Cabral, ⁴*CEDH*, pp. 24 e 162.

⁸⁵⁴ *Ac. Öztürk c. Alemanha*, voto vencido do juiz R. Bernhardt.

⁸⁵⁵ Porque a questão colocada é evidentemente retórica, o juiz R. Bernhardt limita-se a responder “*I do not think so!*” Em sentido concordante, COSTA, Faria, “Les problèmes juridiques...”, p. 35 e s., GÖHLER, “Zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten”, p. 64, MATSCHER, “Les garanties judiciaires pour les procédures administratives: rapport introductif”, p. 21, e BARRETO, Ireneu Cabral, “Diskussion / Discussions”, cit., p. 167.

preventivas⁸⁵⁶. Tudo o que traria ainda consigo os efeitos estigmatizantes inerentes ao processo penal que a adopção do sistema contra-ordenacional procurou também contrariar através da descriminalização das infracções bagatelares⁸⁵⁷.

Se no parágrafo anterior nos referimos no condicional às possíveis consequências de uma eventual adopção plena pelos ordenamentos nacionais da posição de princípio sufragada pelo TEDH tal deve-se ao facto de a experiência mostrar uma resistência das legislações e das interpretações jurisprudenciais nacionais a uma aplicação da CEDH nos termos sustentados pelo TEDH. Como parecem indiciar as defesas que os Estados apresentam nos processos que lhes são movidos perante o TEDH, a essa realidade não será porventura alheia a generalizada atitude de desacordo em relação à posição maximalista defendida pelo Tribunal, como ainda as próprias reservas que os critérios erigidos pelo Tribunal fundamentam.

Desde a primeira hora que se censurou ao segundo critério, o critério determinante para a resolução do *caso Öztürk*, a natureza demasiado genérica dos elementos com que foi composto pelo Tribunal⁸⁵⁸. O tempo encarregou-se de dar razão a esta crítica, mostrando que o critério é de tal modo vago e aberto que legitima as mais variadas interpretações e aplicações em casos não tão distintos entre si. Mal de que se não livra também o terceiro critério, também ele frequentemente chamado ao problema. Por isso se recomenda ao Tribunal que “leve mais longe os esforços em ordem à diminuição da incerteza e da ambiguidade relativamente à «acusação penal» que a sua jurisprudência deixa ainda em aberto”⁸⁵⁹.

Em face da insegurança dos critérios depurados pela própria instância jurisdicional a quem compete, em última instância, velar pela interpretação e aplicação da CEDH em uma questão tão crítica e fundamental como é a da definição do conteúdo do conceito de “acusação em matéria penal” do art. 6.º, compreende-se que, muito embora a Convenção constitua fonte de direito para os Estados membros⁸⁶⁰, as práticas

⁸⁵⁶ Nesta direcção, MATSCHER, “Les garanties judiciaires pour les procédures administratives: rapport introductif”, p. 21.

⁸⁵⁷ Assim, GÖHLER, “Zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten”, p. 64, e BARRETO, Ireneu Cabral, “Diskussion / Discussions”, cit., p. 167.

⁸⁵⁸ *Ac. Öztürk c. Alemanha*, voto vencido da juíza Bindschedler-Robert.

⁸⁵⁹ DIJK, Pieter van, *Theory and Practice*, p. 556.

⁸⁶⁰ Na perspectiva de RAMOS, Rui de Moura, “A Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Sua posição face ao ordenamento jurídico português”, *Documentação e Direito Comparado*, n.º 5, 1981, p. 193, a CEDH tem na ordem jurídica portuguesa “valor supra-legal, ainda que infra-constitucional. O que significa que (...) as disposições da Convenção Europeia não lograrão aplicação em Portugal se não forem conformes aos princípios e normas da nossa lei fundamental, mas que, ao mesmo tempo, a sua

legislativas e jurisprudenciais nacionais preferiram acolher-se aos seus próprios critérios de determinação da natureza jurídica das infracções quando confrontadas com a necessidade de categorizar o seu estatuto jurídico e de determinar os termos em que para elas deve valer a garantia do processo equitativo.

5. A solução preconizada pelo TEDH implica uma parificação entre direito penal e direito contra-ordenacional, no sentido de que ambos constituem matéria penal. Por isso que, como começámos por adiantar, sob esta perspectiva a distinção entre estes dois tipos de infracções é puramente *formal*. Aliás, como verificámos, nos casos em que as infracções são classificadas como não penais pelas ordens jurídicas internas o Tribunal sempre se mostrou avesso a deixar que a apreciação do problema fosse penetrada pelas concepções nacionais acerca da natureza dos delitos penais. Uma atitude por certo prudente, atenta a miríade de concepções sobre o conceito material de crime que pululam na doutrina e na jurisprudência dos Estados membros do Conselho da Europa e a necessidade de garantir um denominador comum em que os diversos Estados se possam rever. Não deixaria de ser estranho e mesmo preocupante, por exemplo, que o TEDH seguisse a linha de argumentação do Estado alemão na defesa que apresentou no *caso Öztürk* e acolhesse como critério de eventual integração das contra-ordenações no art. 6.º da CEDH o da teoria qualitativa que aí lhe foi apresentada pela Alemanha, que entretanto, inclusivamente, se havia tornado minoritária nesse próprio país. Por legítimas e certas que sejam as críticas aos concretos contornos dos critérios Engel com que o TEDH vem moldando o âmbito de aplicação do art.º 6 da Convenção, deve todavia reconhecer-se que dificilmente poderia ser outro o princípio de solução.

Estamos, pois, com Paliero quando louva o Tribunal por ter evitado enredar-se em um debate marcadamente dogmático como o que desde sempre fez curso nesta sede e ter antes optado por enveredar por um “fluxo teleológico”⁸⁶¹. Trata-se de uma via que desemboca em cenários que, parece-nos inegável, são susceptíveis de gerar uma primeira reacção quase que epidérmica de perplexidade. Cenários como este, em que acabam por fazer parte do “mesmo conjunto situações tão diferentes como a das decisões condenatórias proferidas contra os militares holandeses (Engel), uma coima que na Alemanha sancionou uma infracção rodoviária (Öztürk) e uma anulação de

vigência e aplicabilidade não será posta em causa pelo surgimento de leis ordinárias posteriores cujos preceitos as contrariem”.

⁸⁶¹ PALIERO, “«Materia penale» e illecito amministrativo...”, p. 917.

perdão de pena infligida numa prisão britânica (Campbell e Fell)⁸⁶². Tal só é possível porque o Tribunal segue um caminho diferente do habitual, desafiando a lógica tradicional: “«Penal, sem ser de «direito penal», esta nova «matéria» parece afastar os princípios que comandam a lógica formal, tradicionalmente assimilados pela lógica jurídica: princípios de identidade (“A é A», ou o «sistema penal é penal»), de não contradição («A não é não-A», ou «o sistema penal não é não penal») e do terceiro excluído («se B não é A, então B é não-A», ou «se o sistema não é penal então ele é não penal»)⁸⁶³.

Independentemente de saber se o método do TEDH exige a substituição da lógica tradicional por uma nova lógica, como, por exemplo, a “lógica difusa” da proposta de Mireille Delmas-Marty⁸⁶⁴, a sua heterodoxia em relação às abordagens perfilhadas pelos sistemas legais nacionais, que, desde logo por força do princípio da legalidade criminal, não podem prescindir de uma muito mais rígida categorização penal / não penal, é indiciadora da descontinuidade a que nos referimos supra.

Se o TEDH reivindica para si uma autonomia de sentido unilateral, de tal modo que a atribuição a uma infracção de um estatuto não penal pelos ordenamentos nacionais em nada vincula a sua decisão sobre a integração dela no art. 6.º da Convenção, também os Estados devem poder, em regra, reivindicar para si uma autonomia de igual cariz, no sentido de que a concepção do TEDH de que certa infracção detém carácter penal não os obriga a conceder-lhe tal natureza, devendo, quando muito, implicar a previsão para ela de um processo compatível com as exigências do art. 6.º da CEDH.

A aceitação deste princípio é, em nosso modo de ver, *conditio sine qua non* para a solvabilidade de um sistema contra-ordenacional como o nosso. Sendo ele estruturalmente fundado na concessão à administração de uma competência, de primeira linha, para a decisão sobre a prática da contra-ordenação, a assimilação pelo direito português de uma identificação formal entre crimes e contra-ordenações como aquela que é imanente à jurisprudência do TEDH obrigaria, em virtude do princípio da

⁸⁶² DELMAS-MARTY, Mireille, *Le Flou du Droit. Du Code Pénal aux Droits de l’Homme*, Paris, Quadrige / PUF, 2004, p. 373.

⁸⁶³ DELMAS-MARTY / DERVIEUX / JACQ / MASSIAS, “La «matière pénale»...”, p. 821.

⁸⁶⁴ DELMAS-MARTY / DERVIEUX / JACQ / MASSIAS, “La «matière pénale»...”, p. 821, DELMAS-MARTY, Mireille, “La jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l’Homme et la «logique du flou»”, p. 1031 e ss., adoptam um esquema explicativo inspirado na “fuzzy logic” (*logique du flou*, em francês) desenvolvida das ciências exactas.

jurisdição, a desviar essa competência para os tribunais, assim implicando uma ruptura de todo o modelo contra-ordenacional e a sua transformação em toda uma outra realidade normativa. Situação que seria tanto mais paradoxal quanto o TEDH considera, como vimos, que a cobertura do direito das contra-ordenações pelo conceito de “matéria penal” do art. 6.º da CEDH não obriga a que o seu conhecimento processual em primeira instância seja exclusivamente submetido à esfera judicial, sendo a competência administrativa perfeitamente compatível com a Convenção, desde que salvaguardada a oportunidade de impugnação judicial de uma eventual condenação. Uma tal aporia pode e deve ser evitada através de uma nítida delimitação e separação dos planos de intervenção e de interferência do TEDH e dos legisladores nacionais relativamente à definição da natureza jurídica das contra-ordenações.

Resulta assim clara para nós a irrelevância da identificação formal entre os domínios penal e contra-ordenacional adoptada pelo TEDH para a dilucidação do critério de distinção entre ambos na perspectiva do direito interno português.

CAPÍTULO II – AS CONCEPÇÕES QUALITATIVAS

§ 14. A CONTRAPOSIÇÃO FUNDADA NUM CRITÉRIO ÉTICO-SOCIAL

§ 14.1 A concepção de Figueiredo Dias

1. A acção de Eduardo Correia, aos mais variados níveis, constituiu o motor propulsor determinante da introdução do direito de mera ordenação social no ordenamento jurídico português. Esse seu impulso teve continuidade no pensamento de Figueiredo Dias, que, perfilhando embora o cerne da tese de fundo de Eduardo Correia, enquadrou a nova questão contra-ordenacional numa perspectiva integrada com o (também novo) direito penal, globalmente considerado. Sem pretender ser injusto para com os elevados méritos de Eduardo Correia nesta matéria, estamos em crer que a posição de Figueiredo Dias, pela magna autoridade que lhe era já reconhecida e pela força e consistência do novo quadro fundamentador que propôs, foi determinante para a efectiva implantação e materialização do direito das contra-ordenações no sistema sancionatório português.

Parece-nos, na verdade, como aliás já atrás procurámos explicitar, que as bases de fundamentação do direito de mera ordenação social avançadas por Eduardo Correia, ainda muito ligadas à concepção inicial de Eberhard Schmidt, dificilmente poderiam servir para sustentar cabal e integralmente a pretendida autonomização material do direito contra-ordenacional. Com Figueiredo Dias a questão aparece-nos já dogmaticamente imbricada no novo figurino constitucional saído da Revolução de 1974 e enleada numa tentativa de densificação substancial das bases sobre as quais o direito penal português poderia no futuro acomodar simultaneamente uma tutela materialmente diferenciada de bens jurídicos pessoais e de bens jurídicos ligados aos direitos económicos, sociais e culturais reconhecidos pela nova estrutura constitucional, é dizer um direito penal clássico e um direito penal secundário⁸⁶⁵.

⁸⁶⁵ Temos em mente sobretudo o estudo fundamental que Figueiredo Dias deu à estampa na *RLJ* no início da década de 1980, “Para uma dogmática do direito penal secundário. Um contributo para a reforma do direito penal económico e social português”, 1983-1984, complementado, em uma análise mais virada

Este *aggiornamento* do pensamento penal global e o modo como nele foi integrada e defendida a autonomia qualitativa – ou material, como Figueiredo Dias desde sempre preferiu chamar-lhe⁸⁶⁶ – do ilícito contra-ordenacional receberam uma larga e claramente maioritária aceitação doutrinal e jurisprudencial nas décadas que se seguiram. Tanto assim que ainda hoje o paradigma do direito penal do bem jurídico tal qual foi concebido e desimplicado por Figueiredo Dias na definição do conceito material de crime⁸⁶⁷ e, mediata e reversamente, do conceito material de contra-ordenação constitui seguramente o referente legitimador que maior acolhimento goza entre nós, tanto na doutrina como na jurisprudência.

2. A compreensão de Figueiredo Dias acerca da natureza intrínseca da contra-ordenação surge assim englobada em uma visão mais ampla, destinada a uma sistematização material de um direito sancionatório organizado em dois blocos *substancialmente* distintos, o penal e o contra-ordenacional, sendo o bloco penal composto por dois ramos, o do direito penal clássico ou de justiça e o do direito penal secundário ou administrativo⁸⁶⁸. Este último concebido, portanto, com uma essência distinta da do direito penal primário, mas ainda autêntico direito penal, por contraposição ao direito das contra-ordenações.

Tratando a problemática contra-ordenacional na perspectiva de um largo conjunto de referentes – a evolução histórica e jurídica portuguesa e estrangeira a que nos referimos supra, a nova situação constitucional, a *revolutio* determinada pelo advento do Estado de direito social, o movimento descriminalizador, a necessidade de reforma global da legislação penal portuguesa, *etc.* –, entende Figueiredo Dias que “o direito de mera ordenação não é filho ou herdeiro de um direito penal administrativo já falecido, mas é sim limite negativo de um direito penal administrativo que evoluiu e

para o direito contra-ordenacional, pelo trabalho “O movimento da descriminalização e o ilícito de mera ordenação social”, também de 1983.

⁸⁶⁶ DIAS, Figueiredo, “Para uma dogmática do direito penal secundário”, n.º 3717, p. 364.

⁸⁶⁷ Cf. logo DIAS, Jorge de Figueiredo, “Os novos rumos da política criminal”, *ROA*, 1983, p. 13 e ss.

⁸⁶⁸ A sinonímia entre direito penal secundário e direito penal administrativo que DIAS, Figueiredo, “Para uma dogmática do direito penal secundário”, *passim*, começa por estabelecer é deixada cair em estudos posteriores, designadamente, no seu artigo incluído no livro de homenagem a Jescheck (“Vom Verwaltungsstrafrecht zum Nebenstrafrecht”), cujo título (“Do direito penal administrativo ao direito penal secundário”) é logo indiciador disso mesmo.

surge hoje renovado sob a face do direito penal secundário”⁸⁶⁹. Em ordem a lograr uma autêntica separação entre o direito penal e o direito contra-ordenacional não basta, porém, acrescenta, conceber este último apenas como um limite negativo do espaço criminal, afigurando-se-lhe imprescindível “estabelecer, positivamente, o tipo de relações que entre aqueles direitos intercedem; o que supõe, por sua vez, tomar posição sobre a questão de fundo da *autonomia material* do direito das contra-ordenações”⁸⁷⁰. Para tal, o elemento que lhe parece decisivo não é o da natureza das sanções e menos ainda o da competência para o processamento das infracções, mas apenas o do *carácter da ilicitude*. Segundo pensa, é na “delimitabilidade entre ilícito penal e ilícito de ordenação, no âmbito da ilicitude material, que se ganhará ou perderá em definitivo a causa da autonomia”⁸⁷¹.

Estando Figueiredo Dias confrontado com esta questão, poder-se-ia admitir que propenderia a dar-lhe uma resposta negativa, isto é, que tenderia a concluir que nenhuma diferença qualitativa intercederia entre o crime e a contra-ordenação. Na realidade, não muito tempo antes, no estudo elaborado conjuntamente com Costa Andrade a que nos referimos supra, parecia aderir (ou, ao menos, conformar-se com) à ideia do abandono de um critério qualitativo⁸⁷². Além disso, na sua dissertação de 1969, como vimos já também⁸⁷³, considerava que o critério da indiferença ética da conduta desligada da proibição deveria valer para dilucidar o simples erro sobre a proibição do verdadeiro erro sobre a ilicitude, mas não seria transponível para marcar a delimitação entre o facto penal e o facto contra-ordenacional⁸⁷⁴.

A posição assumida por Figueiredo Dia foi, todavia, no sentido afirmativo, sustentando decidida e terminantemente a causa da autonomia material, para usar as suas palavras, *na base do critério qualitativo da relevância ética da conduta*, que não, note-se bem, do ilícito formado com a introdução da proibição pelo legislador.

⁸⁶⁹ DIAS, Figueiredo, “Para uma dogmática do direito penal secundário”, n.º 3716, p. 331, e “Vom Verwaltungsstrafrecht zum Nebenstrafrecht”, p. 87. Já atrás, no § 4, manifestámos a nossa discordância em relação a esta percepção.

⁸⁷⁰ DIAS, Figueiredo, “Para uma dogmática do direito penal secundário”, n.º 3716, p. 333.

⁸⁷¹ DIAS, Figueiredo, “Para uma dogmática do direito penal secundário”, n.º 3716, p. 333.

⁸⁷² DIAS, Figueiredo / ANDRADE, Costa, “Problemática geral das infracções antieconómicas”, *cit.*, 1977, p. 35 e ss.; e supra, § 10.2.

⁸⁷³ Supra, § 9.4.

⁸⁷⁴ DIAS, Figueiredo, *O Problema da Consciência da Ilicitude*, § 20, II, p. 396 e ss.

2.1 Antes de mais, considera Figueiredo Dias, não pode acolher-se a ideia de que existam *ilícitos*, mesmo contra-ordenacionais, eticamente incolores. Esta possibilidade – muita difundida no passado, embora na vertente da caracterização da contravenção, e que, por exemplo, parecia assomar no pensamento de Eduardo Correia, quando para caracterizar o ilícito de mera ordenação social se referia indistintamente e de uma forma um tanto ou quanto genérica a ilícito ou a valores desprovidos de ressonância ética⁸⁷⁵ – é, procedentemente, recusada por Figueiredo Dias, que assim contorna e escapa a uma objecção dirigida neste sentido por Costa Andrade à corrente qualitativa⁸⁷⁶. Uma possibilidade que Figueiredo Dias afasta pela razão de se não poder conceber um comando jurídico ao qual não seja imanente um dever-ser ético-social e ainda porque “a valoração jurídica goza de autonomia axiológica, como manifestação de um valor autónomo e transcendente expresso através da consciência jurídica da comunidade, em que se funda toda a possibilidade de realização do direito”⁸⁷⁷.

Sendo insufragável a existência de um ilícito eticamente indiferente, poderá já todavia admitir-se, entende Figueiredo Dias, uma avaliação da ressonância ética dirigida “não imediatamente aos ilícitos – que supõem já realizada a valoração legal –, mas às *condutas* que os integram”⁸⁷⁸. Propõe assim, à exacta semelhança do que antes havia defendido em sede geral de erro sobre a ilicitude, que a diferenciação entre o ilícito penal e o ilícito contra-ordenacional se faça através da “distinção entre *condutas* a que, antes e independentemente do desvalor da ilicitude, corresponde, e *condutas* a que não corresponde um 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 caso axiologicamente neutra. O que no direito de ordenação é axiologicamente neutral não é o ilícito, mas a conduta em si mesma, divorciada da proibição legal – sem prejuízo de, uma vez conexcionada com esta, ela passar a constituir

⁸⁷⁵ CORREIA, Eduardo, “Direito penal e direito de mera ordenação social”, p. 264 e ss.

⁸⁷⁶ ANDRADE, Costa, “Contributo para o conceito de contra-ordenação”, p. 110: “Não é, na verdade, fácil aceitar-se que qualquer violação do direito seja, sem mais, eticamente neutra: a elevação de uma conduta à dignidade de juridicamente imposta ou proibida confere à respectiva omissão ou prática uma irrecusável carga ética”.

⁸⁷⁷ DIAS, Figueiredo, “Para uma dogmática do direito penal secundário”, n.º 3716, p. 333, “O movimento da descriminalização e o ilícito de mera ordenação social”, p. 327, e “Vom Verwaltungsstrafrecht zum Nebenstrafrecht”, p. 90.

⁸⁷⁸ DIAS, Figueiredo, “Para uma dogmática do direito penal secundário”, n.º 3716, p. 334 (it. nosso).

substrato idóneo do desvalor ético-social”⁸⁷⁹. Tendo isto em conta, considera ainda Figueiredo Dias que o direito contra-ordenacional se encontra desligado de uma função de tutela de bens jurídicos, já que “condutas em si mesmo axiologicamente neutras não podem ofender bens jurídicos no entendimento que deles hoje fazemos (como entidades mistas de aspectos ônticos e axiológicos, que à comunidade jurídica se apresentam como valiosas), nem tão-pouco ser referenciadas a uma ordem axiológica constitucional”⁸⁸⁰. Uma ideia que persistiu no seu espírito pelo menos até meados da década de 1990, aí manifestando o entendimento de que o direito de mera ordenação social, “reportando-se a condutas axiologicamente neutras, que todavia o legislador entende proibir e sancionar com coimas, é substancialmente direito administrativo, não é direito penal; *não está pois sujeito a uma orientação por e para o bem jurídico*”⁸⁸¹.

Com esta posição, Figueiredo Dias dá continuidade a uma bem antiga linha de pensamento que se reconduz, de modo mais ou menos explícito, à dicotomia entre os *delicta in se* e os *delicta mere prohibita*⁸⁸², acabando também, como bem objecta Costa Andrade em relação a esta tendência, “por deslocar o problema para um plano pré-jurídico ou transjurídico”⁸⁸³. Aliás, os termos em que a solução é por si textualmente formulada soam familiares – na sua letra, que não, como é evidente, em todo o enquadramento dogmático, constitucional, filosófico e político-criminal que se situa em pano de fundo – à vista das palavras que quase um século antes eram em França usadas por Garraud, em síntese sobre o estado da questão contravencional, para contrapor delitos e contravenções: “o delito é um verdadeiro fenómeno social existente no seu estado natural; a contravenção é uma pura criação do legislador. A característica comum ao primeiro grupo é a circunstância de nele estarem em causa factos universalmente reprovados pelos membros de uma mesma sociedade em um dado momento da sua evolução. (...) A contravenção é um facto ao qual não se atribui senão uma importância

⁸⁷⁹ DIAS, Figueiredo, “Para uma dogmática do direito penal secundário”, n.º 3716, p. 334, “O movimento da descriminalização e o ilícito de mera ordenação social”, p. 328, e “Vom Verwaltungsstrafrecht zum Nebenstrafrecht”, p. 91 e s.

⁸⁸⁰ DIAS, Figueiredo, “O movimento da descriminalização e o ilícito de mera ordenação social”, p. 327 e s., e “Vom Verwaltungsstrafrecht zum Nebenstrafrecht”, p. 90 e s.

⁸⁸¹ DIAS, Figueiredo, “O Código Penal português de 1982 e a sua reforma”, p.171 (it. nosso).

⁸⁸² Filiação assumida por LANGE, *Das Rätsel Kriminalität*, p. 50 e ss., defensor de uma concepção muito próxima da de Figueiredo Dias, que reconhece existir um paralelismo de continuidade entre os crimes e as contra-ordenações e os *delicta per se* e os *delicta mere prohibita*.

⁸⁸³ ANDRADE, Costa, “Contributo para o conceito de contra-ordenação”, p. 112.

jurídica, não detendo relevo moral”⁸⁸⁴. Uma concepção que Garraud reconhecia inscrever-se na longa tradição jusnaturalista de distinção entre delitos naturais e delitos legais⁸⁸⁵.

2.2 Na discussão mais recente, a doutrina de Figueiredo Dias integra-se de corpo inteiro no amplo campo da teoria qualitativa fundada no critério diferenciador do desvalor ético-social⁸⁸⁶.

Ainda que com a assinalada *nuance* de que o critério se dirige à conduta e não ao ilícito propriamente dito, é clara a proximidade do seu pensamento ao do de Eduardo Correia, para quem a autonomia deveria radicar fundamentalmente no plano ético. Mas é com a teses de Lange e de Michels que a posição de Figueiredo Dias encontra uma maior afinidade⁸⁸⁷. Também estes assentavam a contraposição entre a matéria penal e a matéria contra-ordenacional na neutralidade ética do facto objecto de tutela contra-ordenacional – em contraste com o facto penal, em si mesmo portador de uma ressonância ética comunitariamente reconhecida – e concomitantemente na diferença do processo constitutivo de ilicitude penal e contra-ordenacional. A ilicitude criminal tem uma existência pré-jurídica, pelo que o comando legal não faz mais do que dar-lhe reconhecimento normativo. De modo diverso, a ilicitude contra-ordenacional não tem existência própria antes da intervenção legal, que se apresenta assim como uma autêntica força criadora de ilicitude⁸⁸⁸.

Esta última ordem de ideias, que já era sufragada por Figueiredo Dias no âmbito do erro sobre a ilicitude⁸⁸⁹, é depois por ele também adoptada para reforçar a sua tese qualitativa. Fá-lo não logo nos primeiros artigos a que nos vimos referindo⁸⁹⁰, mas em estudos posteriores, onde volta a assumir a proximidade com Lange e Michels.

⁸⁸⁴ GARRAUD, ²*Traité*, VI, p. 419. O próprio DIAS, Figueiredo, “Para uma dogmática do direito penal secundário”, n.º 3717, p. 364, n. 58, anota como interessante a familiaridade da sua opinião com aquela que, em termos próximos aos de Garraud, era expandida por Henriques da Silva, que nas contravenções descortinava “factos contrários à legalidade que *em si mesmos* são indiferente, sob o ponto de vista da ordem social e dos direitos particulares”.

⁸⁸⁵ GARRAUD, ²*Traité*, VI, p. 419.

⁸⁸⁶ Cf. supra, § 5.2 e § 9.2.

⁸⁸⁷ Cf. DIAS, Figueiredo, “Vom Verwaltungsstrafrecht zum Nebenstrafrecht”, p. 90.

⁸⁸⁸ LANGE, “Der Strafgesetzgeber und die Schuldlehre”, p. 75 e ss., e MICHELS, *Strafbare Handlung und Zuwiderhandlung*, p. 48 e ss. – cf. supra, § 5.2.

⁸⁸⁹ DIAS, Figueiredo, *O Problema da Consciência da Ilicitude*, § 20, II, p. 396 e ss.

⁸⁹⁰ DIAS, Figueiredo, “Para uma dogmática do direito penal secundário”, e “O movimento da descriminalização e o ilícito de mera ordenação social”.

Aí, revisitando o tema, começa por manifestar um parecer diferente em relação a um dos pontos cruciais da questão, referido ao *bem jurídico*. Se inicialmente entendia que à intervenção contra-ordenacional seria estranha uma função de tutela de bens jurídicos, justamente em virtude da falta de ressonância ética da conduta e porque nela o que está em causa é “advertir o cumprimento de deveres e obrigações que relevam apenas da preservação de uma certa «ordenação social»”⁸⁹¹, passa depois a “condenar a pretensão de distinguir o direito penal e o direito de mera ordenação social porque só o primeiro, não o segundo, protegeria *bens jurídicos*. Pode afirmar-se, pelo contrário, que *todo o ilícito ofende um «bem» juridicamente protegido*”⁸⁹². Bens jurídicos que, todavia, na sua óptica, não podem considerar-se *bens jurídico-penais*, dado que nem preexistem à proibição nem possuem uma referência à ordem axiológico-constitucional, sendo antes de tratar como bens jurídico-administrativos, só constituídos pela proibição e por força dela⁸⁹³. Daí que, com Lange, considere que “no direito de mera ordenação o bem jurídico é só *motivo* e não *conteúdo* do tipo, ou que a ilicitude é só *consequência* e não *causa* da proibição legal”⁸⁹⁴.

2.3 Desde a primeira hora, todavia, Figueiredo Dias advoga como critério complementar de distinção um princípio muito caro a Richard Lange, o de que a natureza criminal de determinadas infracções penais que têm por objecto matérias que constituem campo privilegiado de actuação contra-ordenacional é adquirida através de uma *mutação de uma considerável expressão quantitativa em uma nova qualidade*. Embora um e outro façam incidir este critério adicional naquela “zona cinzenta” onde

⁸⁹¹ DIAS, Figueiredo, “O movimento da descriminalização e o ilícito de mera ordenação social”, p. 335 (it. nosso).

⁸⁹² DIAS, Jorge de Figueiredo / ANDRADE, Manuel da Costa, *Direito Penal: Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime*, Coimbra, FDUC, 1996, p. 148, assumindo mesmo (nota 74) ser inexacta a posição oposta anteriormente adoptada a este propósito no seu “O movimento da descriminalização e o ilícito de mera ordenação social”, p. 328. Depois, de novo, DIAS, Figueiredo, “Do direito penal administrativo ao direito de mera ordenação social”, in: *Temas Básicos da Doutrina Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, p. 146 e s., e ²DP-PG, I, 6.º Cap., § 34 e 7.º Cap., § 11, retomando *O Problema da Consciência da Illicitude*, § 20, II, 1., p. 399, nota 19.

⁸⁹³ DIAS, Figueiredo, ²DP-PG, I, 6.º Cap., § 34.

⁸⁹⁴ DIAS, Figueiredo, ²DP-PG, I, 7.º Cap., § 11, que assim resgata para aqui uma sua antiga conclusão formulada no âmbito do erro sobre as proibições legais (cf. *O Problema da Consciência da Illicitude*, § 20, II, 1., p. 399, nota 20). Quanto a este específico ponto recorde-se (cf. supra, § 5.2) que segundo LANGE, *Das Rätsel Kriminalität*, p. 53, “a estrutura da contra-ordenação revela que ela não pressupõe a lesão de um concreto bem jurídico. Também as sanções de ordenação se dirigem em derradeira instância à protecção de bens jurídicos. Nelas, porém, e em contraste com o direito penal criminal, a lesão do bem jurídico não é erigida em *conteúdo* da norma legal, mas permanece em pano de fundo como mero *motivo* da sua previsão legal”.

parece haver uma indistinta sobreposição entre contra-ordenações e factos do direito penal secundário com o fito de a partir dele lograr ainda segregar uma separação material nesse domínio, sempre deve, no entanto, reconhecer-se que não há entre ambos uma total comunhão de pontos de vista. A clivagem situa-se não tanto porém no plano contra-ordenacional, mas mais na caracterização do direito penal secundário. Pois enquanto para Figueiredo Dias “se o direito penal secundário é, na sua essência e no seu âmbito, direito penal administrativo, ele não é direito de mera ordenação, é, sim, *verdadeiro direito penal*”⁸⁹⁵, já para Lange, ao que parece⁸⁹⁶, ele é composto por “delitos que embora façam parte da categoria global do direito penal criminal, na realidade são estruturalmente concebidos como contra-ordenações”⁸⁹⁷.

Na dita zona de fronteira, aceitando que perante uma mesma realidade possa haver uma opção oscilante entre o ilícito penal e o ilícito contra-ordenacional, entende Figueiredo Dias que “a tradução prática da distinção [material] constitui essencialmente uma questão discricionária para o legislador”⁸⁹⁸. Assim postas as coisas, não vê no entanto necessidade de deixar cair o critério qualitativo em prol de uma consideração eminentemente quantitativa. E isto porque, precisamente, quando o legislador escolhe a via criminal poderá estar ancorado numa especial intensidade objectiva ou subjectiva do facto que coenvolve uma transformação substancial da sua natureza. Deste modo, para Figueiredo Dias “é condição da relevância axiológica de uma conduta, em muitos casos, o facto de que ela não constitua uma autêntica «bagatela» do ponto de vista quantitativo, antes assuma um mínimo de gravidade – que tanto pode advir do seu efeito social como do seu modo de realização, da atitude interna do agente como da sua personalidade documentada no facto”⁸⁹⁹.

⁸⁹⁵ DIAS, Figueiredo, “Para uma dogmática do direito penal secundário”, n.º 3717, p. 365 e *passim*,

⁸⁹⁶ A ambiguidade da proposta de LANGE, “Der Strafgesetzgeber und die Schuldlehre”, p. 73 e ss., foi denunciada e asperamente criticada por WELZEL, “Der Verbotsirrtum im Nebenstrafrecht”, p. 240, que, colocando ênfase na frase transcrita em texto, considera realmente difícil descortinar aquilo que o próprio Lange entende quando se refere ao conceito de *Zuwiderhandlung*.

⁸⁹⁷ LANGE, “Der Strafgesetzgeber und die Schuldlehre”, p. 77, e KOHLRAUSCH / LANGE, ⁴³*Strafgesetzbuch*, p. 15. É esta igualmente, no essencial, a ideia de MICHELS, *Strafbare Handlung und Zuwiderhandlung*, p. 56 e ss., parecendo-nos residir aqui a razão pela qual DIAS, Figueiredo, “Vom Verwaltungsstrafrecht zum Nebenstrafrecht”, p. 90, refere que a sua posição só *em parte* vai ao encontro da deste A.

⁸⁹⁸ DIAS, Figueiredo, “Para uma dogmática do direito penal secundário”, n.º 3717, p. 364. Em sentido concordante, FARIA, Maria Paula Ribeiro de, *A Adequação Social da Conduta no Direito Penal ou o Valor dos Sentidos Sociais na Interpretação da Lei Penal*, Porto, Publicações Universidade Católica, 2005, p. 419 e s.

⁸⁹⁹ DIAS, Figueiredo, “Para uma dogmática do direito penal secundário”, n.º 3717, p. 365, que mais tarde apresenta como “exemplo claríssimo” desta sua ideia a regulamentação legal da condução em estado de embriaguez (arts. 145.º, l), e 146.º, j), do Código da Estrada, e 292.º do CP), que releva como contra-

Esta aberta defesa de uma diferenciação qualitativa entre direito penal e direito contra-ordenacional não foi de início acompanhada por uma semelhante tomada de posição em relação à localização sistemática do direito de mera ordenação social. Certo que se trataria de um ramo de direito distinto e autónomo do direito penal, que seria indubitavelmente “direito sancionatório de carácter punitivo (tal como o é, *v. g.*, o direito disciplinar)”⁹⁰⁰, mas permanecia ambíguo a que família jurídica, digamos assim, pertenceria, se à do direito penal em sentido amplo, se à do direito administrativo⁹⁰¹. Mais tarde porém, e apesar de todo um movimento legislativo de sentido exactamente oposto, Figueiredo Dias passa a qualificar o direito contra-ordenacional como direito administrativo⁹⁰², considerando inclusive, como em seu tempo já Eduardo Correia havia “reclamado”⁹⁰³, ser conveniente que “a Ciência Jurídico-Administrativa – e, porventura, a própria legislação administrativa – tome mais funda consciência de que o direito contra-ordenacional é direito administrativo, não é direito penal; e de que, por isso, é ao cultor do direito administrativo que pertence, em primeira linha, investigar os problemas do direito administrativo sancionatório que em toda esta matéria vão implicados”⁹⁰⁴.

3. A autonomia material que, nos termos expostos, Figueiredo Dias aponta ao direito contra-ordenacional deve na sua opinião projectar-se em três planos

ordenação dos 0,5 g/l até aos 1,2 g/l de taxa de álcool no sangue e passa a constituir crime a partir deste último valor, inclusive, pois “o que está presente é sim a consideração decisiva de que perante 1,2 g/l ou valor superior de álcool no sangue a conduta torna-se ético-socialmente relevante e passa a constituir substrato susceptível de a ele se ligar a respectiva criminalização, atento o salto «qualitativo» que naquele limite sofre a perigosidade social da conduta e a sua censurabilidade ética (nisto se cifrando a sua correspondência a uma prévia e mais ampla valoração), independentemente de qualquer juízo jurídico de ilicitude” (DIAS, Figueiredo, “Do direito penal administrativo ao direito de mera ordenação social”, p. 148 e s., e ²DP-PG, I, 7.º Cap., § 12). Contra, em perspectiva crítica especificamente dirigida a este exemplo que no essencial merece a nossa concordância, CARVALHO, Taipa de, ²DP-PG, § 236 e s., e MOUTINHO, Lobo, *Direito das Contra-Ordenações*, p. 55 e s.

⁹⁰⁰ DIAS, Figueiredo, “O movimento da descriminalização e o ilícito de mera ordenação social”, p. 329.

⁹⁰¹ Resultando embora absolutamente clara a separação marcada em relação ao direito penal, parecia, não obstante, haver alguma hesitação na sua imputação à área administrativa – cf., *v. g.*, DIAS, Figueiredo, “Para uma dogmática do direito penal secundário”, n.º 3716, p. 333: “No direito das contra-ordenações, diferentemente, estão em causa advertências sociais, sanções ordenativas ou coimas que, ainda quando possam igualmente dizer-se «administrativas», não constituem penas mas medidas sancionatórias de carácter não penal” (aspas baixas no original).

⁹⁰² DIAS, Jorge de Figueiredo, “Oportunidade e sentido da revisão do Código Penal português”, *in: Jornadas de Direito Criminal. Revisão do Código Penal*, Lisboa, CEJ, 1996, p. 31, nota 3.

⁹⁰³ CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal*, I, p. 24.

⁹⁰⁴ DIAS, Figueiredo, “Do direito penal administrativo ao direito de mera ordenação social”, p. 154, e na mesma conclusão ²DP-PG, I, 7.º Cap., § 4. Este repto não tem tido, porém, esse pretendido acolhimento da parte da doutrina administrativista, sendo notoriamente reduzida a atenção que desse lado tem sido prestada à questão contra-ordenacional, porventura sinal de que os administrativistas não vêem o direito de mera ordenação social como parte integrante do direito administrativo!

fundamentais, o dogmático, o sancionatório e o processual⁹⁰⁵. Vem sendo, aliás, em função e à luz de cada um deles que Figueiredo Dias tem avaliado, regra geral em sentido negativo, a evolução legislativa que o direito de mera ordenação social português tem sofrido desde a introdução do RGCO⁹⁰⁶. Pelo seu relevo para uma mais exacta compreensão da globalidade do pensamento de Figueiredo Dias acerca da natureza da contra-ordenação e do direito de mera ordenação social, impõe-se uma última menção às suas ideias sobre a culpa contra-ordenacional e a coima.

Para Figueiredo Dias, “pode e deve aqui falar-se de culpa”⁹⁰⁷. Mas, tal como já considerava Eduardo Correia e antes deste Eberhard Schmidt e antes deste ainda Erik Wolf⁹⁰⁸, afirma que “não se trata de uma culpa, como a jurídico-penal, baseada numa censura *ética*, dirigida à *pessoa* do agente e à sua atitude interna, mas apenas de uma imputação do facto à responsabilidade social do autor”⁹⁰⁹. Uma culpa diferente, portanto, mas de todo o modo *uma culpa* da qual não pode prescindir-se e que deve ser suficiente para afastar aqui os temores de uma pura responsabilidade objectiva, não estando portanto em causa “o princípio (...) segundo o qual a exigência de culpa constitui uma garantia em princípio válida para todo o direito sancionatório”⁹¹⁰. Apesar

⁹⁰⁵ DIAS, Figueiredo, “O movimento da descriminalização e o ilícito de mera ordenação social”, p. 329 e ss., e ²DP-PG, I, 7.º Cap., § 14 e ss.

⁹⁰⁶ Cf. em especial DIAS, Figueiredo, “Oportunidade e sentido da revisão do Código Penal português”, p. 31, e ²DP-PG, I, 7.º Cap., § 6, lamentando aquilo a que, sugestivamente, chama de contra-reforma ou contra-revolução contra-ordenacional, para caracterizar o processo em curso de aproximação do direito contra-ordenacional ao direito penal, que a seu ver faz reear “um regresso aos tempos passados do modelo (penal e processual penal) das contra-ordenações”.

⁹⁰⁷ DIAS, Figueiredo, “O movimento da descriminalização e o ilícito de mera ordenação social”, p. 331, que em abono desta conclusão invoca os arts. 9.º-1, 16.º-2, 18.º-1 e 22.º-1 da versão originária do RGCO.

⁹⁰⁸ Cf., de novo, numa perspectiva diacrónica, CORREIA, Eduardo, “Direito penal e direito de mera ordenação social”, pp. 267, 271 e 274 e s. (supra, § 9.2), SCHMIDT, Eberhard, “Probleme des Wirtschaftsstrafrechts”, col. 234 e s., e *Das Neue Westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht*, p. 51 e s. (supra, § 4.), e WOLF, “Die Stellung der Verwaltungsdelikte im Strafrechtssystem”, p. 585 e s. (supra, § 3.).

⁹⁰⁹ DIAS, Figueiredo, “O movimento da descriminalização e o ilícito de mera ordenação social”, p. 331, dizendo que pretende significar que do que se trata é “da adscrição social de uma responsabilidade que se reconhece exercer ainda uma função positiva e adjuvante das finalidades admonitórias da coima”. E por isso não divisa qualquer inconstitucionalidade no art. 1.º-2 da versão inicial do RGCO (“A lei determinará os casos em que uma contra-ordenação pode ser imputada independentemente do carácter censurável do facto”). Também PINTO, Frederico de Lacerda da Costa, “O ilícito de mera ordenação social e a erosão do princípio da subsidiariedade da intervenção penal”, *RPCC*, 1/1997, p. 20, nota 26, acompanhando Figueiredo Dias, afirma que o conceito de culpa deve “ser entendido no sector das contra-ordenações como um *princípio de imputação com finalidades preventivas*”.

⁹¹⁰ DIAS, Figueiredo, ²DP-PG, I, 7.º Cap., § 15, que assim dissipa dúvidas – a nosso ver, infundadas – que pudessem existir acerca da sua perspectiva sobre a necessidade de um juízo de culpa como pressuposto da responsabilidade contra-ordenacional. Esclarecimento que Figueiredo Dias se sentiu impelido a avançar em face da crítica que neste ponto lhe foi dirigida por COSTA, António Manuel de Almeida, “A propósito do novo Código do Trabalho: bem jurídico e pluralidade de infracções no âmbito das contra-ordenações relativas ao «trabalho suplementar». Subsídio para uma dogmática do direito de mera-ordenação-social-laboral”, in: Costa Andrade *et. al.* (org.), *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra,

de assim se pronunciar a favor da aplicabilidade do princípio da culpa ao direito contra-ordenacional, a verdade é que Figueiredo Dias acaba por deixá-lo à porta da Constituição, pois tem como seguro que se trata de um princípio constitucionalmente imposto, “mas só para o domínio do direito penal, não também para o direito das contra-ordenações”⁹¹¹.

Em consonância com o conceito de culpa contra-ordenacional acabado de traçar e novamente na linha de Eduardo Correia e dos seus precursores alemães, a *coima* é caracterizada por Figueiredo Dias como uma sanção exclusivamente patrimonial que significa um mal para o seu destinatário, mas que de forma alguma se liga à sua personalidade ética e à sua atitude interna, “antes serve como mera «admonição», como mandato ou especial advertência conducente à observância de certas proibições ou imposições legislativas”⁹¹². É por isso alheia a qualquer finalidade ético-retributiva de expiação de uma culpa ética, tal como está divorciada de qualquer propósito ressocializador, carecendo, em suma, como já entendia Eberhard Schmidt, do “«pathos ético» que à pena criminal sempre cabe”⁹¹³. Daí que, além do mais, não possa converter-se a coima não paga em prisão e nenhuma objecção haja à sua aplicação a pessoas colectivas.

4. Os traços fundamentais da tese sobre a autonomia material do direito de mera ordenação social e respectivas implicações dogmáticas, sancionatórias e processuais que Figueiredo Dias sustentou logo nos alvares dos anos de 1980 continuaram no seu essencial a ser por ele reiterados nas décadas que se seguiram⁹¹⁴, chegando até hoje e

Coimbra Editora, 2003, p. 1043, nota 10, com base na leitura de que Figueiredo Dias admitiria, ao menos em teoria, a consagração de responsabilidade contra-ordenacional independente de culpa.

⁹¹¹ DIAS, Figueiredo, “O movimento da descriminalização e o ilícito de mera ordenação social”, p. 331.

⁹¹² DIAS, Figueiredo, “O movimento da descriminalização e o ilícito de mera ordenação social”, p. 333.

⁹¹³ DIAS, Figueiredo, “O movimento da descriminalização e o ilícito de mera ordenação social”, p. 333, apesar de a imputação deste *pathos* à pena estar inextricavelmente ligada a uma concepção ético-retributiva da pena – cf., por todos, a este exacto propósito, SCHMIDT, Eberhard, “Probleme des Wirtschaftsstrafrechts”, col. 235, e *Das Neue Westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht*, p. 46, e CORREIA, Eduardo, “Direito penal e direito de mera ordenação social”, p. 280 – que já na altura era repudiada por DIAS, Figueiredo, “Os novos rumos da política criminal”, p. 24 e ss., em favor de uma visão preventiva dos fins da pena criminal. Mais recentemente, ressalva DIAS, Figueiredo, *²DP-PG, I, 7.º Cap.*, § 16, que este apelo ao *pathos* ético da sanção criminal é feito “sem prejuízo da concepção puramente preventiva das suas finalidades”.

⁹¹⁴ Cf., em tempos mais chegados, DIAS, Figueiredo, *²DP-PG, I, 7.º Cap.*, § 9 e ss., *Acordos sobre a Sentença em Processo Penal. O “Fim” do Estado de Direito ou um Novo “Princípio”?*, Porto, Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, 2011, p. 103 e ss., e ainda DIAS, Jorge de Figueiredo / ANDRADE, Manuel da Costa, “Poderes de supervisão, direito ao silêncio e provas proibidas (Parecer)”,

assim marcando e influenciando toda a discussão doutrinal e jurisprudencial que desde aí teve lugar. Como notámos, uma larga e decisiva parte da construção de Figueiredo Dias vai ao encontro das teses de Eduardo Correia, mas tem sido sobretudo ao pensamento do primeiro que se referem os autores e tribunais quando se debruçam sobre o problema. O modelo de Figueiredo Dias – e assim, mediatemente, na linha do que acabámos de afirmar, de Eduardo Correia – recebeu um amplo acolhimento desde logo na dogmática portuguesa, formando aquela que pode bem considerar-se a doutrina maioritária⁹¹⁵.

Uma das primeiras seguidoras das ideias de fundo de Figueiredo Dias foi Teresa Beleza, que começou por ver o direito de mera ordenação social como um “direito que é mais administrativo do que penal”⁹¹⁶, que, quando comparado com este último, se dirige a “um tipo de actuação muito menos grave, muito menos susceptível de censura social, em relação à qual não valha a pena pagar o custo social da estigmatização da pessoa em causa”⁹¹⁷. Embora este discurso pudesse sugerir que para Teresa Beleza a distinção entre crimes e contra-ordenações seria mais de grau do que de substância, a Autora parece, no entanto, rever-se no critério distintivo de natureza ética proposto por Figueiredo Dias. Dando conta do revigoração das ideias associadas ao carácter ético-social do comportamento proibido e a uma legitimação da intervenção penal através do princípio do mínimo ético, Teresa Beleza remete para o campo contra-ordenacional aquele tipo de acções que não têm “socialmente essa conotação de violação de princípios fundamentais, ou de censura, em relação à pessoa que os pratica”⁹¹⁸. Isso o

in: Jorge de Figueiredo Dias *et al.*, *Supervisão, Direito ao Silêncio e Legalidade da Prova*, Coimbra, Almedina, 2009, p. 23 e s.

⁹¹⁵ Na direcção de uma diferença qualitativa entre crimes e contra-ordenações, além dos Autores que se seguem em texto, cf. ainda SOUSA, João Castro e, *A Tramitação do Processo Penal*, p. 36, nota 18, MONTEIRO, Cristina Líbano, “O consumo de drogas na política e na técnica legislativas: comentário à Lei n.º 30/2000”, *RPCC*, 1/2001, p. 82 e ss., sem contudo esclarecer a razão pela qual entende que a contra-ordenação “é um *aliud* e não apenas um *minus*” em relação ao crime (cf., todavia, p. 98, nota 23, onde parece aproximar-se da posição de Figueiredo Dias), ALBUQUERQUE, Pinto de, *RGCO*, Art. 1.º, n.º m. 4, ANDRADE, João da Costa, “O erro sobre a proibição e a problemática da legitimação em direito penal”, in: Faria Costa (coord.), *Temas de Direito Penal Económico*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 17 e ss.; e ao que parece, MENDES, Oliveira / CABRAL, Santos, *RGCO*, p. 26 e s.

⁹¹⁶ BELEZA, Teresa, *2 Direito Penal*, p. 139 e s., considerando, contudo, ser “duvidoso caracterizar este direito de mera ordenação social, tal como está neste diploma [o RGCO], como direito totalmente estranho ao direito criminal. Mesmo que não seja direito criminal, no sentido clássico e tradicional do termo, pode dizer-se que as razões que levam a submeter o direito criminal a especiais rigores a nível constitucional também se põem em relação à matéria regulada neste diploma”.

⁹¹⁷ BELEZA, Teresa, *2 Direito Penal*, p. 136 e s., concluindo que assim se caminha para uma purificação do direito penal traduzida na expurgação “daqueles actos menos graves, menos importantes, que tradicionalmente eram chamados as *bagatelas penais*”.

⁹¹⁸ BELEZA, Teresa, *2 Direito Penal*, p. 133.

que, todavia, não obsta a que possa aceitar-se que o direito de mera ordenação social esteja ainda também vinculado a uma função de tutela de bens jurídicos. Não daqueles bens jurídicos fundamentais sob a forma de uma sua protecção directa, é certo, mas funcionando “através da punição, ou da repressão, de actos que só de uma maneira mediata, indirecta, longínqua, têm aqui que ver com essa mesma protecção”⁹¹⁹.

Também Maria João Antunes, num estudo dedicado à problemática do concurso de contra-ordenações e da controvertida questão de saber se é legítimo admitir-se a figura da contra-ordenação continuada, aceita a característica da neutralidade ética das *condutas* contra-ordenacionais⁹²⁰ e entende que o direito de mera ordenação social “apenas contempla interesses de carácter funcional ou organizatório”, donde “nunca poderá incidir sobre valores pessoais, cuja sede exclusiva se situa na esfera do direito criminal”⁹²¹.

Germano Marques da Silva, apesar das profundas reservas que começou por dirigir ao movimento que conduziu à instituição do direito de mera ordenação social⁹²², acabou mais tarde por “abraçar a causa” contra-ordenacional, inclusivamente quando assumiu a direcção de trabalhos de reforma legislativa (v. g., do Código da Estrada⁹²³ e

⁹¹⁹ BELEZA, Teresa, ²*Direito Penal*, p. 131, assim como que sobrepondo totalmente o objecto das contra-ordenações ao das antigas contravenções, numa plena identificação que se nos afigura mais do que discutível – cf. só CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal*, I, p. 20 e ss.

⁹²⁰ ANTUNES, Maria João, “Concurso de contra-ordenações. Anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 30 de Janeiro de 1991”, *RPCC*, 3/1991, p. 467, que apela ainda ao conceito de culpa sustentado por DIAS, Figueiredo, “O movimento da descriminalização e o ilícito de mera ordenação social”, p. 331, para defender a existência da figura da contra-ordenação continuada, que, na sua óptica, “mais do que não contrariar o espírito do Decreto-Lei n.º 433/82, é imposta por este diploma como corolário lógico da consagração do princípio da culpa (cf. os artigos 1.º, 8.º e segs., 17.º e segs. daquele diploma). Decididamente contra esta conclusão, COSTA, Faria, “Crimes e contra-ordenações”, p. 9 e ss.

⁹²¹ ANTUNES, Maria João, “Concurso de contra-ordenações”, p. 468.

⁹²² SILVA, Germano Marques da, “Contravenção”, col. 1282 e s., chegou mesmo a afirmar que o “movimento, mesmo de ordem legal, no sentido de descriminalizar as C. [contravenções], degradando-as em ilícito administrativo ou policial (...) pode conduzir ao absolutismo do Poder, pondo em perigo direitos fundamentais do homem”. Perante esta perspectiva tremendista, não deixa de suscitar perplexidade a crítica feroz que SILVA, Germano Marques da, *DP-PG*, I, 1997, p. 141 e s., nem uma década e meia depois passou a dirigir à tendência legislativa de aproximação do direito contra-ordenacional ao direito penal sobretudo na vertente processual, considerando que o regime vigente em matéria de contra-ordenações, *sc.*, o regime conformado pela revisão de 1995 do RGCO, “é inadequado, por excessivamente garantístico”. Referindo-se também a este *tourant* de Germano Marques da Silva, MACHADO, Miguel Pedrosa, “Contravenção e contra-ordenação”, p. 48.

⁹²³ SILVA, Germano Marques da, *Código da Estrada*, p. 5 e ss., que esclarece que a substituição em 1994 do Código da Estrada por um novo Código se ficou em especial a dever à necessidade de incorporar o direito contra-ordenacional no direito rodoviário, sendo aquele “considerado o mais adequado no domínio das infracções de trânsito”. Uma opção que, não obstante, segundo pensa, “foi e continua a ser a mais controversa, não obstante os esforços que as autoridades competentes têm vindo a fazer para assegurar aos infractores as mais amplas garantias de defesa”.

do RGIT⁹²⁴), e acompanha agora “Figueiredo Dias no critério que propõe para a distinção do ilícito de mera ordenação social relativamente ao ilícito criminal – o da relevância ou irrelevância ética das condutas – critério material, qualitativo, e não apenas formal”⁹²⁵.

O pensamento de Figueiredo Dias é seguido muito de perto também por Susana Aires de Sousa⁹²⁶, que adere ao critério da neutralidade ética da conduta para identificação do ilícito contra-ordenacional, aceita o princípio de que “tanto as contra-ordenações como os crimes servem a protecção de bens jurídicos”⁹²⁷ e aplica o critério complementar da conversão da quantidade em diferente qualidade ao plano fiscal, encontrando aí uma razão adicional pela qual a partir de certo valor, que torna “a conduta ético-socialmente relevante, capaz de constituir o substrato material da incriminação”⁹²⁸, certas condutas defraudatórias dos interesses fiscais são qualificadas como crime (v. g., de fraude fiscal, art. 103.º do RGIT) e outras só como contra-ordenação (cf. arts. 118.º e 119.º do RGIT).

§ 14.2 A concepção de Faria Costa

A par de Figueiredo Dias, a fundamentação de uma contraposição qualitativa entre os domínios penal e contra-ordenacional na base de um critério ético encontra também de há muito em Faria Costa um dos seus mais estrénuos defensores na doutrina nacional⁹²⁹.

Numa fase inicial, Faria Costa parece aproximar-se da linha de fundamentação preconizada por Figueiredo Dias, traçando a fronteira entre o direito de mera ordenação social e o direito penal secundário directa e essencialmente através da ideia da neutralidade ética da conduta⁹³⁰. Não muito depois, todavia, na sua dissertação *O Perigo em Direito Penal*, passa a integrar a distinção, ainda e sempre de matriz ético-social, na *relação onto-antropológico do cuidado-de-perigo*, que concebe como razão de ser e

⁹²⁴ Cf. SILVA, Germano Marques da, “Notas sobre o regime geral das infracções tributárias (Aprovado pela Lei n.º 15/2011, de 5 de Junho)”, *Direito e Justiça*, XV, 2001, p. 59 e ss.

⁹²⁵ SILVA, Germano Marques da, *DP-PG, I*, p. 141.

⁹²⁶ SOUSA, Susana Aires de, *Os Crimes Fiscais. Análise Dogmática e Reflexão sobre a Legitimidade do Discurso Criminalizador*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, p. 263 e ss.

⁹²⁷ SOUSA, Susana Aires de, *Os Crimes Fiscais*, p. 265.

⁹²⁸ SOUSA, Susana Aires de, *Os Crimes Fiscais*, p. 265.

⁹²⁹ Pela primeira vez, COSTA, Faria, “Breves reflexões sobre o Decreto-Lei n.º 207-B/75 e o direito penal económico”, p. 35 e ss., e por último ³*Fragmenta*, Cap. 2, § 20 e ss.

⁹³⁰ COSTA, Faria, “Les problèmes juridiques...”, pp. 153 e s. e 171 e ss.

fundamento do direito penal⁹³¹, configurando-o, o cuidado-de-perigo, como “constituens do critério de diferenciação qualitativa entre o ilícito penal e o ilícito de mera ordenação social”⁹³². É através de uma imbricação das ideias de dignidade penal e de relação onto-antropológica que Faria Costa traça as linhas de força daquela que julga dever ser a demarcação dos territórios penal e contra-ordenacional.

Concordando com Rogall⁹³³, sustenta Faria Costa que “os crimes se devem distinguir das contra-ordenações, por meio de um ponto de vista qualitativo e que o critério delimitador se pode e deve ir buscar às categorias da «dignidade penal» e da «necessidade da pena»”⁹³⁴. Desta forma, a dignidade penal, ligada à função de tutela de bens jurídicos⁹³⁵ e fundada, além do mais, no princípio do *mínimo ético*⁹³⁶, é erigida a “pedra angular” da distinção a que nos vimos reportando⁹³⁷. E assim, se “o direito penal cumpre directamente uma função de garantia ou tutelar de valores jurídicos de relevância ético-social”⁹³⁸, que correspondem ao “património mínimo ético-social que permite que nos assumamos como comunidade de homens e mulheres historicamente situada”⁹³⁹, o mesmo não se poderá já dizer do direito de mera ordenação social, ao qual corresponde um “ilícito que não tem dignidade penal e corresponde a um *quid* diferente”⁹⁴⁰.

⁹³¹ COSTA, Faria, *O Perigo em Direito Penal, passim*, e em síntese “Ilícito-típico, resultado e hermenêutica (ou o retorno à limpidez do essencial)”, *RPCC*, 1/2002, p. 7 e ss.

⁹³² COSTA, Faria, *O Perigo em Direito Penal*, p. 655, e desenvolvidamente, pp. 361 e ss. e 447 e ss. Declarando-se próximo desta elaboração D’AVILA, Fabio, “Direito penal e direito sancionador”, p. 21 e ss., que todavia, mesmo comungando do ponto de partida da dignidade penal imbricada com a relação onto-antropológica do cuidado-de-perigo, acaba por encaminhar-se para um quadro de conclusões bem mais próximo do da chamada teoria mista qualitativa-quantitativa do que da tese de Faria Costa (cf. p. 34 e s.).

⁹³³ Sobre este ponto, em data mais recente, ³KK-ROGALL, antes do § 1, n.º m. 2.

⁹³⁴ COSTA, Faria, *O Perigo em Direito Penal*, p. 469. Para uma compreensão destas categorias no pensamento de Faria Costa, cf. agora ³*Fragmenta*, Cap. 7, § 7 e ss.

⁹³⁵ Com efeito, segundo COSTA, Faria, “Ilícito-típico, resultado e hermenêutica”, p. 14, nota 16, um bem jurídico-penal é um “pedaço da realidade, olhado sempre como relação comunicacional, com densidade axiológica a que a ordem jurídico-penal atribui dignidade penal”.

⁹³⁶ Tal como Eduardo Correia, também COSTA, Faria, *O Perigo em Direito Penal*, p. 317 e s., nota 80, propõe um “*zurück zu Jellinek*”, assim sustentando que “a autonomia do direito penal consolida-se com a determinação de um radical ético-social cujo lugar está ontologicamente inscrito na comunidade, no modo-de-ser social das comunidades jurídicas que necessariamente experienciam o justo” e que todos os dados se conjugam no sentido de que “o direito penal tenda a coincidir com o mínimo ético”.

⁹³⁷ COSTA, Faria, *O Perigo em Direito Penal*, p. 465.

⁹³⁸ COSTA, Faria, *O Perigo em Direito Penal*, p. 318, nota 80.

⁹³⁹ COSTA, José de Faria, “Uma ponte entre o direito penal e a filosofia penal: lugar de encontro sobre o sentido da pena”, in: *Linhas de Direito Penal e de Filosofia. Alguns Cruzamentos Reflexivos*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 223, nota 43.

⁹⁴⁰ COSTA, Faria, *O Perigo em Direito Penal*, p. 462.

Em ordem a lograr uma mais exacta delimitação destas duas esferas, propõe Faria Costa que a categoria da dignidade penal seja (também) aqui penetrada pela ideia de relação onto-antropológica. Por esta via identifica “dentro do grande multiversum que constitui todo o *direito penal*”⁹⁴¹ dois grandes *pólos agregadores* que geram duas áreas normativas substancialmente distintas entre si. Ambos os pólos estão ligados e colhem a sua legitimidade naquela relação onto-antropológica do cuidado-de-perigo, que todavia se actualiza em cada um deles de formas distintas, designadamente, em função do papel que o Estado joga na institucionalização dos deveres referidos ao cuidado-de-perigo, ora como seu mero mediador, ora como seu verdadeiro criador.

Entende Faria Costa que no campo penal o cuidado-de-perigo se exprime através de “relações normativas de primeiro grau ou intensidade (a relação de cuidado para com a vida; para com a integridade física; para com o património; para com as condições da sua própria existência e razão de ser – o Estado), portanto, relações geradores de um direito penal de raízes éticas”⁹⁴². E de primeiro grau, porque a intencionalidade que lhes é imanente promana da própria matriz comunitária, limitando-se o Estado, enquanto detentor do *ius puniendi*, a mediatizá-la. Destarte, sendo imanente a esta regulação destinada à tutela do cuidado-de-perigo uma intencionalidade que radica na própria sociedade, não sendo de todo um exclusivo produto da vontade estadual, é ela a que, pela sua dimensão ético-social e assim também pela sua dignidade penal, poderá reclamar para si o estatuto penal propriamente dito.

Sucedem que, na visão de Faria Costa, a relação de cuidado-de-perigo não se traduz para o Estado apenas em uma injunção de mediatizar aquelas refrações de cuidado que dimanam directamente do corpo social, mas vai mais longe e implica o cumprimento da “intencionalidade de cuidar da promoção e propulsão dos bens jurídicos, criando uma rede de cuidados «construídos»”⁹⁴³. Ao chamar a si esta função promocional de bens jurídicos, o Estado lança “uma rede complexa, plural e dinâmica de relações de cuidado, ligadas essencialmente a uma ideia ordenacional das coisas e da sua composição, de modo a que os cidadãos beneficiem (...) da dinâmica que incumbe ao Estado potenciar através da administração”⁹⁴⁴.

⁹⁴¹ COSTA, Faria, *O Perigo em Direito Penal*, p. 465. Se bem compreendemos, o A. está aqui a referir-se ao direito penal em sentido amplo, como território que abrange todas as áreas da ciência global do direito penal (*Gesamtstrafrechtswissenschaft*), incluindo o direito de mera ordenação social.

⁹⁴² COSTA, Faria, *O Perigo em Direito Penal*, p. 466.

⁹⁴³ COSTA, Faria, *O Perigo em Direito Penal*, p. 467.

⁹⁴⁴ COSTA, Faria, *O Perigo em Direito Penal*, p. 465.

Esta é, porém, uma rede de cuidados em que se manifestam “relações de segundo grau ou intensidade (a relação de cuidado para com o correcto funcionamento do tráfego rodoviário, aéreo ou marítimo; para com a correcta e adequada construção urbana; para com a defesa e manutenção da transparência e fluidez dos circuitos económicos, etc.)”⁹⁴⁵, sendo, nessa medida, conformadoras de um novo e diferente pólo agregador de normatividade. Exprime-se aqui, considera Faria Costa, uma intencionalidade que radica no próprio Estado, que não se limita a desvelar uma intencionalidade que repousa na comunidade, antes a assume e projecta na convivência social como um produto de sua própria criação, com vista à ordenação social. Trata-se aqui, é bom de ver, do *direito de mera ordenação social*, que assenta em uma teia de relações de cuidado-de-perigo construídas de forma reflexa e por isso, não comungando da relevância ético-social e da dignidade penal que são inerentes ao ilícito penal, detém uma natureza materialmente diferenciada da criminal.

Em directa e congruente relação com a tese vinda de expor, finalidade do direito contra-ordenacional não é – continua agora Faria Costa a sustentar – a protecção de bens jurídico-penais, mas a “ordenação e promoção de ordenação de condutas benéficas ao desenvolvimento da complexa ou hipercomplexa teia relacional que caracteriza a sociedade dos nossos dias”⁹⁴⁶. Seguro é que o direito de mera ordenação social “não tem, por conseguinte, qualquer finalidade de promoção específica, *directa e imediata*, de bens jurídico-penais pessoais ou mesmo supra-individuais de radical pessoal”⁹⁴⁷. E hesita até em reconhecer que aquela finalidade de ordenação e de promoção de ordenação possa corresponder a uma função de protecção de bens jurídicos, isto é, bens jurídicos não penais, restando mesmo saber, “se a resposta for afirmativa, se eles não terão sempre um carácter tendencialmente supra-individual e ainda mais rarefeito do que aquele que, por regra, acompanha os tradicionais bens jurídico-penais supra-individuais”⁹⁴⁸.

Uma característica particular do direito das contra-ordenações que o diferencia do direito penal, em decorrência desta adscrição ao primeiro de uma finalidade de

⁹⁴⁵ COSTA, Faria, *O Perigo em Direito Penal*, p. 466.

⁹⁴⁶ COSTA, Faria, ³*Fragmenta*, Cap. 2, § 45, em formulação já usada em “Crimes e contra-ordenações”, p. 10: “a contra-ordenação tem uma *finalidade de ordenação ou de potenciação de ordenação* do tecido social-normativo” (it. nosso).

⁹⁴⁷ COSTA, Faria, ³*Fragmenta*, Cap. 2, § 31.

⁹⁴⁸ COSTA, Faria, ³*Fragmenta*, Cap. 2, § 37, admitindo como hipótese, por exemplo, que o bem jurídico associado à proibição de excesso de velocidade no domínio rodoviário seja o de “evitar a prática de acidentes”.

ordenação ou de promoção de ordenação de condutas socialmente úteis, reside na tendencial ausência de conflitualidade inerente à criação e vigência das infracções contra-ordenacionais. Se elas são imunes a qualquer forma de ressonância ética, será de admitir, julga Faria Costa, que poderão “reivindicar para si o grau mínimo ou mesmo o grau zero de conflitualidade”, em claro contraste com as infracções penais, que, apesar de não prescindirem de patamares mínimos de consensualidade, são em regra portadoras de uma matriz conflitual⁹⁴⁹.

À semelhança de Eduardo Correia e de Eberhard Schmidt, de acordo com Faria Costa a neutralidade ética da contra-ordenação encontra ainda paralelo na neutralidade axiológica da própria sanção contra-ordenacional⁹⁵⁰, cuja censura se manifesta em uma mera reprovação social sem qualquer lastro ético-jurídico⁹⁵¹. O que, por seu turno, tem correspondência em um esvaziamento do conceito de culpa contra-ordenacional. Tanto assim que, nas próprias palavras de Faria Costa, “o juízo de censura que se faz ao agente nas contra-ordenações não é sustentado, nem sequer como limite, na ideia de culpa”⁹⁵². Mesmo admitindo que o RGCO “quer que o princípio da culpa cubra totalmente o direito contra-ordenacional”⁹⁵³, no seu modo de ver a culpa de que aqui se trata é inteiramente desprovida de carácter ético, não constituindo mais do que uma certa forma de repreensão social, que por si só não é, à partida, incompatível com específicas imputações consubstanciadoras de uma responsabilização objectiva⁹⁵⁴.

Parece-nos que, apesar da profunda diversidade de pontos de partida quanto à fundamentação da legitimidade e da discursividade penal, *neste específico domínio* da distinção entre crimes e contra-ordenações, quando reduzidas à sua essência, as posições de Faria Costa e de Figueiredo Dias estão bem mais próximas uma da outra do

⁹⁴⁹ COSTA, Faria, ³*Fragmenta*, Cap. 2, § 45.

⁹⁵⁰ COSTA, Faria, ³*Fragmenta*, Cap. 2, § 29.

⁹⁵¹ COSTA, Faria, “Les problèmes juridiques...”, p. 158.

⁹⁵² COSTA, Faria, “Crimes e contra-ordenações”, p. 10, que, assim, também com base nesta premissa, arreda do âmbito das contra-ordenações a figura da infracção continuada, considerando não lhe ser aplicável o disposto no art. 30.º-2 do CP.

⁹⁵³ COSTA, Faria, *O Perigo em Direito Penal*, p. 463, nota 232.

⁹⁵⁴ COSTA, Faria, “Les problèmes juridiques...”, p. 158, e depois, mais de espaço, *O Perigo em Direito Penal*, p. 447 e ss. As reflexões e conclusões de Faria Costa eram motivadas e centravam-se na compreensão do art. 1.º-2 do RGCO. A revogação deste preceito pelo Decreto-Lei n.º 244/95 não as fez, todavia, perder actualidade, uma vez que tais considerações partiam de uma perspectiva geral a montante dessa norma, com vista a desvelar a essência da contra-ordenação, para assim, só depois, confirmar a sua bondade e conformidade constitucional e não em sentido contrário. Por isso se compreende que, como acabou de se ver em texto, mesmo depois daquele Decreto-Lei n.º 244/95, COSTA, Faria, “Crimes e contra-ordenações”, *cit.*, 2001, p. 10, tenha continuado a pronunciar-se contra uma ligação da ideia de culpa ao conceito de contra-ordenação.

que aquilo que poderia supor-se em um primeiro relance⁹⁵⁵. Em ambos é patente a importância decisiva da *relevância ética da conduta* objecto de proibição para a sua integração no direito penal ou no direito contra-ordenacional. Além disso, os pólos agregadores de diferentes intencionalidades que Faria Costa convoca para consolidar a separação de águas entre estes dois domínios sancionatórios são expressão de uma racionalidade que na sua substância se identifica com a tradicional contraposição entre *delicta in se* e *delicta mere prohibita*. Naqueles está em causa uma intencionalidade de primeiro grau, porque o Estado não faz mais do que desvelar um sentido da normatividade que já radica na comunidade; ao passo que nestes últimos nos confrontamos com uma intencionalidade de segundo grau, uma vez que é o Estado que, *ex novo*, cria a normatividade e a impõe à comunidade, para bem desta. Trata-se, enfim, de uma racionalidade que no essencial vai ao encontro da ideia de que no direito de mera ordenação social “a ilicitude é só *consequência* e não *causa* da proibição legal”⁹⁵⁶. E todavia – ao contrário de Figueiredo Dias e, mesmo antes, de Eduardo Correia; mas em consonância com a doutrina alemã maioritária – para Faria Costa o espaço do direito contra-ordenacional é ainda o do direito penal, mais precisamente o da “ordem jurídico-penal concebida como «ciência do direito penal total»”⁹⁵⁷, e não o do direito administrativo. A natureza profundamente diversa e as radicais diferenças de regime que faz interceder entre as esferas penal e contra-ordenacional⁹⁵⁸, não fazem Faria Costa perder de vista o carácter eminentemente sancionatório do direito de mera ordenação social, o que o conduz à conclusão de que, apesar de tudo, faz ele ainda parte dos domínios do direito penal em sentido amplo⁹⁵⁹.

⁹⁵⁵ Uma interessante exemplificação desta conclusão é a posição a este propósito tomada por ANDRADE, João da Costa, “O erro sobre a proibição e a problemática da legitimação em direito penal”, p. 19 e ss., toda ela nutrida de influxos de convergente sentido recebidos do pensamento de Figueiredo Dias e de Faria Costa.

⁹⁵⁶ DIAS, Figueiredo, ²*DP-PG, I, 7.º Cap.*, § 11.

⁹⁵⁷ COSTA, Faria, ³*Fragmenta*, Cap. 2, § 43.

⁹⁵⁸ Estamos a pensar sobretudo na admissão, posto que pontual e legalmente prevista, de formas de responsabilização contra-ordenacional objectiva e ainda na aceitação de que, em circunstâncias muito precisas rodeadas de especiais precauções, possa haver lugar no direito de mera ordenação social para uma interpretação por analogia em ordem à fundamentação da responsabilidade – cf., respectivamente, COSTA, Faria, “Les problêmes juridiques...”, p. 156 e 154, onde sustenta aquelas teses, que se nos afiguram insufragáveis.

⁹⁵⁹ Logo nesta direcção COSTA, Faria, “Breves reflexões sobre o Decreto-Lei n.º 207-B/75 e o direito penal económico”, p. 40, e ainda agora “Crimes e contra-ordenações”, p. 4, e ³*Fragmenta*, Cap. 2, §§ 7 e 43.

§ 14.3 A posição do Tribunal Constitucional português

1. Uma contraposição qualitativa entre os domínios penal e contra-ordenacional baseada num critério ético-social é aquela que desde sempre vem sendo também sufragada pelo nosso Tribunal Constitucional.

É às concepções de Eduardo Correia e sobretudo de Figueiredo Dias que o Tribunal recorrentemente apela para concluir pela existência de uma diferenciação material entre os ilícitos e as sanções penais e contra-ordenacionais⁹⁶⁰, daí extraindo consequências decisivas para as suas tomadas de posição sobre um sem-número de questões substantivas e adjectivas de constitucionalidade ligadas ao direito das contra-ordenações.

Uma análise da jurisprudência constitucional das últimas três décadas revela uma enorme constância do Tribunal em torno desta específica, mas crucial, questão. Em linha directa com aquela que havia já sido a posição de fundo da Comissão Constitucional⁹⁶¹, o Tribunal Constitucional acolheu-se na tese da diferença qualitativa fundada num critério ético logo que pela primeira vez foi chamado a pronunciar-se sobre problemas constitucionais no âmbito contra-ordenacional. Embora com pontuais, mas sempre passageiras cedências a pontos de vista de aproximação entre ambas as esferas sancionatórias⁹⁶², o Tribunal tem-se mantido fiel às ideias de fundo de que o direito penal e o direito de mera ordenação social são ramos de direito sancionatório perfeitamente autónomos, que os seus ilícitos se distinguem em função da sua relevância ético-social e que as sanções em cada um deles aplicáveis também se diferenciam em virtude da mácula ética necessariamente associada à repressão penal, mas ausente da reacção contra-ordenacional. A tendência dos últimos anos tem sido mesmo a de manter e por vezes até de reforçar um discurso que procura vincar aquelas diferenças, em contracorrente com o percurso de convergência manifestado pela prática legislativa.

Este recrudescimento da tónica da autonomia material ou qualitativa, claramente perceptível na jurisprudência constitucional mais recente, tem implicado, por seu turno, uma inconstância na definição dos princípios constitucionais aplicáveis ao direito contra-ordenacional e respectivo conteúdo. E isto mesmo em relação a princípios

⁹⁶⁰ Visão perfilhada também por MOUTINHO, Lobo, *Direito das Contra-Ordenações*, p. 50, nota 2.

⁹⁶¹ Parecer n.º 4/81, e Ac. n.º 164, de 10-07-1979 (*BMJ*, n.º 291, 1979, p. 322 e s.)

⁹⁶² V. g., o Ac. do TC n.º 244/99, analisado infra mais de espaço.

fundamentais, como os da culpa e da legalidade. Princípios que pela sua importância deveriam já há muito contar com uma opinião estabilizada do Tribunal, mas em relação aos quais vem variando a posição não só sobre a sua aplicabilidade ao direito de mera ordenação social, como também sobre os preceitos constitucionais em que se baseiam.

2. Entre os primeiros casos contra-ordenacionais com que o Tribunal Constitucional se confrontou foram logo postas em jogo duas magnas questões para o futuro do sistema do direito de mera ordenação social, uma relativa à competência legislativa do Governo para a conversão de contravenções em contra-ordenações⁹⁶³ e a outra à competência das autoridades administrativas para o processamento contra-ordenacional⁹⁶⁴. Em ambos os casos a conformidade constitucional das soluções legais foi abalizada pelo Tribunal Constitucional com recurso ao argumento de fundo de que há uma linha de sentido ético-social que separa substancialmente o direito contra-ordenacional do direito penal e autoriza a que nele sejam adoptadas soluções legais profundamente distintas das deste.

O primeiro assomo desta tendência apareceu no Ac. n.º 56/84, no qual o Tribunal Constitucional, fazendo sua uma posição vertida no preâmbulo do então recente RGCO, postulou que a distinção entre crime e contra-ordenação “não esquece que aquelas duas categorias de ilícito tendem a extremar-se, quer pela natureza dos respectivos bens jurídicos, quer pela desigual ressonância ética”⁹⁶⁵. Esta característica matricial do relevo ético voltou a aflorar em uma matéria que o Tribunal entendeu estranha ao direito contra-ordenacional, mas que com ele vive paredes-meias, a da medida de restrição do uso de cheque bancário⁹⁶⁶. Considerou-se neste contexto, sem

⁹⁶³ Ac. do TC n.º 56/84.

⁹⁶⁴ Ac. do TC n.º 158/92.

⁹⁶⁵ Esta posição inscreve-se na controvertida questão sobre a competência do Governo para a tipificação de contravenções, coadjuvando a conclusão de que essa competência deveria ser reconhecida nos casos em que nelas não fosse cominada pena privativa da liberdade (ia já neste sentido a tese que acabou por prevalecer na Comissão Constitucional – cf., por outros, desenvolvidamente, o Parecer n.º 4/81, p. 239 e ss., e ainda, na doutrina, a favor desta linha, BRITO, Sousa e, “A lei penal na Constituição”, p. 239 e ss.). A este entendimento, resultante de uma interpretação restritiva dos conceitos de crime e de pena constantes da alínea *b*) do n.º 1 do então art. 168.º da CRP (correspondente ao actual art. 165.º), o Tribunal Constitucional ligou uma ideia de proximidade substancial entre as novas contra-ordenações e as velhas contravenções que lhe permitiu concluir que “embora o Governo possa livremente legislar sobre a criação e extinção de contravenções não puníveis com pena restritiva da liberdade já não poderá legislar, salvo autorização da Assembleia da República, sobre o regime geral de punição das contravenções e do respectivo processo”.

⁹⁶⁶ Cf., entre muitos outros, os Acs. do TC n.º 160/91 e n.º 430/91, este último com força obrigatória geral.

prejuízo do dado anteriormente firmado de que o direito contra-ordenacional é “um *aliud* em relação ao direito penal”⁹⁶⁷, que o direito das contra-ordenações faz parte de um domínio mais amplo, o do denominado direito público sancionatório. Um domínio que recebe reconhecimento constitucional ao menos em três vertentes, “*ilícito penal* (entendida esta expressão em sentido amplo por forma a abarcar a categoria residual das contravenções⁹⁶⁸), *ilícito disciplinar* e *ilícito de mera ordenação social*”⁹⁶⁹. Não sendo enquadrável em nenhuma das esferas sancionatórias formadas por estes ilícitos, a restrição do uso do cheque foi qualificada pelo Tribunal Constitucional como uma medida administrativa atípica. E administrativa porque são “razões estratégicas e utilitárias de ordenação social, e não algo que tenha a ver com os fundamentos éticos da comunidade, que determinam o legislador. Os comportamentos que servem de suporte à aplicação da medida de restrição ao uso do cheque são, assim, do ponto de vista ético-social, comportamentos axiologicamente neutros”⁹⁷⁰. A mesma justificação, pois, para considerar os factos contra-ordenacionais como qualitativamente diferentes dos penais⁹⁷¹.

⁹⁶⁷ Ac. do TC n.º 56/84 (20.).

⁹⁶⁸ Como logo ficou claro com o Ac. n.º 56/84, apesar de ter sempre considerado as contravenções como uma categoria condenada ao desaparecimento, o Tribunal Constitucional nunca pôs em causa a admissibilidade constitucional da figura. Mais, ao contrário, por exemplo, de COSTA, Faria, *O Perigo em Direito Penal*, p. 461 e s., nota 230, nunca o Tribunal sufragou um princípio de *numerus clausus* das infracções circunscrito ao binómio crime e contra-ordenação, não divisando por isso qualquer problema de constitucionalidade na criação de novas contravenções e seguindo o princípio de que devem ser “tratadas de acordo com a natureza que no caso tiverem (criminal ou de mera ordenação social)” (CANOTILHO, Gomes / MOREIRA, Vital, ⁴CRP, II, p. 328). Aliás, o Tribunal Constitucional revelou-se até complacente em relação ao respectivo procedimento legislativo, não exigindo, sempre em aplicação da jurisprudência do Ac. n.º 56/84, prévia autorização parlamentar para a sua tipificação pelo Governo e chegando até ao ponto de admitir o decreto-regulamentar como instrumento normativo idóneo para o efeito. Neste último sentido, cf. o Ac. do TC n.º 308/94, relativo ao Decreto-Regulamentar n.º 32/85, de 9/5, pelo qual passou a ser punível como contravenção o estacionamento sem pagamento de taxa de utilização, e o Ac. do TC n.º 61/99, que teve por objecto uma contravenção rodoviária instituída pelo Decreto-Lei n.º 193/92 correspondente à utilização de auto-estrada sem pagamento de taxa de portagem (a posição adoptada neste último Ac. foi reiterada pelo TC em dezenas de decisões posteriores, reenseadas pelo Ac. n.º 221/2007).

⁹⁶⁹ Ac. do TC n.º 160/91.

⁹⁷⁰ Ac. do TC n.º 160/91, seguido pelo Ac. do TC n.º 430/91, proferido em plenário e com força obrigatória geral.

⁹⁷¹ Em sintonia com os demais acórdãos infra analisados em texto, foi esta exacta expressão – *comportamentos axiologicamente neutros*, muito cara, aliás, a Figueiredo Dias – que pouco depois o Tribunal Constitucional empregou no Ac. n.º 150/94, em plenário, para justificar a divisão entre crimes e contra-ordenações fiscais acolhida pelo RJFNA: “Adoptando um esquema bipartido das infracções fiscais não aduaneiras (crimes e contra-ordenações), passou este Regime Jurídico a criminalizar certos comportamentos lesivos da Fazenda Nacional – são os *crimes fiscais*, previstos nos artigos 23.º a 27.º – e desgraduou em contra-ordenações as restantes transgressões fiscais, que, prefigurando, embora, comportamentos ilícitos, o legislador considerou serem axiologicamente neutros – são as *contra-ordenações fiscais*”.

A orientação na direcção da tese qualitativa foi desenvolvida e reforçada com o Ac. n.º 158/92. Neste caso, o Tribunal Constitucional deparou-se com uma arguição de inconstitucionalidade que foi directamente ao âmago de um dos problemas centrais do direito de mera ordenação social. Tivesse o Tribunal decidido em sentido oposto ao que decidiu, dando provimento ao recurso, e todo o sistema contra-ordenacional português ficaria ferido de morte. Isso o que faz deste aresto um dos *leading cases* da jurisprudência constitucional no âmbito do direito das contra-ordenações.

Em recurso de fiscalização concreta de constitucionalidade, a arguida colocou a questão da constitucionalidade de várias normas do RGCO “na medida em que atribuem às autoridades administrativas (...) competência para aplicação de coimas, com violação dos princípios da reserva da função jurisdicional aos tribunais e da proibição de categorias especiais de tribunais com competência criminal especializada, consagrados, respectivamente, nos artigos 205.º, n.º 1, e 211.º, n.º 4, da Constituição”. A alegação de inconstitucionalidade radicou fundamentalmente no argumento de que “o direito das contra-ordenações é direito criminal”. Ainda que a jurisprudência anterior – tanto da Comissão Constitucional⁹⁷², como já do próprio Tribunal Constitucional⁹⁷³ – não abrisse espaço para dúvidas sobre qual seria o sentido previsível da resposta a esta alegação, o Tribunal Constitucional fez questão de abrir este acórdão n.º 158/92 com a proclamação de que “semelhante entendimento não tem razão de ser”.

Para fundamentar esta sua posição, o Tribunal apelou ao percurso histórico-doutrinal que precedeu a introdução do RGCO e fez suas as palavras do *preâmbulo do Decreto-Lei n.º 232/79*, escolhendo nem mais, nem menos do que um dos seus trechos em que nele se transcreve uma afirmação de Eduardo Correia que constitui uma síntese acabada da sua concepção sobre a natureza autónoma do direito de mera ordenação social: “A contra-ordenação «é um *aliud* que se diferencia qualitativamente do crime na medida em que o respectivo ilícito e as reacções que lhe cabem não são directamente fundamentáveis num plano ético-jurídico, não estando, portanto, sujeitas aos princípios e corolários do direito criminal”. O Acórdão n.º 158/92 louvou-se ainda no Parecer n.º

⁹⁷² Cf. sobretudo o Parecer n.º 4/81, *cit.*, p. 248 e ss.

⁹⁷³ Com especial interesse, além do já citado Ac. n.º 56/84, deparamo-nos ainda com o Ac. n.º 269/87, no qual, a propósito de uma norma legal que poderia comprometer a efectivação do exercício do direito de impugnação judicial da condenação contra-ordenacional ditada pela administração, o Tribunal começou já por defender que a “possibilidade de se recorrer para os Tribunais, onde se poderá realizar uma audiência de julgamento, retira a razão a Cavaleiro de Ferreira quando sustenta que é inconstitucional o julgamento pela Administração das contra-ordenações”.

4/81 da Comissão Constitucional e aderiu à posição nela sufragada de que “*as coimas ou sanções pecuniárias* correspondentes às contra-ordenações pressupõem uma censura social a qual não implica na sua expressão um sentido de retribuição ou expiação ética, ligado a uma finalidade de recuperação do delinvente, mas exprime, apenas, uma advertência de que está ausente o pensamento de qualquer mácula ético-social”. É assim dada como adquirida a diversidade de natureza dos ilícitos penais e contra-ordenacionais, concluindo por isso o Tribunal Constitucional, na esteira da doutrina de Eduardo Correia e de Figueiredo Dias, pela conformidade constitucional de um modelo legal que confie à administração o poder de instruir e decidir os processos de contra-ordenação. Atenta esta diversidade substancial e uma vez que o quadro legal assegura irrestritamente o direito de acesso aos tribunais para apreciação dos casos contra-ordenacionais objecto de decisão condenatória da administração, julgou enfim o Tribunal Constitucional não haver nele qualquer tipo de violação do “princípio da reserva da função judicial aos tribunais consagrado no artigo 205.º da Constituição”.

3. A concepção qualitativa de vezo ético-social adoptada pelo Tribunal Constitucional corre a par da posição acolhida pelo Tribunal em sede de legitimação material do direito penal, também ela directa e fundamentalmente tributária do pensamento de Figueiredo Dias⁹⁷⁴.

Ao contrário, por exemplo, do Tribunal Constitucional Federal alemão, que depois de, durante um longo período, ter mantido distância em relação à teoria *doutrinal* do bem jurídico⁹⁷⁵ acabou mesmo por repudiá-la expressamente no célebre Caso do Incesto⁹⁷⁶, o nosso Tribunal Constitucional abraçou por completo o paradigma do bem

⁹⁷⁴ Divisando também uma filiação da jurisprudência constitucional no essencial da sua concepção sobre o bem jurídico, o próprio DIAS, Jorge de Figueiredo, “O «direito penal do bem jurídico» como princípio jurídico-constitucional. Da doutrina penal, da jurisprudência constitucional portuguesa e das suas relações”, in: *XXV Anos de Jurisprudência Constitucional Portuguesa: Colóquio comemorativo do XXV Aniversário do Tribunal Constitucional*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 31 e ss., e também ANTUNES, Maria João, “Procriação medicamente assistida – questões novas ou questões renovadas para o direito penal?”, in: Costa Andrade *et. al.* (org.), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, vol. III, Coimbra, Coimbra Editora, p. 81 e s.

⁹⁷⁵ Cf. VOGEL, Joachim, “Strafrechtsgüter und Rechtsgüterschutz durch Strafrecht...”, p. 110 e ss., APPEL, Ivo, *Verfassung und Strafe*, p. 206 e s., e ainda, em sentido altamente crítico, SCHÜNEMANN, Bernd, “Das Rechtsgüterschutzprinzip als Fluchtpunkt der verfassungsrechtlichen Grenzen der Straftatbestände und ihrer Interpretation”, in: Hefendehl / von Hirsch / Wohlers (org.), *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2003, p. 142 e ss.

⁹⁷⁶ Ac. do BVerfGE de 26-02-2008, 2 BvR 392/07, n.º m. 39, no qual foi reiterado o *princípio da proibição do excesso*, com os seus corolários de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, como critério fundamental da avaliação da conformidade constitucional das normas

jurídico como critério legitimador rector da intervenção penal⁹⁷⁷. Porém, porque reconhece ao legislador um “largo âmbito de discricionarietà”⁹⁷⁸ no juízo sobre a necessidade do recurso aos meios penais, vem considerando o Tribunal Constitucional que “a limitação da liberdade de conformação legislativa, nestes casos, só pode, pois, ocorrer quando a punição criminal se apresente como *manifestamente* excessiva”⁹⁷⁹. Isto o que não obsta, ressalva o Tribunal Constitucional, a que sempre deva reconhecer-se que “a criminalização de condutas deve restringir-se aos comportamentos que violem bens jurídicos essenciais à vida em comunidade, devendo a liberdade de conformação do legislador ser limitada sempre que a punição criminal se apresente como manifestamente excessiva ou o legislador actue de forma voluntarista ou arbitrária, ou ainda as sanções se mostrem desproporcionadas ou desadequadas”⁹⁸⁰.

Aquela cautela revelada pelo Tribunal Constitucional vai, no fundo, ao encontro do papel reservado e de autocontenção que o Tribunal desde sempre atribuiu a si mesmo no controlo e na aplicação de um dos princípios fundamentais incrustados na problemática do conceito material de crime, o do princípio da proporcionalidade⁹⁸¹, em ordem a garantir “o primado político do legislador”⁹⁸². Daí que, a propósito da jurisprudência constitucional, Maria Fernanda Palma se refira a “uma perspectiva moderadamente constitucionalizadora do conteúdo dos crimes, sob a égide do princípio

incriminadoras (cf. n.ºs m. 34 e ss. e 51 e *passim*). Uma decisão que depois não mereceu censura da parte do TEDH – cf. *Ac. Stübing c. Alemanha*, de 12-04-2012. Para uma recensão das numerosas reacções ao aresto do BVerfGE na dogmática penal alemã e estrangeira, FISCHER, ⁵⁸*StGB*, § 173, n.º m. 1a., e LAGODNY, Otto, “Basic rights and substantive criminal law: the incest case”, *University of Toronto Law Journal*, n.º 61, 2011, p. 776 e ss.

⁹⁷⁷ Cf. ANTUNES, Maria João, “A Constituição e os princípios penais”, Relatório Português à XIII Conferência Trilateral Itália, Espanha e Portugal, *in*: www.tribunalconstitucional.pt, 2011, p. 5 e ss.

Na resenha do Ac. do TC n.º 179/2012, “esse *«património ideológico-constitucional»* do bem jurídico conta com um fortíssimo lastro na história da jurisprudência constitucional bem desvelado, para além dos arestos já citados [Acs. 83/95, 426/91 e 108/99], nos Acórdãos n.ºs 25/84, 85/85, 288/98, 617/06 e 75/10 sobre as normas relativas à exclusão da ilicitude em certas situações de interrupção voluntária da gravidez, 347/86, 679/94, 108/99, sobre normas incriminadoras constantes do Código de Justiça Militar, 527/95, sobre o crime de condução sem habilitação, 302/95 e 480/98, sobre o crime de fraude na obtenção de subsídio, 99/2002, sobre o crime de exploração do jogo ilícito, 577/11, sobre o crime de aproveitamento de obra usurpada, 312/2000 e 516/2000, sobre crimes fiscais, 595/08, sobre o crime de detenção de arma proibida, e 128/2012, sobre o crime de injúria”.

⁹⁷⁸ Ac. do TC n.º 634/93.

⁹⁷⁹ De novo, o Ac. do TC n.º 634/93.

⁹⁸⁰ Ac. do TC n.º 527/95, em plenário.

⁹⁸¹ Assim, *v. g.*, os Acs. do TC n.º 574/95, n.º 168/99, n.º 99/2002 e n.º 128/2012 (4.). Em direcção concordante, CANOTILHO, Gomes, ⁷*Direito Constitucional*, p. 272, DIAS, Figueiredo, “O «direito penal do bem jurídico» como princípio jurídico-constitucional”, p. 45 e s., e CUNHA, Maria da Conceição, *«Constituição e Crime»*, p. 295 e ss. Crítico, NOVAIS, Jorge Reis, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 198 e ss.

⁹⁸² BACHOF, Otto, “Estado de direito e poder político: os Tribunais Constitucionais entre o direito e a política”, *BFDUC*, vol. LVI, 1980, p. 11.

da necessidade da pena⁹⁸³. É em boa parte por esta razão que, não obstante a usual proclamação de princípio de que a intervenção penal só pode ter lugar nos casos de lesões insuportáveis (sic) de bens jurídicos individuais ou colectivos com relevo constitucional, uma conclusão pela inconstitucionalidade material de certas incriminações legais por violação do princípio constitucional da proibição do excesso (art. 18.º-2 da CRP) se tem circunscrito na jurisprudência constitucional a casos verdadeiramente extremados e por isso também muito contados⁹⁸⁴. Emblemáticos deste posicionamento do Tribunal Constitucional são os vários acórdãos que se pronunciaram sobre a constitucionalidade do tipo legal de crime de deserção previsto no Código Penal e Disciplinar da Marinha Mercante de 1943 e em data mais recente aquele em que o Tribunal, em fiscalização preventiva de constitucionalidade, se manifestou pela desconformidade constitucional do tipo legal de crime de enriquecimento ilícito aprovado pela Assembleia da República⁹⁸⁵. Tanto aqui, como ali a referência dos tipos legais ao critério do bem jurídico foi decisiva para a avaliação no sentido da inconstitucionalidade, devendo assinalar-se que se esgotam nestas duas incriminações, a da deserção e a do enriquecimento ilegítimo, as únicas pronúncias de inconstitucionalidade de um tipo incriminador especificamente fundadas em violação do princípio da necessidade, lido e aplicado em conformidade com o paradigma do bem jurídico, ditadas pelo nosso Tribunal Constitucional nos trinta anos da sua existência⁹⁸⁶!

3.1 Pela sua proximidade temporal em relação àqueles primeiros acórdãos em que o Tribunal Constitucional começou por traçar o rumo da sua jurisprudência acerca da natureza do direito contra-ordenacional valerá a pena prestar uma atenção mais detida ao conteúdo dos arestos⁹⁸⁷ em que se debruçou sobre a punição penal como desertor

⁹⁸³ PALMA, Maria Fernanda, *Direito Constitucional Penal*, Coimbra, Almedina, 2006, p. 119.

⁹⁸⁴ Na sua análise à jurisprudência constitucional alemã, VOGEL, “Strafrechtsgüter und Rechtsgüterschutz durch Strafrecht...”, p. 112 e s., acaba por chegar a uma conclusão semelhante.

⁹⁸⁵ Ac. do TC n.º 179/2012, com anotação concordante de COSTA, José de Faria, “Crítica à tipificação do crime de enriquecimento ilícito: *plaidoyer* por um direito penal não iliberal e ético-socialmente fundado”, *RLJ*, 141.º ano, 2012, n.º 3973, p. 249 e ss., indo embora mais além do que o Tribunal Constitucional na fundamentação do juízo de inconstitucionalidade. E já antes na direcção da inconstitucionalidade, CAEIRO, Pedro, “Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial os procedimentos de confisco *in rem* e a criminalização do enriquecimento “ilícito””, *RPCC*, 2/2011, p. 297 e ss.

⁹⁸⁶ Cf. o Ac. do TC n.º 577/2011, 5.

⁹⁸⁷ Essencialmente os Acs. n.ºs 634/93, 211/95 e 527/95. Para um comentário, em linha concordante, ao Ac. do TC n.º 211/95, cf. ALMEIDA, Carlota Pizarro de, “Algumas considerações a propósito do Acórdão 211/95 do Tribunal Constitucional”, *in*: Maria Fernanda Palma *et al.*, *Casos e Materiais de Direito Penal*, Coimbra, Almedina, 2004, p. 203 e ss.

“daquele que, sendo tripulante de um navio, o deixe, sem motivo justificado, partir para o mar, sem embarcar, e mesmo se esse tripulante, mercê da categoria profissional que tenha, não esteja, quanto a essa categoria, directamente ligado ao desempenho de funções ligadas com a manutenção, segurança e equipagem da embarcação”⁹⁸⁸. Surpreende-se nessas decisões uma *topos* argumentativo radicado na matriz ético-jurídica do facto penal que, como vimos, dá do mesmo passo expressão ao contraste material estabelecido em relação à contra-ordenação.

Para o Tribunal Constitucional, o “direito penal é inquestionavelmente um «direito de protecção de bens jurídicos», e o recorte do respectivo âmbito material, isto é, a delimitação dos comportamentos sociais que devem ter-se por merecedores de uma reacção criminal, há-de assentar no *princípio da necessidade*”⁹⁸⁹. Se “o objectivo precípua do direito penal é, com efeito, promover a subsistência de bens jurídicos da maior dignidade”⁹⁹⁰, “só podendo intervir quando se verificarem lesões insuportáveis da convivência humana em sociedade”⁹⁹¹, na desimplicação deste direito penal do bem jurídico *enquanto princípio jurídico-constitucional*⁹⁹² o Tribunal Constitucional adere ao modelo de relação de mútua referência entre a ordem axiológica constitucional e a ordem legal dos bens jurídico-penais preconizado por Figueiredo Dias⁹⁹³. Na esteira deste, advoga ainda que “o Estado de direito material só pode consentir a intervenção do direito penal ali onde «se verificarem lesões insuportáveis das condições comunitárias essenciais do livre desenvolvimento da personalidade de cada homem»”⁹⁹⁴, devendo portanto o direito penal “limitar-se à protecção das condutas gravemente perturbadoras da ordem social, que por isso afectem a vida em comunidade e que, para além disso, tenham uma *séria ressonância ética*, não devendo a punição de tais condutas ser vista num puro plano sociológico, mas antes *ético-jurídico*”⁹⁹⁵.

⁹⁸⁸ Ac. do TC n.º 634/93.

⁹⁸⁹ Ac. do TC n.º 527/95.

⁹⁹⁰ Ac. do TC n.º 426/91.

⁹⁹¹ Ac. do TC n.º 383/2001.

⁹⁹² Seguimos aqui a formulação de DIAS, Figueiredo, “O «direito penal do bem jurídico» como princípio jurídico-constitucional”, p. 33, entretanto também acolhida pelo Tribunal Constitucional no referido Ac. n.º 179/2012: “um Estado-de-Direito material não pode desvincular-se do princípio jurídico-constitucional do *direito penal do bem jurídico*”.

⁹⁹³ Cf. o Ac. do TC n.º 527/95, reportando-se a DIAS, Figueiredo, “Os novos rumos da política criminal”, e em data mais próxima o Ac. do TC n.º 461/2011 (12.). Sobre este modelo, mais desenvolvidamente, DIAS, Figueiredo, “Para uma dogmática do direito penal secundário”, n.º 3718, p. 8 e ss., e infra, § 27.

⁹⁹⁴ Ac. do TC n.º 527/95.

⁹⁹⁵ Ac. do TC n.º 527/95 (it. nosso).

Na lógica de estrita necessidade e proporcionalidade da intervenção penal sustentada pelo Tribunal Constitucional vai assim entranhada uma “exigência de *dignidade punitiva prévia das condutas*, enquanto expressão de uma elevada gravidade ética e merecimento de culpa (artigo 1.º da Constituição, do qual decorre a protecção da essencial dignidade da pessoa humana)”⁹⁹⁶. Quer o Tribunal com isto significar que “é também ainda a censurabilidade imanente de certas condutas, isto é, *prévia à normatização jurídica*, que as torna aptas a um juízo de censura penal”⁹⁹⁷. O mesmo é dizer, com Figueiredo Dias, que no direito penal só devem ingressar aqueles factos que, antes e independentemente de qualquer proibição legal, são em si mesmos axiologicamente relevantes, por lhes corresponder um mais amplo desvalor moral, cultural ou social⁹⁹⁸.

3.2 O relevo ético da conduta propriamente dita constitui, nos termos da jurisprudência constitucional analisada, condição para que o legislador lhe possa conferir natureza penal. Mas as implicações da ressonância ética do comportamento podem não ficar-se por aqui, isto é, pela viabilização da criminalização. O Tribunal Constitucional parece mesmo aceitar que determinado lastro ético-social especialmente significativo sob o ponto de vista constitucional imponha inexoravelmente o recurso à tutela penal. É o que, a nosso ver, resulta do Ac. do TC n.º 59/95, que teve por objecto normas legais emanadas da Assembleia da República que previam a aplicação de *sanções não penais* pela violação de deveres afectos ao controlo público de rendimentos e património dos titulares de cargos públicos. A questão de constitucionalidade foi nele abordada à luz do postulado de que violações de determinados bens jurídicos terão sempre de conceber-se como infracções materialmente penais, mesmo que não seja essa a qualificação que o legislador lhes atribua⁹⁹⁹. Daí que quando tal aconteça o Tribunal

⁹⁹⁶ Ac. do TC n.º 211/95 (it. nosso). A proibição da “incriminação de condutas destituídas de qualquer ressonância ética” como decorrência do *princípio da culpa*, “consagrado, conjugadamente, nos artigos 1.º e 25.º, n.º 1, da Constituição”, é ainda sublinhada pelo Ac. do TC n.º 426/91.

⁹⁹⁷ Ac. do TC n.º 211/95 (it. nosso).

⁹⁹⁸ DIAS, Figueiredo, “Para uma dogmática do direito penal secundário”, n.º 3716, p. 334.

⁹⁹⁹ Cf. em especial o apartado 17. deste Ac. n.º 59/95. Foi exactamente essa também a premissa em que assentou o primeiro pedido de inconstitucionalidade do Representante da República para a Região Autónoma da Madeira apreciado pelo Ac. do TC n.º 397/2012, relativo a um diploma aprovado pela Assembleia Regional da Madeira que pretendia atribuir relevo contra-ordenacional ao comércio nessa região autónoma das chamadas “drogas lícitas”. Nessa base, considerando tratar-se de matéria intrinsecamente penal, pugnou pela inconstitucionalidade orgânica, atenta a reserva relativa de competência legislativa da Assembleia da República em matéria de definição de crimes, penas, medidas de segurança e respectivos pressupostos (art. 165.º-1, c), da CRP). Uma premissa que o Tribunal

Constitucional admita a verificação de uma “inconstitucional degradação do direito penal: assim, por exemplo, se uma infracção, com a gravidade do homicídio, não fosse punida como crime”¹⁰⁰⁰. Temos pois que, continua o Tribunal Constitucional, “por esta via está o legislador penal obrigado a defender as valorações ético-jurídicas fundamentais da Constituição”¹⁰⁰¹.

Tal como na doutrina e na jurisprudência constitucional alemãs aponta-se assim para a existência de um *Kernbereich* do direito penal, aqui fundado no elevado relevo ético dos bens jurídicos implicados. Um domínio nuclear em que mais do que se pretender significar a legitimidade da tutela penal o que verdadeiramente se deseja é colar-se a essa tutela o selo da exclusividade, com o propósito de fulminar como constitucionalmente inadmissível qualquer outro tipo de abordagem sancionatória. E quando assim seja não vemos como possa deixar de ficar aberta a via, mesmo que só implicitamente, à admissão de imposições constitucionais absolutas de criminalização¹⁰⁰².

4. Como começámos por referir, a posição do Tribunal Constitucional sobre a natureza do direito de mera ordenação social, seu ilícito e suas sanções foi firmemente ancorada na corrente qualitativa de pendor ético. Uma orientação que, como também procurámos demonstrar, se mostrou em consonância com a compreensão de uma problemática que com ela se encontra inevitavelmente imbricada, a do conceito material de crime à luz da Constituição. Em finais da década de 1990, um período houve, porém, em que o fervor do Tribunal Constitucional em prol da tese qualitativa parece ter arrefecido e pontualmente foram dados sinais sugestivos de um novo rumo no sentido da aproximação entre as esferas penal e contra-ordenacional. O exemplo mais

Constitucional acolheu como válida – “admitindo-se a possibilidade de violação das regras de competência por este modo” (Ac. n.º 397/2012, 3.) – sem que todavia tenha dado provimento à alegação, na medida em que entendeu que o caso de espécie não representava uma dessas situações em que a via criminal fosse a única constitucionalmente admissível para o legislador. Já na Comissão Constitucional, aliás, se manifestava uma propensão para dar cobertura a esta perspectiva: “a circunstância de se considerar a contra-ordenação e a coima como algo de materialmente diferente do crime e da pena criminal implica a proibição para o legislador ordinário de que tome aquelas expressões e o seu correspondente valor normativo como meros *nomina*, como puros expedientes, a permitirem-lhe que, por fácil «mudança de etiqueta», transforme um verdadeiro crime ou uma autêntica pena em uma falsa contra-ordenação ou coima, invadindo assim uma competência constitucionalmente reservada à Assembleia da República” (Parecer n.º 1/82, in: *Pareceres da Comissão Constitucional*, 18.º vol., Lisboa, INCM, 1983).

¹⁰⁰⁰ Ac. do TC n.º 59/95, 17.

¹⁰⁰¹ Ac. do TC n.º 59/95, 17.

¹⁰⁰² Contra estas imposições, cf. a nossa posição, *infra*, § 30.3.

expressivo deste esboço de inversão da tradicional tendência qualitativa foi dado pelo Ac. n.º 244/99.

No caso deste Ac. n.º 244/99, o Tribunal Constitucional deparou-se com um despacho de pronúncia que pelos mesmos factos imputou à arguida um crime de fraude fiscal e trinta e cinco contra-ordenações de falta de entrega de prestação tributária. Insurgindo-se contra esta qualificação jurídica, a arguida recorreu para o Tribunal Constitucional sustentando a inadmissibilidade constitucional desta interpretação cumulativa, por violação do princípio *ne bis in idem*, consagrado no art. 29.º-5 da Constituição. Em causa estaria não propriamente a questão da sua aplicabilidade ao estrito reduto das contra-ordenações, mas o seu “cabimento nas situações de concurso entre crimes e contra-ordenações”¹⁰⁰³. E o Tribunal Constitucional concluiu que sim, nomeadamente, que o princípio *ne bis in idem* plasmado no n.º 5 do art. 29.º da Constituição é aplicável, por analogia, aos fenómenos de concurso de crimes e contra-ordenações nas hipóteses em que os bens jurídicos objecto de protecção sejam idênticos.

A conclusão vinda de assinalar radicou em um conjunto de circunstâncias que no ver do Tribunal Constitucional obstam a uma consideração dos domínios penal e contra-ordenacional como compartimentos estanques. Não que o propósito tenha ido ao ponto de pôr em crise a jurisprudência constitucional de feição qualitativa até aí sempre sustentada, havendo mesmo o cuidado de advertir que tal posição de inexistência de total autonomia entre os dois campos seria assumida “independentemente dos critérios materiais que poderão fundamentar a distinção entre ilícito criminal e de mera ordenação social”¹⁰⁰⁴. Ainda assim, provavelmente nunca como nesta decisão – nem antes, nem depois, até hoje – o Tribunal terá ido tão longe no reconhecimento das pontes que aproximam estreitamente as duas esferas sancionatórias. Uma afinidade que é tanto mais impressionante quanto é afirmada sobre um paralelismo desta situação de concurso com um outro cenário de convivência de ordens do direito público sancionatório já de há muito conhecido e tratado pela doutrina e pela jurisprudência num plano de plena autonomia, o do concurso entre as responsabilidades penal e disciplinar¹⁰⁰⁵.

¹⁰⁰³ Ac. do TC n.º 244/99.

¹⁰⁰⁴ Ac. do TC n.º 244/99.

¹⁰⁰⁵ Recordando jurisprudência constitucional anterior (Acs. n.º 253/94 e 161/95), o Tribunal reitera que se trata de “responsabilidades diversas e autónomas que tutelam bens jurídicos perfeitamente distintos, podendo o agente ser censurado pelo seu comportamento em dois planos diversos, o penal e o disciplinar,

É precisamente com o fito de tornar bem patentes as razões que, no contraste com a relação entre o direito penal e o direito disciplinar, justificam um tratamento diferenciado do princípio *ne bis in idem* no plano da relação entre o direito penal e o direito de mera ordenação social que o Tribunal destaca um conjunto de características que pela conexão que marcam entre ambos não permite que a distinção que entre eles deve ser aceite “signifique a existência de total autonomia dos dois domínios”. Segundo o Ac. n.º 244/99, “a conexão entre eles resulta, entre outros aspectos: da aplicação subsidiária do direito e processo penais no âmbito do ilícito de mera ordenação social (arts. 32º e 41º do Decreto-Lei nº 433/82, de 27 de Outubro); da construção da infracção contra-ordenacional um pouco à imagem da infracção criminal; da competência, salvo disposições especiais, dos tribunais comuns para apreciarem os recursos das decisões administrativas em matéria de contra-ordenações; da semelhança entre a coima e a multa criminal, mormente quando está em causa uma pessoa colectiva; da semelhança entre as sanções acessórias previstas no ilícito de mera ordenação social e as penas acessórias do direito criminal”. A estas notas de carácter geral, o Tribunal acrescenta ainda que embora os bens jurídicos tutelados por cada um destes domínios sancionatórios tendam a extremar-se em termos gerais, no caso *sub judice* as concretas normas penais e contra-ordenacionais sindicadas têm em mira *bens jurídicos* idênticos.

Foi pois em função desta imagem global de plúrimas fontes de conexão entre o direito penal e o direito contra-ordenacional que o Tribunal Constitucional concluiu pela aplicabilidade analógica do princípio constitucional *ne bis in idem* aos casos de concurso entre crimes e contra-ordenações.

O discurso adoptado neste Ac. n.º 244/99 encontrou um certo paralelismo no Ac. n.º 43/2004, onde a propósito da sanção acessória de inibição de conduzir de natureza contra-ordenacional se entendeu que o “direito penal pode utilizar sanções típicas do direito de mera ordenação social, o inverso é que não seria constitucionalmente possível” e no qual, *por uma vez*, foi expressa alguma hesitação na definição da natureza da distinção: “podem existir sanções restritivas de direitos de alguma intensidade que não atingem, no entanto, a intensidade que passaria a justificar a intervenção do processo penal sendo também adequadas *à natureza menos grave* (ou

sem ofensa de qualquer princípio constitucional”. Nesta conclusão, pela doutrina maioritária, também DIAS, Figueiredo, ²DP-PG, I, 7.º Cap., § 28.

até qualitativamente diversa) do direito sancionatório público em questão”¹⁰⁰⁶. Neste último trecho, referido ao direito de mera ordenação social, parece, com efeito, que o Tribunal Constitucional manifesta propensão para alinhar por uma perspectiva quantitativa no âmbito da oposição entre crimes e contra-ordenações, sendo que o que é deixado em aberto é a eventual possibilidade de lhe ser adscrita uma diferenciação qualitativa.

Nada disto, todavia, frutificou ou teve qualquer repercussão sensível sobre a jurisprudência posterior. Na realidade, nem o caminho de aproximação esboçado pelo Ac. n.º 244/99, nem a hesitação revelada pelo Ac. n.º 43/2004 voltaram a conhecer expressão na jurisprudência do Tribunal Constitucional. Aliás, mesmo no período em que aqueles acórdãos foram proferidos foram várias os casos em que as posições assumidas pelo Tribunal se mantiveram completamente na pegada da corrente qualitativa antes adoptada. Paradigmático desta linha de continuidade é o Ac. n.º 245/2000 – cujo relator, o Conselheiro Bravo Serra, foi inclusivamente um dos subscritores daquele Ac. n.º 244/99 –, que se deteve sobre uma regulamentação legal contra-ordenacional de índole tributária que ao contrário da sua homóloga penal não conferia efeito de extinção da responsabilidade à regularização voluntária da situação fiscal. Entendeu aqui o Tribunal ser conveniente realçar que “não procede a óptica da impugnante, a qual parece apontar no sentido de que a responsabilidade contra-ordenacional se enquadra no âmbito da responsabilidade criminal, pois que nem aquela se subsume a esta, nem esta é o género de que aquela é a espécie”¹⁰⁰⁷. E citando Eduardo Correia para corroborar esta sua asserção rematou dizendo que “tendo em consideração a responsabilidade contra-ordenacional, «o respectivo ilícito não pertence ao direito criminal, na medida em que as respectivas sanções estão desligadas do *pathos* que as caracteriza e não desqualificam o agente a quem são impostas com a mácula de uma reprovação ético-jurídica»”¹⁰⁰⁸.

¹⁰⁰⁶ Ac. do TC n.º 43/2004 (it. nosso). Sendo o direito público sancionatório composto pelo direito penal, pelo direito contra-ordenacional e pelo direito disciplinar e considerando o contexto em que a afirmação se insere, é manifesto que este outro “direito público sancionatório” que é contraposto ao direito penal é o direito de mera ordenação social.

¹⁰⁰⁷ Ac. do TC n.º 245/2000.

¹⁰⁰⁸ A propósito desta mesma questão e pouco tempo depois, também o Ac. do TC n.º 383/2001 recorreu ao pensamento de Eduardo Correia para fundamentar a diferença material que pretendeu assinalar aos ilícitos penal e contra-ordenacional: “A temática da distinção entre direito criminal e direito de mera ordenação social tem sido abundantemente tratada pela doutrina e jurisprudência nacionais, pelo menos há cerca de 30 anos. De facto, já em 1973 afirmava Eduardo Correia que «(...) uma coisa será o direito criminal, outra coisa o direito relativo à violação de uma certa ordenação social, a cujas infracções

5. A jurisprudência constitucional mais recente continua a fazer eco desta compreensão qualitativa, geralmente invocando o pensamento de Figueiredo Dias para confortar a sua posição¹⁰⁰⁹. Nota-se mesmo uma inclinação do Tribunal Constitucional para extremar a sua tendência qualitativa, *maxime* na identificação e definição do conteúdo dos princípios constitucionais aplicáveis ao direito contra-ordenacional, onde é patente uma vontade de evitar tanto quanto possível a aplicação de princípios da constituição penal ao direito das contra-ordenações, em certos casos até com (um inexplicado) sacrifício da sua jurisprudência anterior¹⁰¹⁰.

O Tribunal continua portanto a entender que “existem, desde sempre, razões de ordem substancial que impõem a distinção entre crimes e contra-ordenações, entre as quais avulta a natureza do ilícito e da sanção”¹⁰¹¹, sendo que nestas últimas está em causa apenas o “desrespeito de normas sem ressonância ética, de ordenação administrativa”¹⁰¹².

Em relação ao facto contra-ordenacional, reconhecendo embora “ser difícil traçar uma fronteira absoluta entre a natureza das infracções criminais e contra-ordenacionais”¹⁰¹³, no *plano do ilícito* o Tribunal Constitucional mantém a sua filiação na concepção de Figueiredo Dias, sufragando a ideia de que a “autonomia do direito das contra-ordenações assentaria, desta forma, numa ideia de neutralidade ética da conduta que integra o ilícito, que apenas na associação com a proibição legal passaria a

correspondem reacções de natureza própria. Este é, assim, um *aliud* que, qualitativamente se diferencia daquele, na medida em que o respectivo ilícito e as reacções que lhe cabem não são directamente fundamentáveis num plano ético-jurídico, não estando, portanto, sujeitos aos princípios e corolários do direito criminal»”.

¹⁰⁰⁹ Cf. em especial os Acs. do TC n.ºs 344/2007, 336/2008, 461/2011 (AcsTC 82.º, p. 290 e s.), 85/2012 e 110/2012. Estes são alguns dos acórdãos em que encontramos uma posição mais detida sobre a natureza qualitativamente distinta do direito de mera ordenação social em relação ao direito penal. Muitos outros há em que essa posição é já assumida, praticamente sem mais, como um dado adquirido, servindo de ponto de partida para as decisões sobre a questão de constitucionalidade.

¹⁰¹⁰ Paradigmático, o Ac. do TC n.º 85/2012.

¹⁰¹¹ Ac. do TC n.º 336/2008.

¹⁰¹² Ac. do TC n.º 160/2004 – o acórdão move-se no âmbito juslaboral, a propósito de contra-ordenações referidas à observância de regras atinentes à prestação laboral do trabalhador fora do horário normal de trabalho, quanto às quais se nos afigura discutível a ideia de que os específicos comportamentos sancionados são desprovidos de qualquer densidade ética e mais discutível ainda, atenta a relação jurídico-privada em que esses comportamentos se integram, a sua recondução a uma esfera de ordenação administrativa (cf. *infra*, § 35.4). Com efeito, CANOTILHO, Gomes / MOREIRA, Vital, ⁴CRP, I, p. 770, ANDRADE, Vieira de, ⁵Os Direitos Fundamentais, p. 187, e até o próprio Tribunal Constitucional, no Ac. n.º 187/2010 (5.), consideram mesmo o direito dos trabalhadores subordinados a um limite máximo da jornada de trabalho a que se refere o art. 59.º-1, d), da CRP, como um *direito fundamental análogo aos direitos, liberdades e garantias*.

¹⁰¹³ Ac. do TC n.º 461/2011, AcsTC 82.º, p. 290.

constituir um substrato idóneo de desvalor ético-social (...). Em certos casos, porém, o critério qualitativo de distinção é complementado por critérios quantitativos, reportados à gravidade da infracção”¹⁰¹⁴. Do mesmo modo, e dito de novo com Figueiredo Dias no Ac. n.º 461/2011, “o *conceito de culpa*, no âmbito contra-ordenacional, também se distingue da censura ética “dirigida à pessoa do agente e à sua atitude interna» – característica do direito penal – consubstanciando-se antes numa «imputação do facto à responsabilidade social do seu autor; dito de outra forma, da adscrição social de uma responsabilidade que se reconhece exercer ainda uma função positiva e adjuvante das finalidades admonitórias da coima»”¹⁰¹⁵.

As sanções contra-ordenacionais, por seu lado, são também caracterizadas pelo Tribunal Constitucional praticamente tal qual Figueiredo Dias as vê, como consequências destituídas do *pathos* ético das penas criminais, *rectius*, do “«*pathos*» social *purgativo* próprios do julgamento e da sentença”¹⁰¹⁶, sem ligação à personalidade ética do agente e à sua atitude interna e desprovidas de quaisquer efeitos estigmatizantes¹⁰¹⁷. As coimas são assim vistas como “representando uma mera «admonição» ou «especial advertência», conducente à observância de certas proibições ou imposições legislativas e destinada a garantir a preservação da ordenação social estabelecida”¹⁰¹⁸. Por isso que, quando muito, aderindo a uma posição por demais discutível de Paulo Pinto de Albuquerque, considera o Tribunal Constitucional que essas sanções prosseguem “um «fim de prevenção especial negativa, isto é, visa[m] evitar que o agente repita a conduta infractora, bem como um fim de prevenção geral negativa, ou seja, visa[m] evitar que os demais agentes tomem o comportamento infractor como modelo de conduta»”¹⁰¹⁹.

¹⁰¹⁴ Ac. do TC n.º 461/2011, *AcsTC* 82.º, p. 291. Nesta direcção, também os Acs. do TC n.º 160/2004 (5.), 221/2007 (6.), n.º 336/2008 e n.º 110/2012.

¹⁰¹⁵ Ac. do TC n.º 461/2011, *AcsTC* 82.º, p. 291. Ainda substancialmente nestes termos, os Acs. do TC n.º 344/2007, n.º 336/2008 e n.º 110/2012.

¹⁰¹⁶ Ac. do TC n.º 344/2007 (9., it. nosso).

¹⁰¹⁷ Ac. do TC n.º 344/2007 (9.), a propósito da sanção de multa contravencional, mas para concluir que esta se identifica materialmente com a coima, justamente porque, além do mais, participa das características enunciadas em texto que são tidas como notas identitárias da sanção do direito de mera ordenação social.

¹⁰¹⁸ Ac. n.º 461/2011, *AcsTC* 82.º, p. 291.

¹⁰¹⁹ Ac. n.º 110/2012. Para uma correcta caracterização das vertentes positiva e negativa das finalidades de prevenção geral e especial, cf RODRIGUES, Anabela Miranda, *A Determinação da Medida da Pena Privativa da Liberdade*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, p. 315 e ss., e *Novo Olhar sobre a Questão Penitenciária*, Coimbra, Coimbra Editora, 2000, p. 37 e ss., e DIAS, Figueiredo, ²*DP-PG*, I, 4.º Cap., § 14 e ss.

6. Entre as reservas que a própria concepção qualitativa de raiz ético-social suscita – naturalmente extensíveis à nossa jurisprudência constitucional, na medida em que a acolhe por inteiro – há uma delas que sobressai numa análise crítica directamente dirigida à posição de fundo do Tribunal Constitucional acerca das dimensões fundamentais do problema da natureza do direito de mera ordenação social, a da antinomia entre os dogmas perfilhados pelo Tribunal e a realidade normativa que constitui objecto dos seus juízos. Antinomia essa certas vezes até claramente espelhada pelo conteúdo das suas decisões, que denunciam elas próprias a contradição interna do pensamento constitucional nesta matéria.

Aquilo que vem sendo recorrente na prática constitucional é a assumpção da neutralidade ética de determinada conduta com base na circunstância de a mesma receber do legislador uma mera cobertura contra-ordenacional, sendo depois essa a premissa em regra invocada pelo Tribunal Constitucional para relativizar ou afastar a aplicabilidade de regras e de princípios constitucionais em princípio dirigidos ao domínio penal. Confrontando-se com uma certa norma tipificadora de uma contra-ordenação, o Tribunal toma o comportamento proibido como axiologicamente neutro. Fá-lo, porém, as mais das vezes não na sequência ou como resultado de uma concreta ponderação sobre a sua intrínseca ressonância ética, mas simplesmente porque a mesma foi legalmente tarimbada como contra-ordenação. Se, como deveria, adoptasse o procedimento contrário – isto é, se começasse por avaliar a relevância ético-social da conduta abrangida pela norma contra-ordenacional e só depois, em função dessa apreciação, se pronunciasse sobre a densidade ética da contra-ordenação – não raro poderia ver confirmada a sua habitual pressuposição da inocuidade ética do facto legalmente vetado, mas também por certo que frequentemente teria motivo para questionar a sua arraigada ideia de que a contra-ordenação corresponde, por definição, a um facto em si mesmo axiologicamente neutro. Como todavia o não faz e dá sempre como certo, normalmente sem quaisquer peias e pela simples razão de que se trata de uma mera contra-ordenação, que o facto tutelado pelo tipo contra-ordenacional é eticamente asséptico, torna-se inevitável o aparecimento de brechas na lógica interna das decisões do Tribunal. É isso que, em nosso modo de ver, vem sobremaneira acontecendo naqueles casos em que o Tribunal Constitucional se depara com normas que prevêm grandes contra-ordenações, puníveis com coimas na ordem dos milhões de

euros e com severas sanções acessórias, e é por isso chamado a tomar posição sobre uma eventual violação do princípio da proporcionalidade.

Na ponderação da relação de proporcionalidade entre essas pesadas sanções contra-ordenacionais e os interesses que as respectivas normas visam tutelar tem o Tribunal Constitucional encarregado – aliás, justificadamente – a importância de tais valores e por via disso, isto é, do elevado relevo social e económico que lhes reconhece, concluído pela conformidade constitucional do quadro sancionatório contra-ordenacional por elas formado. Exemplificativo deste cenário são os Acórdãos do TC n.º 574/95 e n.º 85/2012, relativos à regulação contra-ordenacional do mercado de valores mobiliários, e ainda, de algum modo, os Acs. do TC n.º 461/2011, que versa sobre o regime legal da concorrência, e n.º 78/2013, em matéria de regulação de telecomunicações. Cingir-nos-emos, em todo o caso, aos dois primeiros, porque suficientes para ilustrar o nosso ponto de vista.

No Ac. n.º 574/95, sublinhou o Tribunal Constitucional que nas normas contra-ordenacionais em apreço, previstas no então vigente Código do Mercado dos Valores Mobiliários, “estão em causa valores sociais de grande relevo, a que, por vezes, andam associados avultados interesses patrimoniais”, tendo nessa linha concluído que “os elevados montantes da coima e a distância que separa o seu mínimo do respectivo máximo explicam-se, assim, pela natureza dos bens jurídicos que o legislador quer tutelar, ou seja, pela importância dos valores sociais envolvidos”. Mais longe ainda foi o Ac. n.º 85/2012, um acórdão em que, aliás, como veremos, o Tribunal Constitucional negou rotundamente o funcionamento no direito contra-ordenacional, do princípio da legalidade criminal plasmado no art. 29.º-1 da CRP, do princípio da proporcionalidade enquanto princípio da *ultima ratio* ou da subsidiariedade da punição e do princípio da culpa! Isto tudo em virtude da “«diferente natureza do ilícito, da censura e das sanções» entre o ilícito contra-ordenacional e o ilícito penal”¹⁰²⁰.

Naquele Ac. n.º 85/2012, ante uma contra-ordenação qualificada como muito grave, punível com coima de limite mínimo de 25.000 euros e de limite máximo de 2.500.000 euros¹⁰²¹, e em face de uma arguição de inconstitucionalidade além do mais

¹⁰²⁰ Ac. do TC n.º 85/2012.

¹⁰²¹ Tratava-se da contra-ordenação tipificada no art. 389.º-1, *a*), do CVM: “Constitui contra-ordenação muito grave a comunicação ou divulgação, por qualquer pessoa ou entidade, e através de qualquer meio, de informação que não seja completa, verdadeira, actual, clara, objectiva e lícita”.

fundada na violação do princípio da proporcionalidade¹⁰²², o Tribunal Constitucional esclareceu desde logo que “o juízo de proporcionalidade implica, neste caso, a ponderação entre dois valores: o que é sacrificado, em confronto com aquele que o legislador visa proteger”. Nessa ponderação, que de seguida levou a cabo, o Tribunal manifestou o entendimento de que “a contra-ordenação em causa visa salvaguardar um valor de inegável relevo; o da verdade e da transparência do mercado de valores mobiliários. De facto, a fiabilidade da informação é um pilar fundamental do mercado de valores mobiliários, que permite assegurar que a decisão de investimento seja inteiramente esclarecida”. Isto quando é certo que “o mercado e o sistema financeiro merecem protecção constitucional”, concedida, recordou o Tribunal, pelos arts. 81.º, f), e 101.º da Constituição. Nesta ordem de considerações, entendeu-se até que, além de bens jurídicos supra-individuais, a infracção em crise visa proteger bens jurídicos individuais, como o património dos cidadãos, nomeadamente, dos aforradores, investidores e clientes das instituições financeiras, e garantir um sistema de igualdade de oportunidades dos investidores¹⁰²³.

O reconhecimento de que “a necessidade de assegurar a transparência e a fiabilidade da informação é essencial para o regular funcionamento do mercado de valores mobiliários”¹⁰²⁴, de que estão em causa funções económicas essenciais¹⁰²⁵ e de que os interesses individuais e supra-individuais em jogo são inclusivamente dotados de dignidade constitucional permitiu enfim ao Tribunal Constitucional refutar a acusação

¹⁰²² Na síntese do próprio Ac. n.º 85/2012, esta específica invocação de inconstitucionalidade teve o seguinte conteúdo: “Alega o recorrente que a qualificação como contra-ordenação «muito grave» de toda e qualquer prestação de informação ao mercado sem qualidade, independentemente de quem a presta e do objecto, natureza ou efeitos sobre o mercado viola o princípio constitucional da proporcionalidade, numa dupla dimensão: numa dimensão «absoluta», «que diz respeito à avaliação da congruência entre o desvalor de uma determinada infracção e o desvalor (o *quantum*) da sanção que lhe é associada», e numa dimensão «relativa»: «que diz respeito à congruência entre a sanção prevista para uma determinada conduta e o seu horizonte normativo, ou seja, as opções normativas constitutivas de todo o sistema jurídico»”.

¹⁰²³ Sobre a *protecção dos investidores* como uma das metas fundamentais – aliás, expressamente enunciada pelo art. 358.º do Código dos Valores Mobiliários como o primeiro dos princípios a que a supervisão desenvolvida pela CMVM deve obedecer – associadas à regulação do mercado dos valores mobiliários, CÂMARA, Paulo, “Regulação e valores mobiliários, *in*: Paz Ferreira *et al.*, *Regulação em Portugal: Novos Tempos, Novo Modelo?*, Coimbra, Almedina, 2009, p. 129 e ss., CANOTILHO, Gomes / MOREIRA, Vital, *CRP*, I, p. 1082, e ainda *infra*, § 22.4.

¹⁰²⁴ Ac. n.º 85/2012.

¹⁰²⁵ Neste passo, o Tribunal Constitucional faz-se valer da opinião de Frederico Costa Pinto no sentido de que “o merecimento de tutela sancionatória destes bens radica, de uma forma geral, no facto de estar em causa a regularidade e a eficiência de um sector do sistema financeiro, *reconhecido constitucionalmente* (art. 101.º da Constituição), que desempenha *funções económicas essenciais*, como a diversificação das fontes de *financiamento das empresas*, a *aplicação de poupanças* das famílias ou a *gestão de mecanismos de cobertura de risco* de actividades e de investimentos” (it. nosso).

de desproporcionalidade da contra-ordenação em discussão. Mas já não foi todavia suficiente para que o Tribunal reponderasse a sua ideia de base de diferenciação material do ilícito contra-ordenacional, ao que parece fundada na neutralidade axiológica do facto tutelado. Com o que só pode soar a paradoxo a persistência na ideia de que um domínio sancionatório (também) formado por uma infracção afecta à tutela valores e interesses reputados como tão transcendentais é exclusivamente povoado por um mar de ilícitos eticamente neutros ou irrelevantes!

§ 14.4 Reflexão crítica

“De uma disciplina cognitiva das prescrições e das proibições (...), começou a ciência penal a ser transformada ela própria numa disciplina prescritiva: uma espécie de pedagogia colectiva para os operadores jurídicos que para aparecer como «aceitável» (ou legitimadora...) deve ofuscar a sua valência cognitiva da realidade. (...) De outra banda, a politização das categorias dogmáticas desvirtuou a fisionomia de uma ciência que, para prescrever melhor, recusa-se a conhecer – ou melhor, a descrever como existente – uma parte da realidade normativa”.

Massimo Donini¹⁰²⁶

1. As considerações críticas acabadas de dirigir à jurisprudência do nosso Tribunal Constitucional devem ser integradas numa perspectiva crítica mais ampla, a do repúdio do modelo de diferenciação material ou qualitativa entre o direito penal e o direito contra-ordenacional fundado num critério ético que subsiste entre nós como concepção dominante. É esse exercício crítico que ora nos propomos levar a cabo.

A nossa investigação permitiu identificar na doutrina e na jurisprudência constitucional portuguesa uma linha de pensamento iniciada há cerca de meio século com Eduardo Correia, que chegou até ao presente fundamentalmente pela mão de autores como Figueiredo Dias e Faria Costa, cada qual atribuindo-lhe o seu cunho

¹⁰²⁶ DONINI, *Il Delitto Contravvenzionale*, 1993, p. 359.

próprio e recebendo uma larga adesão na dogmática nacional, e é a cada passo reiterada e reavivada na realidade concreta da vida nacional pelo Tribunal Constitucional e pela jurisprudência dos tribunais comuns e administrativos. A ideia fundamental que agrega esta corrente é a da existência de uma diferença material de fundo entre os crimes e as contra-ordenações. Uma diferença de natureza ou de essência que radica no lastro ético dos factos a que cada uma dessas infracções respeita. Por definição, os crimes correspondem a factos que na natureza das coisas de uma determinada realidade histórica são em si mesmos portadores de uma ressonância ético-social tal que lhes confere um autónomo e material sentido de ilicitude que o legislador penal se limita a receber e a cobrir de relevo legal criminal; ao passo que as contra-ordenações se dirigem a factos que nesse mesmo contexto social se apresentam como desprovidos de qualquer densidade axiológica, configurando por isso a sua tipificação como infracção contra-ordenacional um acto verdadeiramente criador de ilicitude. Na síntese de Figueiredo Dias, o direito das contra-ordenações constitui portanto apenas um limite normativo negativo do direito penal secundário, “onde reentram de pleno as condutas que, independentemente das proibições que as atingem, se revelem axiologicamente neutras”¹⁰²⁷. Isto, como vimos também, com um longo cortejo de consequências sobre os princípios e regras, substantivos e adjectivos, constitucionais e ordinários, que devem reger cada um dos domínios.

Julgamos ter ficado claro que foi esse o paradigma que Eduardo Correia ambicionou para o ordenamento jurídico-sancionatório português, tal como nos parece ser o esse paradigma que os autores que actualmente se inscrevem nesta corrente doutrinal desejam para as relações entre o direito penal e o direito contra-ordenacional. O problema fundamental está, a nosso ver, na circunstância de se querer continuar a apelar a este pensamento qualitativo de raiz ética como chave heurística do direito penal e contra-ordenacional vigentes quando de há muito que ele se revela largamente desfasado da efectiva realidade normativa positivada no nosso ordenamento jurídico¹⁰²⁸.

Como pudemos verificar, aquela ideia de fundo não é “apenas” tomada como padrão crítico do ordenamento positivo e assim erigida como ideia rectora de um eventual direito a constituir. Não é isso que sucede. O que acontece é algo bem

¹⁰²⁷ DIAS, Figueiredo, “Para uma dogmática do direito penal secundário”, n.º 3718, p. 12.

¹⁰²⁸ Neste sentido crítico, com ênfase no processo contra-ordenacional, DIAS, Augusto Silva, “O direito à não auto-inculpação no âmbito das contra-ordenações do Código dos Valores Mobiliários”, *C&R*, n.º 1, 2010, p. 256 e s.

diferente: o direito sancionatório vigente, *hoc sensu*, tem vindo a ser “lido” e tratado como se a generalidade das normas penais e contra-ordenacionais tipificadoras de comportamentos puníveis tivessem sido criadas pelo legislador português à luz daquele paradigma, quando a realidade das coisas é bem distinta. Com efeito, a tendência legislativa das últimas décadas esteve praticamente sempre arredada daquele modelo de estrita repartição entre crimes e contra-ordenações fundada no relevo axiológico dos factos objecto de tutela¹⁰²⁹. Os exemplos são tantos e tão ostensivos que é com espanto que vemos a ampla e longa dominância desta tese não só na doutrina, como também e sobretudo na jurisprudência, que todos os dias se confronta com factos ético-socialmente relevantes tipificados legalmente como contra-ordenação. Uma concepção que, no nosso ponto de vista, além de não encontrar um reflexo na realidade normativa vigente, tanto na perspectiva do direito ordinário como do direito constitucional, não é sequer defensável como modelo para o qual devem ser encaminhadas as relações futuras entre os domínios penal e contra-ordenacional, não servindo ainda, por isso também, como referente válido do escrutínio crítico a que o ordenamento positivo deve estar sujeito em permanência.

2. A pretensão de constituir um novo direito sancionatório composto exclusivamente por ilícitos eticamente indiferentes por contraposição a um direito penal penetrado pelo critério do mínimo ético foi logo levada, seguramente por influência de Eduardo Correia, ao preâmbulo do primeiro diploma legal instituidor de um regime-quadro das contra-ordenações, o Decreto-Lei n.º 232/79. Tal sucedeu, aliás, como referimos e criticámos, em termos que iam muito para além do que seria razoável, fazendo desse preâmbulo uma espécie de panfleto doutrinal, e apregoando até, claramente contra a realidade dos factos, um alegado consenso na doutrina internacional em torno da existência de uma distinção material entre o direito penal e o direito de mera ordenação social assente em um critério ético, que na verdade não existia¹⁰³⁰, nem

¹⁰²⁹ Cf. infra, § 23. Nesta direcção, também PINTO, Frederico Costa, “As codificações sectoriais...”, p. 92 e ss., CARVALHO, Taipa de, ²DP-PG, § 217, e DIAS, Silva, «*Delicta in Se*» e «*Delicta Mere Prohibita*», p. 30, nota 42, que todavia considera que o reconhecimento de que embora *de jure constituto* não seja “defensável em toda a linha um critério material-qualitativo de diferenciação entre crimes e contra-ordenações, mas sim um critério misto como propõe um sector da doutrina alemã”, tal “não invalida (numa certa visão das coisas, exige mesmo) que se continue a defender «de jure constituendo», isto é, numa perspectiva de jurisprudência crítica, um critério material-qualitativo de distinção”.

¹⁰³⁰ Cf. DELMAS-MARTY, Mireille, “Introduction: Différenciation des systèmes juridiques à dominante pénale ou administrative”, p. 31 e s., em síntese sobre os relatórios nacionais apresentados ao XIV

mesmo sequer no referente alemão. O certo é que a “mensagem” passou e como que se incrustou na nossa experiência contra-ordenacional, sobretudo jurisprudencial, tendo sido sucessivamente invocada e usada como fundamento das suas decisões primeiro pela Comissão Constitucional e depois pelo Tribunal Constitucional, que assim sempre tomaram *a priori* a contra-ordenação como uma infracção materialmente distinta do crime em função da neutralidade ética dos factos por cada um abrangidos.

Isto aconteceu, acrescente-se, mesmo apesar dos sinais que desde a primeira hora revelavam uma divergência entre este discurso qualitativo de raiz ética e a concreta prática normativa do legislador português. O indício mais significativo dessa dissonância foi logo a imediata conversão em bloco de todas as contravenções ou transgressões puníveis com sanções pecuniárias em contra-ordenações, ditada pelo art. 1.º-3 daquele Decreto-Lei n.º 232/79. Considerando o conceito de contravenção que praticamente desde o início do século, a partir de A. Henriques da Silva, recebia o acordo da generalidade da doutrina e da jurisprudência nacionais, o de contravenção como tipo de infracção dirigido à protecção de um conjunto indeterminado de bens jurídicos, tanto individuais como supra-individuais, sob a forma de tutela de perigo¹⁰³¹, só por preconceito se poderia entender que todas as contravenções até então existentes no ordenamento jurídico português corresponderiam indistintamente a factos sem qualquer ressonância ética. Muitos deles, na verdade, contendiam com bens jurídicos tão pessoais e tão fundamentais sob o ponto de vista ético-social, como a vida ou a integridade física, que, como notámos já na análise crítica que dirigimos ao pensamento de Eduardo Correia, a sua transformação sem mais em contra-ordenações poria imediatamente em crise o dogma de que os bens jurídicos do direito contra-ordenacional não são “valores ou interesses fundamentais da vida comunitária ou da personalidade ética do homem, mas simples valores de criação ou manutenção de uma certa ordem social e por consequência mais ou menos estranhos – isto é: indiferentes – à ordem moral”¹⁰³². Tanto assim que, como Eduardo Correia não deixava de reconhecer, o

Congresso Internacional de Direito Penal da *Association Internationale de Droit Pénal*, de 1987, acerca da distinção entre o direito criminal e o designado direito administrativo penal em mais de duas dúzias de países, dos continentes europeu, americano e asiático: “a descrição das estruturas jurídicas (...) revela que, apesar da diversidade das formas observadas, a diferenciação entre sistemas sancionatórios de índole penal ou administrativa é fundada, por certo, sobre uma racionalidade lógica, que se articula menos sobre uma diferença de natureza do que sobre uma diferença de gravidade”.

¹⁰³¹ Cf. supra, § 8.

¹⁰³² CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal*, I, p. 28 e s. Recorde-se, em reforço do que se procura significar em texto, que é nem mais, nem menos do que Eduardo Correia quem apresenta como exemplo de

conceito de contravenção até então plasmado na lei penal portuguesa não abrangia “a chamada actividade administrativa social, o sub-interesse propulsor da administração”¹⁰³³, não sendo por isso sobreponível ou sequer reconduzível à categoria de ilícito administrativo desenvolvida por Goldschmidt.

Nessa medida, a transformação das contravenções puníveis com penas pecuniárias em contra-ordenações operada pela primeira lei-quadro das contra-ordenações instituiu como primeiros tipos contra-ordenacionais do sistema jurídico português infracções que, em princípio, seriam alheias àquela mera função de ordenação social e representariam antes modalidades de tutela antecipada sob a forma de prevenção de perigo de um largo conjunto de bens jurídicos, entre os quais se contavam interesses identificáveis como valores ético-sociais primários da comunidade¹⁰³⁴. Não deixa mesmo de ser irónico o facto, aliás bem premonitório do rumo que o legislador português viria depois a dar ao direito de mera ordenação social, que a nossa primeira lei de direito contra-ordenacional tenha logo representado a primeira traição legislativa à aspiração doutrinal de dotar o ordenamento português de um novo ramo de direito sancionatório exclusivamente afecto à tutela de bens destituídos de qualquer carga axiológica e dirigidos somente à criação ou manutenção de uma determinada ordenação social. Um facto que é, além disso, sintomático da pura e simples inexequibilidade do propósito desta corrente doutrinal de purificar o direito penal através da passagem de um sem-número das suas infracções, desprovidas de *dignidade penal* ou de *necessidade de pena*, para um outro domínio sancionatório – que por isso mesmo não poderia deixar de apresentar momentos de continuidade e de comunicabilidade com o domínio penal – e mesmo assim pretender perseverar na ideia de esse novo domínio deveria na sua essência ser substancialmente distinto do criminal.

contravenção a circulação rodoviária em excesso de velocidade, pelo perigo que representa para vários interesses, *como a vida humana, a integridade física ou a propriedade* (*Direito Criminal*, I, p. 218); bens jurídicos esses que, naquele mesmo *Direito Criminal*, I, p. 28, antes havia expressamente considerado como interesses indissociáveis do direito penal de justiça por corresponderem a “valores ou bens fundamentais da comunidade, isto é, aqueles interesses primários sem cuja observância a vida em sociedade não seria possível”.

¹⁰³³ CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal*, I, p. 219, que continua nos seguintes termos: “Sendo assim vem, por outro lado, a mostrar-se que a distinção consagrada no nosso Código não coincide com a distinção entre ilícito administrativo e de justiça no critério de Goldschmidt. As contravenções, no nosso direito, não coincidem, na verdade, inteiramente, com os factos que violam as disposições que procuram promover o progresso e o desenvolvimento social – esses mesmos que, justamente, no critério de Goldschmidt, constituem o ilícito criminal administrativo”.

¹⁰³⁴ Fazemos aqui uso de uma expressão empregada pelo próprio CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal*, I, p. 29, para contrapor o direito penal ao direito de mera ordenação social, à data ainda por ele denominado como direito criminal administrativo.

A actividade legislativa das últimas décadas, manifestada em milhares de diplomas legais criadores de um número perfeitamente inquantificável de tipos contra-ordenacionais, representa a prova provada dessa inexequibilidade, dando mostras, além do mais, de um efectivo e irreversível divórcio do legislador contra-ordenacional português em relação ao paradigma de diferenciação qualitativa de matriz ético-social a que aspiraram os fundadores doutrinários do nosso direito de mera ordenação social. É isso mesmo que uma observação distanciada da nossa experiência contra-ordenacional permite concluir, levando inclusive a afirmar que “a operação levada a cabo em Portugal não parece de modo algum ter sido fiel às promessas e ao encanto (pelo menos inicial) de uma distinção dos crimes em relação às contra-ordenações”¹⁰³⁵.

3. Esse contraste entre o ordenamento positivo e o modelo legal idealizado por este sector doutrinal verifica-se não tanto no, chamemos-lhe assim, lado penal do paradigma, mas sobretudo no seu lado contra-ordenacional¹⁰³⁶. Ou seja, onde o legislador nacional se distanciou do rumo preconizado por esta corrente não foi na vertente da criminalização, antes sim no da contra-ordenacionalização. Com maior ou menor sucesso – dir-se-ia até com muito sucesso, se, numa perspectiva que em todo o caso nos pareceria assaz redutora, a avaliação fosse feita somente à luz da jurisprudência constitucional e do número de incriminações até hoje tidas pelo Tribunal Constitucional como inconstitucionais por violação do princípio do bem jurídico, duas ao todo, nos últimos trinta anos!, sendo que apenas uma delas, a do enriquecimento ilícito, foi tipificada no período do pós-25 de Abril – a legiferação penal procurou manter-se dentro dos limites apertados que a natureza de *ultima ratio* da intervenção penal lhe impõe¹⁰³⁷. Não foi, pois, por aqui, pelo lado estritamente penal, que o modelo qualitativo foi deixado cair pela prática legislativa. Onde ele soçobrou foi antes pelo lado contra-ordenacional. A pretensão de ver circunscrito o direito das contra-ordenações a factos puramente anódinos, sem outro relevo para além do da organização regulativa das relações entre as pessoas e entre elas e a administração e como tal sem

¹⁰³⁵ DONINI, Massimo, “La riforma della legislazione penale complementare”, p. 29.

¹⁰³⁶ Para um confronto semelhante ao que se segue em texto entre o *dever-ser* preconizado pelo pensamento qualitativo e o *ser* formado pela realidade normativa, cf. o *teste empírico* há muito levado a cabo por JESCHECK, “Das deutsche Wirtschaftsstrafrecht”, p. 460 e s.

¹⁰³⁷ Cf., todavia, PALMA, Maria Fernanda, “Direito penal especial: o vértice do sistema penal”, in: Maria Fernanda Palma *et. al.*, *Direito Penal Económico e Financeiro*, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, pp. 14 e 22 e *passim*.

ressonância ética em si mesmos, não foi minimamente acolhida e posta em prática pelo legislador português.

É óbvio que no direito contra-ordenacional português pululam infracções de cariz eminentemente ordenacional que cobrem condutas em relação às quais dificilmente se descortinará qualquer significado axiológico. Tal sucede sobretudo no âmbito da regulação das relações entre os particulares e a administração, que constantemente desponta nos mais variados domínios normativos. Prescrições legais que, referidas a essas relações, punem a falta de apresentação ou de actualização de dados ou documentos, o cumprimento fora do prazo, a falta de prestação de informações, a ausência de comunicação prévia, a não obtenção de títulos ou de licenças, enfim, a não observância de obrigações deste jaez são, como é natural, uma constante da nossa legislação contra-ordenacional e ligam-se muitas vezes, embora nem sempre¹⁰³⁸, a condutas axiologicamente incolores.

A par deste tipo de normas contra-ordenacionais *muitas* outras existem, porém, que correspondem a factos aos quais se liga uma função de protecção de autênticos bens jurídicos que de modo algum podem qualificar-se como eticamente indiferentes¹⁰³⁹, frequentemente com um referente constitucional e que não raro também são apodados de bens jurídico-penais pela doutrina penal. São estas contra-ordenações que, vezes sem conta, vêm pondo a nu o manifesto desencontro entre o quadro legal actual e o paradigma preconizado pela concepção qualitativa do critério ético. Parece-nos, aliás, evidente que outra coisa não seria de esperar a partir do momento em que o legislador enveredou por um caminho de disseminação da tutela contra-ordenacional como resposta sancionatória nas mais variadas esferas da vida social e económica nacional, ao ponto de ser já um lugar comum afirmar que não há praticamente nenhum domínio que escape ao dedo do legislador contra-ordenacional¹⁰⁴⁰.

Entre as matérias que teremos oportunidade de referenciar ao longo da nossa investigação, são, por exemplo, qualificadas como contra-ordenação condutas como a violação do dever de assegurar que todas as dádivas de sangue são submetidas à análise da presença de infecções de hepatite B e C e de HIV¹⁰⁴¹, a inobservância dos cuidados

¹⁰³⁸ Cf. infra, § 35.5.

¹⁰³⁹ Nesta conclusão, também PINTO, Frederico Costa, “As codificações sectoriais...”, p. 94, e CARVALHO, Taipa de, ²DP-PG, §§ 235, 238 e s. e 260 e s.

¹⁰⁴⁰ Assim, v. g., PINTO, Frederico Costa, “As codificações sectoriais...”, p. 88, e VILELA, Alexandra, *O Direito de Mera Ordenação Social*, p. 165.

¹⁰⁴¹ Arts. 21.º e 24.º-4, h), do Decreto-Lei n.º 267/2007, de 24/7 – cf. infra, § 35.2.

que visam garantir a qualidade e segurança do sangue e dos componentes sanguíneos da qual decorra perigo grave ou dano para a saúde individual ou pública¹⁰⁴², ou a recusa de fornecimento ou impedimento de fruição de bens ou serviços, bem como a recusa ou a limitação de acesso a cuidados de saúde fundadas na raça, cor, nacionalidade ou origem étnica¹⁰⁴³.

A adução exemplificativa destes casos fala por si quanto à existência de contra-ordenações que respeitam a factos que não só não eticamente neutros como são portadores de uma tão pesada densidade axiológica que seria até ocioso discorrer sobre o seu significado à luz dos padrões éticos ditados pelas valorações sociais, morais ou culturais em que a generalidade das pessoas entre nós se revê¹⁰⁴⁴. Não pretendemos, no entanto, sobrestimar a importância destes exemplos limite, pois, quando considerados isoladamente, casos extremados podem sempre ser objectados com o argumento de que o legislador errou ao qualificá-los como contra-ordenação, já que pela sua natureza deveriam assumir relevo criminal. A objecção afigurar-se-á, porém, descabida, e improcedente se mesmo assim formulada, se deixarmos de atentar em pontuais tipos contra-ordenacionais e nos detivermos sobre opções legislativas de fundo dirigidas globalmente a determinadas áreas do sistema social¹⁰⁴⁵. Essas sim reveladoras da compatibilidade ou incompatibilidade de um determinado modelo doutrinal com o sistema legal em vigor constitucionalmente conforme.

Como se explicitará infra em relação aos mais variados propósitos e domínios, posta a questão nesta perspectiva ampla é patente uma tendência legislativa de escolher a via contra-ordenacional ora como meio exclusivo, ora como meio absolutamente dominante de tutela sancionatória de sectores fundamentais da nossa vida colectiva, frequentemente em ordem a garantir o cumprimento de deveres estaduais de protecção de bens jurídicos com referente constitucional. Com isto estamos longe de pretender significar que a simples circunstância de determinado interesse ser portador de relevo constitucional tenha de implicar, por si só e sem mais, que qualquer facto que com ele contenda deva necessariamente ser considerado como um facto dotado de dignidade penal. Como é evidente, tal depende ainda, e decisivamente, do tipo e do grau de ofensa

¹⁰⁴² Art. 24.º-4, n), do Decreto-Lei n.º 267/2007 – cf. infra, § 35.2.

¹⁰⁴³ Arts. 4.º-1, c) e g), e 9.º, da Lei n.º 134/99, de 28/8 – cf. infra, § 35.3.

¹⁰⁴⁴ De uma “reprovação *ético-jurídica*” fala precisamente RIBEIRO, Joaquim de Sousa, “Constitucionalização do direito civil”, *BFDUC*, 74.º vol., 1998, p. 753, a propósito das práticas discriminatórias arbitrárias em função de factores raciais como as que se referem em texto.

¹⁰⁴⁵ Desenvolvidamente, infra, §§ 22., 23. e 35.

que lhe seja dirigida¹⁰⁴⁶. Não obstante, seria por de mais surpreendente que, apesar de se atribuir ao direito das contra-ordenações uma tão ampla e por vezes até exclusiva função de tutela sancionatória de bens jurídicos com dimensão constitucional, não nos deparássemos aí frequentemente com tipos contra-ordenacionais que cobrem factos em si mesmos susceptíveis de receberem uma tutela penal em virtude da sua incontestável dignidade penal.

Um exercício de observação geral sobre a parte especial do direito contra-ordenacional português permitirá divisar uma realidade normativa composta por um sem-número de infracções que dão cobertura sancionatória a normas reguladoras de relações entre particulares ou dirigidas a comportamentos dos indivíduos e dos entes colectivos no espaço público com possíveis repercussões na esfera pessoal de terceiros, tutelando assim interesses ou bens jurídicos individuais, alguns deles de carácter pessoalíssimo e que se contam entre os mais relevantes da ordem axiológico-constitucional dos bens jurídicos. Tal exercício topará ainda com tipos contra-ordenacionais que visam a protecção, mais ou menos directa, de bens jurídicos colectivos, ora titulados pelo Estado, ora pela comunidade, boa parte deles constituindo expressão do catálogo constitucional dos direitos fundamentais económicos, sociais e culturais ou dando corpo ao quadro geral constitucionalmente previsto para a organização económica do país.

Perante este estado de coisas, fruto de opções legislativas que se vêm sucedendo ao longo das últimas três décadas, não vemos como possa contestar-se que a direcção adoptada pelo legislador nacional correu no sentido de sistematicamente lançar mão do direito contra-ordenacional, frequentemente numa relação articulada com instrumentos penais, para através dele tutelar bens jurídicos individuais e colectivos com uma inequívoca, e não raro até primária, dimensão constitucional. Não surpreende, por isso, que uma parte considerável das infracções do direito das contra-ordenações português corresponda a factos que em si mesmo considerados são portadores de uma indeclinável relevância axiológica quando vistos sob o prisma das valorações sociais, culturais ou morais reflectidas na ordem jurídico-constitucional dos bens jurídicos. De estranhar seria, isso sim, que tendo o legislador estendido uma tão vasta e apertada malha de tutela contra-ordenacional sobre um leque tão alargado e diversificado de áreas da vida

¹⁰⁴⁶ Por todos, ANDRADE, Manuel da Costa, “A «dignidade penal» e a «carência de tutela penal» como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime”, *RPCC*, 2/1992, p. 184 e s. Cf. ainda infra, §§ 31. e 32.

social continuasse a ser tendencialmente estranho ao direito da contra-ordenações o exercício de um papel sancionatório dirigido a condutas por si só portadoras de significado axiológico.

Temos, por conseguinte, como um erro pretender persistir na ideia, que contudo continua a ser dominante entre nós, de que o direito contra-ordenacional nacional se caracteriza em geral pela neutralidade ética das condutas por si abrangidas e é formado por infracções que ainda quando possam dizer-se ligadas à prossecução de uma função de protecção de bens jurídicos não cobrem, no entanto, aquele tipo de interesses tidos como fundamentais na e para a vida colectiva.

E todavia, é precisamente esse dogma que, apesar de permanentemente desmentido pelo Diário da República, continua a alimentar um coro de críticas a uma inevitável – e até certo ponto, diríamos mesmo, desejável – tendência de aproximação das garantias contra-ordenacionais às penais, naquele movimento que na sugestiva expressão de Figueiredo Dias vem sendo apelidado de contra-revolução contra-ordenacional¹⁰⁴⁷. Um dogma que, mais grave do que isso, na prática da jurisprudência continua a ser invocado e exercitado todos os dias como critério fundamental de decisão no tratamento das mais variadas questões contra-ordenacionais. Como notámos supra, esta realidade é mesmo uma constante na metodologia decisória do Tribunal Constitucional, o qual, via de regra, enfrenta os problemas contra-ordenacionais na base do pressuposto de que o direito das contra-ordenações é todo ele permeado por uma lógica de neutralidade axiológica¹⁰⁴⁸. Uma premissa que é aceite pelo Tribunal como um dado adquirido e insusceptível de discussão, apesar de, como acabámos de concluir, ser inválida em geral e, o que é mais gritante, não raro até frontalmente posta em crise pelos concretos tipos legais de contra-ordenação objecto da sua apreciação.

Tudo o que se torna ainda mais paradoxal quando se constata que – não obstante não lhe terem faltado oportunidades, tal é o número de contra-ordenações submetidas à sua apreciação orientadas para a protecção de bens jurídicos constitucionalmente

¹⁰⁴⁷ Cf., de novo, DIAS, Figueiredo, “Oportunidade e sentido da revisão do Código Penal português”, p. 31, e ²DP-PG, I, 7.º Cap., § 6.

¹⁰⁴⁸ Um procedimento metodológico que é particularmente frequente no âmbito processual (cf. Ac. do TC n.º 659/2006, com uma ampla resenha desta tendência da nossa jurisprudência constitucional) e que é, com razão, apodado por DIAS, Silva, “O direito à não auto-inculpação no âmbito das contra-ordenações do Código dos Valores Mobiliários”, p. 256 como *simplista e falacioso*: “É simplista porque ignora a evolução entre nós do Direito de mera ordenação social (...). É falacioso, desde logo, porque a premissa maior [«os crimes são material ou qualitativamente distintos das contra-ordenações»] só é válida enquanto proposição normativa e não descritiva, isto é, enquanto a forma verbal «são» exprimir um dever ser e não um juízo sobre a realidade”.

relevantes (cf. art. 79.º-C da Lei do Tribunal Constitucional) – nunca até hoje o Tribunal Constitucional banuiu do ordenamento positivo um qualquer tipo contra-ordenacional com fundamento numa sua eventual categorização legal como contra-ordenação quando, à luz do paradigma de uma distinção qualitativa de entono ético, a criminalização teria sido a opção constitucionalmente devida.

Não nos custa admitir que esta corrente doutrinal a quem vão dirigidas estas considerações críticas é animada por um propósito louvável e em que nos revemos, o de, tanto quanto possível, garantir a natureza subsidiária e fragmentária do direito penal. A questão é que, aparentemente por causa disso, esta concepção pretende manter o direito das contra-ordenações acantonado a uma função de pura ordenação social, alheia a uma função de tutela de bens jurídicos, para isso tendo de forçar uma diferença de natureza que na realidade não é assumida e praticada pelo legislador. Ao fazê-lo, porém, tem como que fingir que não vê ou entrar em negação sempre que se depara com concretas refrações do direito contra-ordenacional que vão para além daquela missão puramente ordenatória por si idealizada.

É esta atitude que nos parece estar por trás, por exemplo, da necessidade de, contra todas as evidências, pôr em causa a função de tutela de bens jurídicos concretamente exercida pelo direito contra-ordenacional, seja procurando secundarizá-los ou atribuir-lhes uma natureza distinta, nomeadamente, administrativa, daquela que na verdade têm, como faz Figueiredo Dias¹⁰⁴⁹; seja postulando novos bens jurídicos, de carácter tendencialmente supra-individual, substitutivos daqueles consensualmente tidos como bens jurídicos protegidos pela norma, como vemos em Faria Costa¹⁰⁵⁰; seja reconduzindo-os a puros interesses organizatórios ou funcionais, atenta a alegada impossibilidade de o direito de mera ordenação social incidir sobre valores pessoais, como sustenta Maria João Antunes¹⁰⁵¹.

¹⁰⁴⁹ DIAS, Figueiredo, ²*DP-PG, I*, 6.º Cap., § 34.

¹⁰⁵⁰ COSTA, Faria, ³*Fragmenta*, Cap. 2, § 37, para quem, como referimos, a norma contra-ordenacional que proíbe o excesso de velocidade no tráfico rodoviário tutela um bem jurídico, um tanto ou quanto estranho, diga-se, de “evitação da prática de acidentes”, e não, como em geral se entende, a vida, a integridade física ou a propriedade (assim, correctamente, embora referindo-se à infracção enquanto contravenção, logo CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal*, I, p. 218) ou, pelo menos, a segurança rodoviária como bem jurídico supra-individual comum aos crimes e às contra-ordenações rodoviárias (cf. na perspectiva penal, VIEIRA, Francisco Marques, *Direito Penal Rodoviário. Os Crimes dos Condutores*, Porto, Publicações Universidade Católica, 2007, p. 47 e ss.; crítico, com razão, HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter*, p. 139 e ss.).

¹⁰⁵¹ ANTUNES, Maria João, “Concurso de contra-ordenações”, p. 468.

Nenhuma destas abordagens é, contudo, aceitável, não nos parecendo, na verdade, lícito desfigurar a realidade das coisas para assim criar uma aparência de congruência entre a teoria que se advoga e essa pretensa realidade. Sendo embora nosso propósito adiante explicitar esta ideia mais de espaço, parece-nos conveniente desde já adiantar que em nosso parecer não há razão para considerar existir uma espécie de privilégio do direito penal na tutela de certos bens jurídicos de eminente relevância. Mesmo bens jurídicos de primeiríssima ordem, como, por exemplo, a vida ou a saúde, não só são, como podem e devem ser protegidos pelo direito das contra-ordenações¹⁰⁵². Essa acção contra-ordenacional deverá, naturalmente e por princípio, dirigir-se a formas de ameaça menos graves a esses bens jurídicos do que aquelas a que o direito penal se dirija, mas está longe de ter necessariamente de significar que as condutas em questão sejam axiologicamente assépticas. O que não nos parece admissível é que perante condutas que atentam, em maior ou menor medida, sob a forma de perigo ou de dano, contra os mesmos exactos bens jurídicos se identifique ou qualifique a natureza desses bens em função da qualificação legal daquelas condutas como crime ou como contra-ordenação. Só para exemplificar, sejam quais forem os bens jurídicos tutelados pelos tipos que proíbem a condução sob o efeito do álcool – a vida, a integridade física, a propriedade, *etc.*, para uns¹⁰⁵³; a segurança rodoviária, para outros¹⁰⁵⁴ – parece-nos escapar a qualquer lógica que se faça variar a identificação do bem jurídico consoante o grau de perigosidade típica do comportamento proibido, até certa medida qualificado como contra-ordenação e a partir daí como crime. Do mesmo modo, também não faz sentido que por mudar a natureza legal de um certo facto, através, *v. g.*, da sua conversão de crime em contra-ordenação ou vice-versa, se considere que só por isso houve uma transformação do bem jurídico tutelado. Assuma o facto a natureza legal que assumir, o bem jurídico objecto de protecção será sempre o mesmo.

4. A referida atitude de a todo o custo procurar afirmar uma diferença de essência entre o direito penal e o direito das contra-ordenações espelha-se no relevo atribuído ao famoso critério complementar da transformação de uma significativa quantidade em

¹⁰⁵² Cf. *infra*, §§ 27. a 32.

¹⁰⁵³ ROXIN, ⁴AT, § 2, n.º m. 131, e MITSCH, ²Ordnungswidrigkeiten, § 3, n.º m. 9, tendo precisamente em vista a contraposição entre crimes e contra-ordenações na perspectiva da possibilidade de tutela de bens jurídicos individuais pelo direito de mera ordenação social.

¹⁰⁵⁴ DIAS, Figueiredo, ²DP-PG, I, 11.º Cap., § 45, e VIEIRA, Francisco Marques, *Direito Penal Rodoviário*, p. 47 e ss.

uma nova qualidade, que vem já de Goldschmidt e que entre nós continua a fazer curso pela mão de Figueiredo Dias, também aqui seguido por Susana Aires de Sousa e pelo Tribunal Constitucional¹⁰⁵⁵. Com essa ideia pretende fazer-se valer o ponto de vista de que mesmo nos casos em que aparentemente as condutas objecto de proibição penal e contra-ordenacional são em tudo idênticas e só se distinguem entre si através de uma certa medida quantitativa¹⁰⁵⁶ estaremos, ainda assim, perante factos materialmente diferentes, dado que a partir de uma certa quantidade a conduta adquire todo um outro significado axiológico.

Todavia, o argumento prova mal e na verdade é inútil para o fim a que é destinado.

Prova mal, porque ao querer arvorar-se em uma espécie de tradução daquelas que são ou não são as convicções sociais acerca do relevo axiológico de uma certa conduta desloca o problema do plano jurídico e situa-o no plano ético, abrindo a porta a que cada um interprete o sentir social à luz das suas próprias convicções pessoais. Se, por exemplo, para Figueiredo Dias a condução com 1 g/l de álcool no sangue é um facto que para a comunidade é desprovido de relevo ético-social, só o adquirindo, mediante um salto “qualitativo”, quando atinge os 1,2 g/l¹⁰⁵⁷, já para Taipa de Carvalho e Lobo Moutinho trata-se de um facto que de modo algum é visto pela colectividade como tal¹⁰⁵⁸.

Já não bastasse comportar este risco de arrastar a discussão para um patamar em que o que verdadeiramente parece contar são as percepções individuais sobre aquelas que se julgam ser as valorações sociais dominantes¹⁰⁵⁹, este dito critério complementar acaba por revelar-se inútil para os fim a que é destinado¹⁰⁶⁰, o de demonstrar que o direito penal lida com factos prenhes de densidade axiológica e o direito das contra-ordenações não. Aparentemente, neste tipo de casos ninguém discute se o facto que o

¹⁰⁵⁵ DIAS, Figueiredo, ²DP-PG, I, 7.º Cap., § 12, SOUSA, Susana Aires de, *Os Crimes Fiscais*, p. 265, e Ac. do TC n.º 461/2011, *AcTC* 82.º, p. 291.

¹⁰⁵⁶ É o que sucede, v. g., com a realização de certas actividades sob o efeito do álcool, como a condução de veículos (art. 292.º do CP e art. 81.º do Código da Estrada) e a caça (arts. 29.º e 34.º da Lei da Caça), e com várias infracções fiscais previstas no RGIT (cf. SOUSA, Susana Aires de, *Os Crimes Fiscais*, p. 263 e ss.).

¹⁰⁵⁷ DIAS, Figueiredo, “Do direito penal administrativo ao direito de mera ordenação social”, p. 148 e s., e ²DP-PG, I, 7.º Cap., § 12.

¹⁰⁵⁸ CARVALHO, Taipa de, ²DP-PG, § 235 e ss., e MOUTINHO, Lobo, *Direito das Contra-Ordenações*, p. 54 e ss.

¹⁰⁵⁹ Crítico de abordagens pré-jurídicas desta natureza, o próprio DIAS, Jorge de Figueiredo, *Liberdade, Culpa, Direito Penal*, 3.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1995, p. 239 e s. (esp. nota 19).

¹⁰⁶⁰ Nesta conclusão de inutilidade, igualmente MOUTINHO, Lobo, *Direito das Contra-Ordenações*, p. 56.

legislador acabou por criminalizar tem por si próprio relevância axiológica suficiente para ser crime, mas se o facto que com ele vive paredes-meias e em relação ao qual o legislador se ficou pelo mero nível contra-ordenacional tem ou não uma carga ético-social equiparável. Ora, não é pela circunstância de nessa ponderação se chegar à conclusão de que essa específica conduta à qual foi atribuída somente tutela contra-ordenacional é desprovida de ressonância ética que há-de necessariamente concluir-se que todo o direito das contra-ordenações é integralmente formado por condutas também todas elas axiologicamente neutras. Pois, se é certo que existem inúmeras infracções contra-ordenacionais que correspondem a tais tipos de comportamentos, onde serão de contar essas objecto de semelhante juízo de avaliação, tal não tira que existam também muitas outras que, como referimos, são indisputadamente tidas como relevantes sob um ponto de vista ético-social. Tal como, aliás e inversamente, o facto de se reconhecer esse significado àquelas condutas que são objecto de incriminação mediante apelo a critérios quantitativos não tira também que crimes existam, *maxime* no direito penal secundário, que integram acções com relevo axiológico inexistente ou, de todo o modo, insignificante¹⁰⁶¹.

5. Se o direito das contra-ordenações não se tornou naquilo que, segundo a doutrina ora em consideração, estava destinado a ser, um direito sancionatório de pura ordenação social exclusivamente composto por factos ético-socialmente assépticos, resta saber se faz sentido continuar a pugnar por esse paradigma. Se, dito de outro modo, o caminho certo para a actual e futura convivência do direito penal e do direito contra-ordenacional é o da reconformação do direito das contra-ordenações em um autêntico direito de *mera ordenação social*. Uma questão que se prende, portanto, *já não com o direito contra-ordenacional que temos, mas com o que deveríamos ter*.

Pelo que vai dito bem se percebe já que a resposta nos pareça dever ser negativa. Cremos, com efeito, que o direito contra-ordenações de modo algum deve ser transformado nisso que nunca verdadeiramente foi, coisa que aliás se nos afigura de todo em todo inexequível; do mesmo modo que temos como seguro que a contraposição entre os domínios penal e contra-ordenacional não poderá, nem deverá passar pelo plano do sentido ético-social da conduta de um modo tal que o direito das contra-ordenações fique esvaziado de factos axiologicamente significantes. Isto até para que o

¹⁰⁶¹ DIAS, Figueiredo, ²DP-PG, I, 13.º Cap., § 31 e ss.

próprio direito penal possa efectivamente exercer a função que constitucionalmente dele se espera, de tutela *subsidiária* de bens jurídicos com dimensão constitucional.

Toda a questão tem directa e inextricavelmente que ver com o próprio conceito material de crime, pois quando se procura traçar as fronteiras do território criminal, nomeadamente, por contraposição ao contra-ordenacional, está-se do mesmo passo, assumidamente ou não, a tentar determinar qual deva ser a área, bem como o conteúdo de uma legítima intervenção penal, como que deixando o resto para uma possível acção contra-ordenacional. E mais do que isso até, a partir do momento em que nesta discussão se tenta, pelo inverso, fixar uma determinada natureza ao direito das contra-ordenações essa posição acaba inevitavelmente por co-determinar o teor do conceito material de crime. É que a relação entre o direito penal e o direito contra-ordenacional não é de sentido único, daquele para este, sendo antes, bem pelo contrário, de recíproca influência.

Não pode, na verdade, pretender-se atribuir-se uma certa função ao direito das contra-ordenações e esperar que tal não tenha depois repercussões sobre a definição da matéria criminal. Será sobretudo assim quando se conceba um direito sancionatório público dirigido às relações entre os particulares e, numa vertente externa¹⁰⁶², entre estes e o Estado composto exclusiva ou, pelo menos, fundamentalmente pelo binómio crime / contra-ordenação. Quando tal suceda, como, em princípio deverá suceder no nosso sistema jurídico, a adscrição ao direito contra-ordenacional de uma missão de pura ordenação social à qual seja estranha uma função de directa protecção de valores ético-socialmente relevantes terá inevitavelmente como reverso da medalha uma pressão sobre o direito penal para que abarque *todos* os factos que possam reputar-se como relevantes sob aquele ponto de vista, o que, como de imediato se intui, tem uma necessária repercussão no plano da avaliação da subsidiariedade da intervenção penal. Tudo o que mostra pois que direito penal e direito contra-ordenacional estão de tal modo imbricados um com o outro que a determinação do papel e do conteúdo de cada um deles deve ser pensada em conjunto, de forma integrada.

6. Concebendo o problema da contraposição entre crimes e contra-ordenações como um problema de correlativa densificação do conteúdo do ilícito de cada um

¹⁰⁶² Com esta precisão visamos excluir o direito disciplinar da consideração em texto.

deles¹⁰⁶³, que por isso necessariamente se dirige assim ao legislador¹⁰⁶⁴, quando nos deparamos com os modelos de distinção preconizados por autores como Figueiredo Dias e Faria Costa somos, em último termo, levados, como já anteciparam Welzel, Costa Andrade e Günther¹⁰⁶⁵, a reconduzir o seu pensamento qualitativo do critério ético como que a uma neocompreensão jusnaturalista do direito penal¹⁰⁶⁶. Uma filiação que, recorde-se, nesta matéria não só não era desdenhada, como era até expressamente reivindicada por um autor tão próximo da concepção de Figueiredo Dias como Richard Lange¹⁰⁶⁷. Poderá, é certo, tentar-se relativizar esta colagem, como logo, ainda que aí só a propósito da temática do erro sobre a ilicitude, Figueiredo Dias procurou fazer quando – em contraposição à crítica de que com este pensamento haveria como que uma transformação do “direito penal de justiça em um novo «direito natural», esquecendo-se a sua natureza eminentemente histórica”¹⁰⁶⁸ – sustentou a ideia de que “bem pode aceitar-se (como tem de aceitar-se) que *todas* as incriminações são eminentemente históricas, sem por aqui prejudicar a ideia de que, em cada momento e lugar, algumas delas correspondem e outras não correspondem a um fundamento ético válido para uma certa consciência moral, cultural ou social que a comunidade jurídica reconhece”¹⁰⁶⁹.

Esta relativização não é, em nosso modo de ver, suficiente para iludir a indelével marca jusnaturalista, *hoc sensu*, que vai imanente às várias posições que se agregam nesta corrente qualitativa de feição ética. Como a proposição de Figueiredo Dias de que o direito penal é o direito das condutas axiológico-socialmente relevantes e o direito das contra-ordenações é o direito das condutas axiológico-socialmente neutras, estando o critério decisivo da distinção assente no desvalor moral, cultural ou social dessa conduta

¹⁰⁶³ Assim, expressamente, DIAS, Figueiredo, “Para uma dogmática do direito penal secundário”, n.º 3716, p. 330, e “O movimento da descriminalização e o ilícito de mera ordenação social”, p. 326 e ss., e COSTA, Faria, “A importância da recorrência no pensamento jurídico”, p. 45 e ss., para quem “a problematização e as conseqüentes tentativas de dilucidação do problema do direito de mera ordenação social – através da sua evolução doutrinal e histórico-dogmática – escondem outros problemas dos quais o menor não será, por certo, a natureza do próprio direito penal” (p. 48).

¹⁰⁶⁴ DIAS, Figueiredo, “Para uma dogmática do direito penal secundário”, n.º 3717, p. 364, e “O movimento da descriminalização e o ilícito de mera ordenação social”, p. 329.

¹⁰⁶⁵ Cf. WELZEL, “Der Verbotsirrtum im Nebenstrafrecht”, p. 240, ANDRADE, Costa, “Contributo para o conceito de contra-ordenação”, p. 110 e ss., e GÜNTHER, “Das Recht der Ordnungswidrigkeiten”, p. 388.

¹⁰⁶⁶ Com interesse, ainda ANDRADE, Manuel da Costa, *Consentimento e Acordo em Direito Penal (Contributo para a Fundamentação de um Paradigma Dualista)*, Coimbra, Coimbra Editora, 1991, p. 32 e ss.

¹⁰⁶⁷ LANGE, “Ordnungswidrigkeiten als Vergehen”, p. 3, e *Das Rätsel Kriminalität*, p. 50 e ss. O próprio DIAS, Figueiredo, ²DP-PG, I, 6.º Cap., § 7, não deixa, porém, de reconhecer uma certa afinidade entre este seu critério e a ideia de construção de um “delito natural”.

¹⁰⁶⁸ DIAS, Figueiredo, *O Problema da Consciência da Ilicitude*, § 20, I, p. 395 e s.

¹⁰⁶⁹ DIAS, Figueiredo, *O Problema da Consciência da Ilicitude*, § 20, I, p. 396.

*prévio à proibição*¹⁰⁷⁰. Ou a tese de Faria Costa de que “a intencionalidade que determina o direito penal parte da matriz comunitária e é mediatizada pelo detentor do *ius puniendi*”, ao passo que, “em contrapartida, a intencionalidade que subjaz ao direito de mera ordenação social arranca do próprio Estado e é simultaneamente por este mediatizada, tendo em vista um efeito do cuidar preventivamente”¹⁰⁷¹. Ou ainda a ideia que a espaços aflora na jurisprudência constitucional de que é “a censurabilidade imanente de certas condutas, isto é, prévia à normatização jurídica, que as torna aptas a um juízo de censura pessoal”¹⁰⁷², assim impondo uma “exigência de dignidade punitiva prévia das condutas, enquanto expressão de uma elevada gravidade ética e merecimento de culpa”¹⁰⁷³.

Tomadas nestes termos, estas concepções acabam, em substância, por reconduzir a definição da matéria penal a uma *compreensão pré-jurídica* referida a um quadro de valores ético-sociais que vive na comunidade e dá corpo a um sentido próprio e extrajurídico de ilicitude que o legislador penal se limita a desvelar quando lhes estampa o signo legal de facto penalmente punível. Posições que, *nolens volens*, se inscrevem no problema de fundo da definição do conteúdo material do conceito de crime e que por isso quando assumidas na sua pureza de modo algum podem ser aceites como modelo válido para legitimar a criminalização. Falham, pois, não só no plano da caracterização do direito contra-ordenacional quando o concebem como um reino que cobre apenas condutas eticamente anódinas, como até logo no plano que fundamentalmente as motiva, o da busca de critérios de legitimação e de validade para o direito penal.

Pretender que o legislador faça depender as suas decisões sobre a criminalização e, *a contrario*, sobre a tipificação de contra-ordenações daquela que é a mundivisão da colectividade sobre um certo tipo de conduta significa, desde logo, adoptar um critério de nula operatividade¹⁰⁷⁴ e que, para usar uma expressão de Figueiredo Dias avançada a

¹⁰⁷⁰ Por último e em síntese, muito claramente, DIAS, Figueiredo, ²*DP-PG, I, 7.º Cap., § 7*. Veja-se ainda que é mesmo Figueiredo Dias quem explicitamente postula este carácter pré e extrajurídico das valorações que aqui relevam. Fá-lo, *v. g.*, em passagens como as seguintes: “consoante as condutas por ele proibidas devessem ainda considerar-se relevantes à luz de uma qualquer valoração *prévia* de carácter ético-social” (²*DP-PG, I, 7.º Cap., § 4, it. nosso*); ou “existem na verdade condutas às quais, *antes e independentemente do desvalor da ilicitude*, corresponde, e condutas às quais não corresponde um mais amplo desvalor moral, cultural ou social” (²*DP-PG, I, 7.º Cap., § 10, it. nosso*).

¹⁰⁷¹ COSTA, Faria, *O Perigo em Direito Penal*, p. 466.

¹⁰⁷² Ac. do TC n.º 211/95. Nesta direcção, ainda os Acs. do TC n.º 527/95 e n.º 397/2012.

¹⁰⁷³ Ac. do TC n.º 211/95.

¹⁰⁷⁴ Assim, logo ANDRADE, Costa, “Contributo para o conceito de contra-ordenação”, p. 111 e s., ANGIONI, *Contenuto e Funzioni*, p. 173, e agora MOUTINHO, Lobo, *Direito das Contra-Ordenações*, p. 53 e ss. Ainda nesta direcção, mas em perspectiva mais geral, não directamente ligada a esta nossa questão,

um propósito paralelo, acaba por “abrir a porta a um subjectivismo incontrollável”¹⁰⁷⁵. Não se descortina um mínimo sequer de exequibilidade à operação legislativa se tais decisões forem feitas depender de uma realidade espiritual de conteúdo e contornos tão ambíguos e, na verdade, tão polifórmicos como é aquela que corresponde às ditas concepções ético-sociais forjadas pela consciência colectiva. Demais que, por imperativos constitucionais, essas decisões devem ser fruto de todo um rito legislativo no qual devem intervir representantes da colectividade com as mais variadas orientações e sensibilidades políticas e... ético-sociais!

Com isto tocamos o verdadeiro calcanhar de Aquiles deste pensamento, a sua pura e simples incompatibilidade com o pluralismo social que a ideia de Estado de direito material acolhe e procura garantir¹⁰⁷⁶. Mesmo que lhe não vá pressuposta ou associada uma compreensão monocromática do sentir social – como nos parece óbvio que não vai em autores como Figueiredo Dias ou Faria Costa, com toda uma obra que a este propósito fala por si – nele vai ao menos implícito o risco da desconsideração ou até do sacrifício de concepções éticas perfilhadas por sectores minoritários da sociedade, mas nem por isso eventualmente menos dignos de respeito ou tolerância, na ara do pensamento dominante. Um risco que mesmo que possa dizer-se só latente não deixa por isso de ser menos insuportável e é no fundo resultado de um postulado que perpassa por toda esta concepção, o de que a génese da criminalização se liga a um quadro axiológico emanado de certas valorações sociais, morais ou culturais perfilhadas pela comunidade e que são recebidas pelo legislador como uma espécie de dado pré-jurídico para que com elas e a partir delas teça a malha normativa penal. Ora, como acentua Ivo Appel, no âmbito de um Estado de direito e em uma sociedade em que latem as mais variadas concepções ético-sociais não é aceitável que as decisões

CARVALHO, Américo Taipa de, *Condicionalidade Sócio-Cultural do Direito Penal – Análise histórica. Sentido e Limites*, Sep. do BFDUC, 1985, p. 91, e CUNHA, Maria da Conceição, «*Constituição e Crime*», p. 111 e ss.

¹⁰⁷⁵ DIAS, Figueiredo, ³*Liberdade, Culpa, Direito Penal*, p. 240, nota 19. É curioso notar, por exemplo, que um caso como o da circulação em transportes públicos sem bilhete é configurado pelo nosso Tribunal Constitucional como um comportamento violador de “simples regras de conduta ou de ordenação da comunidade social ou de colaboração com o Estado” (Acs. do TC n.º 117/2007 e 344/2007) e ao mesmo tempo é erigido por alguma doutrina (WOHLERS, Wolfgang, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts – zur Dogmatik "moderner" Gefährungsdelikte*, Berlin, Duncker & Humblot, 2000, p. 318 e ss., e HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter*, p. 190 e ss.) a protótipo do *free-riding* moral e eticamente reprovável que pode estar na base da legitimação de uma reacção penal (criticamente, infra, § 25.2.2).

¹⁰⁷⁶ Nesta direcção, STRATENWERTH / KUHLEN, ⁶*AT*, § 2, n.º m. 2 e s., APPEL, Ivo, *Verfassung und Strafe*, pp. 220 e ss. e 485 e ss., DIAS, Silva, «*Delicta in Se*» e «*Delicta Mere Prohibita*», p. 189 e ss., e ainda até, no que vai logo implícita uma falta de coerência interna no seu pensamento, DIAS, Figueiredo, ²*DP-PG, I*, 6.º Cap., § 11 e ss.

legislativas – sobretudo, acrescentamos nós, aquelas como as penais, que, como nenhuma outra, contendem de modo tão significativo com a liberdade e a dignidade das pessoas – procurem a sua razão de ser e o seu conteúdo em pré-compreensões que vivem fora do espaço normativo delimitado e conformado pelo legislador democrático¹⁰⁷⁷. Assim é que “o parâmetro fundamental de todo o quadro sancionatório – também e em especial do penal – não pode ser uma qualquer ética social, mas apenas a (ética social da) ordem jurídica”¹⁰⁷⁸. O único desvalor ético-social que deste modo pode fundamentar e acompanhar a aplicação da pena será apenas pois aquele que resultar das valorações emanadas do quadro constitucional democraticamente formado¹⁰⁷⁹. Um quadro que, acompanhando Jorge Miranda / Jorge Pereira da Silva, de modo algum pode ser concebido “como uma ordem fechada e composta por valores absolutos ou supraconstitucionais”¹⁰⁸⁰. Pode com isto dizer-se, ainda com Ivo Appel, que, “nesta acepção, não existem *mala in se*, mas somente *mala prohibita*”¹⁰⁸¹.

Não que deste modo defendamos uma qualquer espécie de positivismo constitucional, parecendo-nos, isso sim, de acompanhar Vieira de Andrade quando, tendo os direitos fundamentais como horizonte de compreensão, os caracteriza como uma ordenação axiológica dotada de unidade de sentido consubstanciada por “valores ou bens que a Constituição, *nuns casos recebe* como dados irrecusáveis da cultura universal ou nacional, *noutros casos de algum modo cria*, procurando interpretar o sentido colectivo da época na determinação de um projecto de vida em comum”¹⁰⁸². Uma ordenação que, desta forma, de modo algum pode ser vista como uma ordem de valores hierárquica, abstracta e fechada, devendo antes ser concebida como “uma *ordem pluralista e aberta* e, por isso, não hierárquica”¹⁰⁸³. Até porque, nas palavras

¹⁰⁷⁷ APPEL, Ivo, *Verfassung und Strafe*, pp. 220 e ss. e 485 e ss., e na mesma direcção o Tribunal Constitucional Federal alemão, no referido Caso do Incesto (Ac. do *BVerfGE* de 26-02-2008, *cit.*, n.º m. 39). Próximos desta ideia, MÜLLER-DIETZ, Heinz, *Strafe und Staat*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 1973, p. 30 e s., ANDRADRE, Manuel da Costa, “O novo Código Penal e a moderna criminologia”, in: *Jornadas de Direito Criminal. O Novo Código Penal Português e Legislação Complementar, Fase I*, Lisboa, Centro de Estudos Judiciários, 1983, p. 202 e s., RODRIGUES, Anabela, *A Determinação da Medida da Pena Privativa da Liberdade*, p. 284 e s., e CUNHA, Maria da Conceição, «Constituição e Crime», p. 135 e ss.

¹⁰⁷⁸ APPEL, Ivo, *Verfassung und Strafe*, p. 222.

¹⁰⁷⁹ Assim, igualmente CARVALHO, Taipa de, ²*DP-PG*, § 69.

¹⁰⁸⁰ MIRANDA, Jorge / SILVA, Jorge Pereira da, in: Jorge Miranda / Rui Medeiros (orgs.), ²*Constituição Portuguesa Anotada*, Art. 18.º, p. 379.

¹⁰⁸¹ APPEL, Ivo, *Verfassung und Strafe*, p. 486 e s.

¹⁰⁸² ANDRADE, Vieira de, ⁵*Os Direitos Fundamentais*, p. 100 (it. nosso).

¹⁰⁸³ ANDRADE, Vieira de, ⁵*Os Direitos Fundamentais*, p. 101. Igualmente nesta direcção, os já referidos MÜLLER-DIETZ, *Strafe und Staat*, p. 30 e s., ANDRADRE, Costa, “O novo Código Penal e a moderna

inspiradoras do Conselheiro Cardoso da Costa, “a sintonia da «lei constitucional» com a tradição cultural da comunidade a que respeita (a «cultura constitucional», espaciotemporalmente situada) é pedra de toque da sua mesma legitimidade e força normativa”¹⁰⁸⁴!

Na lição fundamental de Figueiredo Dias, que neste ponto acompanhamos irrestritamente, não são enfim os valores que vivem no fundo ético-cultural de uma comunidade em um dado momento e que se objectivam historicamente através da «consciência jurídica comunitária» que podem “arvorar-se imediatamente em *fundamentos de validade jurídico-penal*: isso só deve tornar-se possível através da sua mediação (ou «positivação») pela Constituição democrática do Estado”¹⁰⁸⁵.

O critério pré-jurídico da relevância ética do facto mostra-se portanto imprestável essencialmente por não lograr adequar-se ao princípio pluralista que é uma das marcas de água da ideia de Estado de direito democrático e por remeter o conceito material de crime para um espaço que paira fora do sistema de valores jurídico-constitucionalmente postulado.

Nisto falha inapelavelmente logo na estrita dimensão da definição do reducto criminal. Mas falha ainda também no plano mais específico para o qual se pretende directamente dirigir, o da delimitação das fronteiras entre o ilícito penal e o ilícito contra-ordenacional.

Onde menos se fará sentir esse problema será porventura naquelas situações em que se discuta a criminalização ou a subsistência da relevância penal de condutas em relação às quais convivam no espaço social concepções éticas ou morais bem marcadas e que se oponham vivamente entre si¹⁰⁸⁶. Estamos a pensar em casos como aqueles neste contexto identificados por Figueiredo Dias, “como, v. g., o do mero consumo de drogas, o do incesto entre adultos, o do auxílio à prostituição consciente e desejada, o da prática em círculo privado de jogo de fortuna ou azar, o da tentativa de suicídio,

criminologia”, p. 202 e s., bem como ainda MIRANDA, Jorge / SILVA, Jorge Pereira da, ²*Constituição Portuguesa Anotada*, I, Art. 18.º, p. 379.

¹⁰⁸⁴ Declaração de voto do Cons. José Manuel Cardoso da Costa ao Ac. do TC n.º 25/84.

¹⁰⁸⁵ DIAS, Figueiredo, ³*Liberdade, Culpa, Direito Penal*, p. 239 e s.

¹⁰⁸⁶ Como bem adverte DIAS, Figueiredo, *O Problema da Consciência da Ilícitude*, § 20, III, 4., p. 411, “não deve confundir-se a discutibilidade do fundamento ético de uma proibição legal ou de uma valoração da ilicitude com a neutralidade axiológica da conduta que as integra; pois a discutibilidade daquele fundamento é até o mais seguro penhor de que a conduta que nele repousa é axiologicamente relevante”.

etc.”¹⁰⁸⁷. Aqui, as mais das vezes a discussão coloca-se não propriamente no plano da escolha dos meios sancionatórios, mas em um momento prévio, logo o de saber se os factos devem ou não ser proibidos pela ordem jurídica, incidindo portanto logo sobre a própria norma de proibição. Dado que com frequência estão aqui em jogo questões do chamado domínio dos costumes, via de regra o debate assoma no âmbito penal. Casos tem havido porém em que a (eventual) intervenção proibitiva do Estado, mesmo tendo (ou podendo vir a ter) lugar apenas com auxílio da tutela contra-ordenacional, tem gerado acesas discussões no espaço público entre distintas mundivisões morais ou ético-sociais, nomeadamente, quando essa intervenção toca dimensões básicas da liberdade geral de acção ou incide sobre matérias que tradicionalmente são versadas por concepções morais ou religiosas, como é o caso da sexualidade. Referimo-nos, concreta e respectivamente, a toda a discussão pública em torno do eventual alargamento da proibição de fumar aos espaços públicos ao ar livre ou até ao próprio automóvel quando nele circulem também crianças, e à proibição, reforçada por uma ameaça de coima, de os casais homossexuais poderem beneficiar da utilização de técnicas de procriação medicamente assistida¹⁰⁸⁸. Estes exemplos parecem-nos, aliás, suficientemente ilustrativos de que, contra o que pensa Faria Costa, não há por que considerar que “as normas do direito de mera ordenação social (...) não devem *nem podem* suscitar conflitualidade”¹⁰⁸⁹.

Seja como for, sejam elas discutidas no âmbito penal ou no contra-ordenacional, parece-nos que, quando objecto de controvérsia, estas questões onde as valorações ético-sociais se apresentam com cores mais carregadas se projectam bem mais no ponto de saber se as condutas a elas respeitantes devem ser proibidas ou impostas pela ordem jurídica do que no da demarcação entre o direito penal e o direito contra-ordenacional. Nesta última vertente – aquela que, recorde-se, dá corpo ao problema a que as teses

¹⁰⁸⁷ DIAS, Figueiredo, ²*DP-PG, I*, 6.º Cap., § 10.

¹⁰⁸⁸ Cf. arts. 6.º-1 e 44.º-1, c), da Lei n.º 32/2006, de 26/7 – “Só as pessoas casadas (...) ou as que, sendo de sexo diferente, vivam em condições análogas às dos cônjuges há pelo menos dois anos podem recorrer às técnicas de PMA”. Ao tempo em que este diploma entrou em vigor o ordenamento jurídico nacional não conhecia a figura do casamento homossexual, pelo que perante aquela redacção era claro que as técnicas de PMA estavam vedadas a todos os casais homossexuais. A partir do momento em que entre nós passou a ser legalmente admitido o casamento entre pessoas do mesmo sexo, a letra daquele preceito parece já não abranger os casais de pessoas do mesmo sexo que hajam contraído matrimónio (resta é saber se mesmo assim não existem outros preceitos que conduzam à proibição, como o art. 4.º), mas deixa claramente subsistir a proibição em relação àqueles que apenas vivam em condições análogas às dos cônjuges. Caso em que continua a fazer sentido o exemplo apresentado em texto.

Sobre a disposição em apreço, cf. ANTUNES, Maria João, “Procriação medicamente assistida”, p.

90.

¹⁰⁸⁹ COSTA, Faria, ³*Fragmenta*, Cap. 2, § 45 (it. nosso).

doutriniais a que nos referimos procuram dar uma resposta – convergem tendencialmente, isso sim, questões que se prendem com factos cuja coloração ético-social é bem mais difícil de descortinar ou avaliar. Questões para as quais, todavia, o legislador muitas vezes se sente convocado e como que obrigado a definir um certo quadro sancionatório. Ora, não é senão aqui que com maior acuidade se faz sentir a necessidade de um critério de distinção entre crimes e contra-ordenações que oriente as decisões legislativas em matéria sancionatória.

Se, caricaturando, o problema fosse o de saber se os homicídios, a violação ou o rapto deveriam manter natureza criminal e o estacionamento em contramão ou a entrega da declaração de impostos fora do prazo deveriam continuar a ter natureza contra-ordenacional, verdadeiramente não haveria um problema de contraposição entre direito penal e direito contra-ordenacional. O ponto é que a realidade da vida das sociedades contemporâneas é bem mais complexa e matizada do que a realidade formada por estas comparações compostas por casos extremados, sendo porém justamente neste contexto de hipercomplexidade do real que o legislador tem de tomar as suas opções, incluindo a escolha dos instrumentos sancionatórios com que pretende armar determinada regulação legal que se proponha adoptar¹⁰⁹⁰.

Sendo este o espaço onde o critério qualitativo de carácter ético-social deve actuar e não o de um mundo em que é tudo branco ou preto, ele acaba por claudicar, por total falta de capacidade operativa, ali onde é submetido à sua verdadeira prova de fogo, o domínio das condutas que não apresentem uma imediata e aberta carga axiológica reconhecida pela generalidade das pessoas. Aí, de balde o legislador procurará decifrar no puro e extrajurídico palpitar social valorações ético-sociais claras e de sentido concludente para efeitos de uma eventual qualificação de um comportamento como crime ou contra-ordenação. Por isso até que não devem sem mais apodar-se de ilegítimas incriminações introduzidas no sistema penal que correspondam a comportamentos que na comunidade não são maioritariamente vistos como moral ou eticamente errados. Como bem nota Costa Andrade, “não faltam (...) casos em que o legislador se vê compelido a incriminar condutas que podem não contrariar as concepções éticas dominantes ou contar mesmo com o seu apoio. Neste contexto, não é

¹⁰⁹⁰ Cf. HASSEMER / NEUMANN, ³NK, antes do § 1, n.º m. 85 e ss.

muitas vezes tarefa fácil ajuizar sobre uma dada conduta é crime porque assume relevância ética ou se, pelo contrário, ela assume relevo ético porque é crime”¹⁰⁹¹.

7. Como resulta do exposto, é nossa convicção que a concepção qualitativa do critério ético se vê a braços com dificuldades inultrapassáveis em vários dos pontos-chave do modelo de distinção entre crimes e contra-ordenações que preconiza. E na verdade, não só no lado contra-ordenacional, como também no lado penal desse modelo.

Em Figueiredo Dias deparamo-nos, no entanto, com uma tentativa de solver tais aporias, nomeadamente, na sua vertente penal. Um propósito que todavia conduz à convivência de *duas grandes linhas antinómicas* dentro do seu pensamento relativo à questão de fundo da definição do conteúdo material do conceito de crime¹⁰⁹². Temos, de um lado, quanto à distinção entre crimes e contra-ordenações, a ideia de que os crimes corresponderão àquelas condutas em si mesmas portadoras de um substrato axiológico-socialmente relevante na perspectiva de determinadas valorações morais, culturais ou sociais, de valorações, portanto, *pré- ou extrajurídicas*¹⁰⁹³. Ao passo que, de outro lado, a propósito das relações entre o direito penal e o direito constitucional, da distinção entre direito penal de justiça e direito penal secundário, enfim, da legitimação material da intervenção criminal, somos confrontados com um paradigma do direito penal como ordem sancionatória com uma exclusiva função de tutela subsidiária de bens jurídicos, por sua vez densificados através de uma relação de mútua referência com a ordem axiológico-constitucional dos bens jurídicos e num quadro de observância do princípio constitucional da proibição do excesso, concretizado pelos critérios materiais da dignidade penal e da carência de tutela penal¹⁰⁹⁴.

Que há uma incompatibilidade insuperável entre uma e outra proposta é coisa que nos afigura evidente e procuraremos de seguida explicitar. Revendo-nos nós no essencial desta segunda perspectiva do nosso Mestre, estamos convencidos que é mesmo ela que, assumida de modo consequente, *definitivamente dita a invalidade do*

¹⁰⁹¹ ANDRADE, Costa, “Contributo para o conceito de contra-ordenação”, p. 111 e s. Em termos similares, CUNHA, Maria da Conceição, «*Constituição e Crime*», p. 110, nota 304.

¹⁰⁹² Apontando já dificuldades de harmonia interna ao modelo de Figueiredo Dias, embora não exactamente aquelas que procuramos deslindar em texto, MOUTINHO, Lobo, *Direito das Contra-Ordenações*, p. 52.

¹⁰⁹³ DIAS, Figueiredo, *²DP-PG, I*, 6.º Cap., § 34, e 7.º Cap., § 9 e ss.

¹⁰⁹⁴ Por último, DIAS, Figueiredo, *²DP-PG, I*, 6.º Cap., §§ 24 e ss. e 37 e ss., e DIAS, Figueiredo, “O «direito penal do bem jurídico» como princípio jurídico-constitucional”, *passim*.

critério ético-social como elemento materialmente diferenciador entre o direito penal e o direito de mera ordenação social.

7.1 Cremos ser oportuno começar por recordar que a primeira vez que Figueiredo Dias lançou mão da distinção entre condutas que *per se* são axiologicamente relevantes e condutas que o não são foi no âmbito do erro. O critério foi proposto para identificação de casos por si tidos como hipóteses de erro intelectual ou de conhecimento, que formam o erro sobre as proibições legais para o qual deveria valer uma solução na linha da teoria do dolo, isto é, de exclusão do dolo, por contraposição às de erro moral ou de valoração, essas sim determinantes de um autêntico erro sobre a ilicitude¹⁰⁹⁵. Trata-se de uma construção toda ela desenvolvida dentro da esfera penal e que, como é consensualmente reconhecido¹⁰⁹⁶, encontrou consagração no regime dos arts. 16.º-1, II parte, e 17.º do actual CP. Uma circunstância e outra que são do maior relevo para o problema que nos ocupa, pois mostram que tanto no plano da especulação teórica de Figueiredo Dias, como no plano da lei, que no fundo dela deriva, se admite como dado que é tão incontornável que carece de uma específica solução dogmática e legal a existência de infracções penais às quais correspondem condutas em si mesmas desprovidas de qualquer significado axiológico pré-jurídico¹⁰⁹⁷. Uma fatalidade que nem sequer é um exclusivo do direito penal secundário, pois, de acordo com o próprio Figueiredo Dias, “também no domínio do direito penal de justiça se nos deparam acções da mais estrita neutralidade axiológica”¹⁰⁹⁸.

Mostrou-se por isso avisada e certa a distância que Figueiredo Dias inicialmente fez questão de guardar quanto à eventual aplicabilidade do critério ético-social da conduta à questão geral da distinção entre o ilícito penal e o ilícito contra-ordenacional. “E isto, – como de imediato esclareceu –, desde logo, porque o critério da neutralidade ou relevância axiológica, dizendo embora respeito à conduta como tal, é

¹⁰⁹⁵ DIAS, Figueiredo, *O Problema da Consciência da Ilicitude*, § 20, II, 2., p. 401, e *passim*.

¹⁰⁹⁶ Cf. DIAS, Figueiredo, “Para uma dogmática do direito penal secundário”, n.º 3720, p. 75, nota 132, e pela nossa parte o nosso *Justificação e Desculpa por Obediência em Direito Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, p. 305 e ss., com mais referências neste sentido.

¹⁰⁹⁷ Nesta conclusão, também DIAS, Jorge de Figueiredo / CAEIRO, Pedro, “Erro sobre proibições legais e falta de consciência do ilícito (arts. 16.º e 17.º do Código Penal) – violação de regras de execução orçamental, *RPCC*, 2/1995, p. 270: “se fosse buscar-se a ressonância ética das condutas ao valor corporizado no bem jurídico, chegaríamos à conclusão absurda de que todas as condutas penalmente proibidas detêm relevância ética independentemente da proibição e, então, o regime do erro sobre proibições relevantes vertido no artigo 16.º, n.º 1, do Código Penal (...) seria totalmente inútil!”.

¹⁰⁹⁸ DIAS, Figueiredo, *O Problema da Consciência da Ilicitude*, § 20, III, 2., p. 406.

ainda e sempre um critério alcançado teleologicamente a partir de um e para um problema de culpa”¹⁰⁹⁹. Um critério portanto que não se refere à questão genética da criminalização, não se dirigindo então ao legislador¹¹⁰⁰, mas apenas, o que de todo o modo já não é nada pouco, ao problema do desconhecimento da ilicitude por falta de representação da proibição ao nível da consciência psicológica do agente, a operar pelo juiz.

Figueiredo Dias manteve-se até hoje fiel ao critério da neutralidade ética da conduta como instrumento delimitador entre o erro sobre a ilicitude previsto no art. 17.º do CP e o erro sobre as proibições legais regulado pelo art. 16.º-1, II parte, do CP. Com o correr do tempo, porém, e porventura em função da necessidade de conciliar aquela sua perspectiva com as posições entretanto firmadas acerca da caracterização do conteúdo do direito penal secundário e no sentido da extensão de tal critério ao lugar da delimitação das fronteiras entre direito penal e direito contra-ordenacional¹¹⁰¹, passou a ser bem menos aberta a sua propensão para admitir a existência de ilícitos penais, mesmo no seio do direito penal secundário, aos quais subjazem condutas desprovidas de qualquer relevância axiológica.

Aqui e ali, no tratamento dogmático do erro sobre as proibições não consegue todavia evitar reconhecer que ele há factos que tendo embora relevância penal assumem “um carácter perfeitamente neutro do ponto de vista axiológico”¹¹⁰² ou a que corresponde uma “pequena ou *insignificativa relevância axiológica* da acção [que] faz com que o facto, no conjunto dos seus elementos, não suscite imediatamente um

¹⁰⁹⁹ DIAS, Figueiredo, *O Problema da Consciência da Ilicitude*, § 20, II, 2., p. 402.

¹¹⁰⁰ Como clara e abertamente passou a dirigir-se quando foi transposto para a disputa sobre a distinção entre crimes e contra-ordenações – cf. DIAS, Figueiredo, “Para uma dogmática do direito penal secundário”, n.º 3717, p. 364.

¹¹⁰¹ Um claro indício disto que sugerimos em texto é fornecido por Figueiredo Dias quando no seu “Para uma dogmática do direito penal secundário”, n.º 3720, p. 75, nota 132, sente necessidade de corrigir uma sua anterior posição acerca do relevo ético das condutas do direito penal secundário: “se bem que importe corrigir uma certa sugestão que aí [RLJ, 1976, p. 134 e ss.] deixei contida sobre a neutralidade axiológica das condutas no âmbito do direito penal económico”. Necessidade que parece advir da proposição fundamental que sustenta nesse “Para uma dogmática do direito penal secundário”, a de que, por definição, o direito penal secundário é integrado por condutas que contendem com a ordem axiológico-constitucional dos bens jurídicos ligados aos direitos sociais, *hoc sensu*, sendo sempre, por isso, axiologicamente relevantes.

¹¹⁰² DIAS, Jorge de Figueiredo, “Crime de câmbio ilegal”, *Colectânea de Jurisprudência*, 1987, II, p. 56, onde versa sobre um caso concreto de imputação de um crime de câmbio ilegal e, como resulta já do trecho citado em texto, conclui “tratar-se de um crime em que as condutas que o integram não assumem, independentemente da proibição, um evidente carácter ético de desvalor, a ponto de se poder considerar irrelevante o erro sobre a proibição”. Cf. ainda DIAS, Jorge de Figueiredo / CAEIRO, Pedro, “Erro sobre proibições legais...”, p. 271 e *passim*, agora quanto ao crime de violação de normas de execução orçamental: “podemos, por isso, concluir que a conduta proibida pelo art. 14.º, alínea b), da L. n.º 34/87, é inteiramente desprovida de ressonância ética”.

problema de desvalor ligado ao dever-ser jurídico; e que portanto o substrato da valoração da ilicitude não é aqui constituído apenas pela conduta como tal, antes por esta acrescida de um elemento novo: a proibição legal”¹¹⁰³.

Concatenado com a ideia que sustenta de que a linha divisória material entre crimes e contra-ordenações é a da relevância ética das condutas prévia à proibição, esta admissão de Figueiredo Dias, mesmo que só pontual, de que o ordenamento penal conhece crimes que integram condutas sem uma tal coloração axiológica deveria em coerência conduzi-lo à conclusão de que esses ilícitos penais correspondem na sua materialidade a factos que, em substância, são contra-ordenações. Caso em que seria de considerar materialmente ilegítima, e assim inconstitucional, a sua qualificação como crime. Como ainda, numa conclusão já antes correctamente intuída pelo próprio Figueiredo Dias, num escrito conjunto com Pedro Caeiro¹¹⁰⁴, seria até igualmente de concluir pela inutilidade do regime legal do art. 16.º-1 do CP relativo ao erro sobre a proibição legal. Pois se a relevância ética da conduta fosse só por si critério de legitimação material da incriminação a verificação da neutralidade axiológica de uma dada concreta conduta objecto de criminalização implicaria necessariamente a sua inconstitucionalidade, assim esvaziando de qualquer sentido útil aquele regime do erro.

Nem uma coisa, nem outra são, porém, advogadas por Figueiredo Dias. Continua, de facto, a defender a total pertinência e necessidade dogmática e político-criminal do regime legal do erro sobre a proibição legal¹¹⁰⁵. E quando se depara com incriminações que correspondem a comportamentos que afinal se mostram destituídos de qualquer densidade ética não só não as tarimba como constitucionalmente inadmissíveis, como até aponta para a aplicação daquela disciplina legal do erro, deixando portanto em aberto uma eventual punição do agente a título de negligência¹¹⁰⁶.

Nada disto nos parece errado, antes pelo contrário colhe a nossa inteira concordância. Mas o que estas posições dogmáticas deixam perceber é que o modelo preconizado por Figueiredo Dias para estabelecer uma diferenciação material entre o direito penal e o direito das contra-ordenações vive como que isolado e à parte do seu paradigma de legitimação material do direito penal e da dogmática do facto punível que lhe faz corresponder. As incongruências apontadas são mesmo sinal inequívoco de um

¹¹⁰³ DIAS, Figueiredo, *2DP-PG, I*, 13.º Cap., § 31 (it. nosso).

¹¹⁰⁴ Cf. novamente DIAS, Figueiredo / CAEIRO, Pedro, “Erro sobre proibições legais...”, p. 270.

¹¹⁰⁵ Por último, DIAS, Figueiredo, *2DP-PG, I*, 13.º Cap., § 31 e ss.

¹¹⁰⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo, “Crime de câmbio ilegal”, p. 56, e DIAS, Figueiredo / CAEIRO, Pedro, “Erro sobre proibições legais...”, p. 270 e ss.

dos vícios fundamentais da sua construção dirigida à explicitação das relações entre o penal e o contra-ordenacional, o de, na prática, ela só pretender valer para o plano das contra-ordenações, parecendo não estar-lhe destinado qualquer papel substancial na conformação do domínio penal.

O paradoxo é flagrante: o critério ético-social é mantido de pé mesmo quando é contrariado por ilícitos penais que com ele colidem por serem formados por factos eticamente neutros, os quais, inclusive, são devidamente acomodados no sistema do facto punível; e permanece inabalável quando é confrontado com toda uma mole de contra-ordenações às quais se ligam factos eticamente relevantes, que apesar de assim desmentirem a predição nele contida de que a todas as contra-ordenações correspondem, *a priori* e por definição, factos ético-socialmente incolores, são por causa dele dogmaticamente curadas, por exemplo e sobretudo em matéria de culpa, como se de acções despidas de qualquer densidade axiológica se tratassem.

7.2 Esta via de sentido único do critério de distinção qualitativa volta a dar sinais de si no pensamento de Figueiredo Dias quando nos viramos para a sua concepção fundamental sobre as relações entre o ordenamento constitucional e a ordem jurídico-penal dos bens jurídicos, na qual, como afirmámos já, também nos revemos em larga medida.

Nela começa logo por ser completamente posta de parte aquela situação ambiente de prévia e total abstracção do sistema jurídico que, como referimos, é indissociável de um puro critério ético-social determinante das opções sobre a definição e delimitação do campo do penalmente punível. Para Figueiredo Dias – e parece-nos claro ser esta a sua “verdadeira” ideia sobre esta crucial dimensão das relações entre a moral, a ética e o direito – “a legitimação da intervenção penal não pode hoje ser vista como advinda de qualquer ordem transcendente e absoluta de valores – como derivada, *hoc sensu*, de exigências «metafísicas» –, mas unicamente de critérios funcionais de necessidade (e de conseqüente *utilidade*) social. Por isso a aplicação da pena não mais pode fundar-se em exigências de retribuição ou expiação da culpa, mas apenas em propósitos preventivos de estabilização contrafáctica das expectativas comunitárias na validade da norma violada. O que por sua vez permite (ou mesmo impõe) uma directa ligação desta via de legitimação à questão da função do direito penal, agora definitivamente dessacralizada ou secularizada: uma tal função não reside na defesa ou

realização de uma qualquer ordem moral, mas tão-só na tutela da ordem legal dos bens jurídicos, *necessariamente referida à ordem axiológica jurídico-constitucional*¹¹⁰⁷. Daí que, “a elevação de um interesse à categoria de bem jurídico depende essencialmente, não tanto do «sistema social» *qua tale*, quanto da ordem axiológica jurídico-constitucional como expressão do espaço de consenso comunitário sem o qual a ordem jurídico-penal não pode ser pensada em termos democráticos”¹¹⁰⁸.

A ligação de mútua referência ou de analogia material, que não de recíproca cobertura ou de identidade¹¹⁰⁹, entre os interesses tuteláveis pelo direito penal e o leque de valores de densidade constitucional é uma proposição que constitui de há décadas uma das marcas de água do pensamento de Figueiredo Dias, levando-o mesmo a propor como máxima político-criminal o “princípio de congruência ou de analogia substancial entre a ordem axiológica constitucional e a ordem legal dos bens jurídicos protegidos pelo direito penal”¹¹¹⁰. Lançada no seu fundamental e a tantos títulos notável ensaio “Para uma dogmática do direito penal secundário”, do início da década de 1980¹¹¹¹, esta ideia de fundo coincidiu no tempo com aquela outra que vimos analisando, a de trazer para o campo da distinção entre crimes e contra-ordenações o critério ético que havia antes desenvolvido em matéria de erro. Por estranho que possa parecer, apesar da incompatibilidade e mesmo da inconciliabilidade que divisamos entre ambas, cremos que a formação de cada uma delas no espírito de Figueiredo Dias foi reciprocamente condicionada pela outra. Com efeito, foi com vista a dar cumprimento ao seu propósito de “afrontar e resolver o difícilíssimo problema da determinação da *essência* do direito penal secundário”¹¹¹² que sentiu necessidade de buscar um critério que, mais do que a comprovação “negativa” da diferença entre os dois domínios, isto é, de que o direito de mera ordenação social se apresentaria como um limite negativo do direito penal

¹¹⁰⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo, “Sobre o estado actual da doutrina do crime. Sobre os fundamentos da doutrina e a construção do tipo-de-ilícito”, *RPCC*, 1/1991, p. 17 e s. (it. nosso).

¹¹⁰⁸ DIAS, Figueiredo, “Para uma dogmática do direito penal secundário”, n.º 3718, p. 10. Cf. ainda DIAS, Figueiredo, *Liberdade, Culpa, Direito Penal*, p. 239 e s.

¹¹⁰⁹ Nestes precisos termos, logo repudiando uma relação de identidade entre a ordem axiológica jurídico-penal dos bens jurídicos e a ordem de valores constitucional, SAX, “Grundsätze der Strafrechtspflege”, p. 911. Para uma diluição desta contraposição, cf. CUNHA, Maria da Conceição, «*Constituição e Crime*», p. 204 e ss.

¹¹¹⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo, *O Sistema Sancionatório do Direito Penal Português no Contexto dos Modelos da Política Criminal* (Separata do BFDUC “Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia, 1984), Coimbra, 1988, p. 34.

¹¹¹¹ Na nota de apresentação, esclarece DIAS, Figueiredo, “Para uma dogmática do direito penal secundário”, n.º 3714, p. 263, que o artigo foi escrito em fins de 1981, tendo a ideia que a ele preside sido apresentada na exposição oral que fez em 1977 no âmbito de provas académicas.

¹¹¹² DIAS, Figueiredo, “Para uma dogmática do direito penal secundário”, n.º 3716, p. 330.

secundário¹¹¹³, lhe permitisse “estabelecer, positivamente, o tipo de relações que entre aqueles direitos intercedem”¹¹¹⁴. Ora, no percurso argumentativo que trilhou, *só depois* de ter apelado ao critério ético do desvalor da conduta para obter essa que, no seu ver, seria a comprovação “positiva” da autonomia material do direito penal secundário em relação ao direito contra-ordenacional é que Figueiredo Dias veio a lançar mão do quadro constitucional como rede axiológica susceptível de conferir materialidade à ordem jurídico-penal dos bens jurídicos e simultaneamente autonomia substancial ao direito penal secundário no seu confronto com o direito penal de justiça.

O elemento crítico deste modelo desenhado por Figueiredo Dias foi assim encontrado na ordem axiológica constitucional. É nela que, no seu ponto de vista, os interesses a que o direito penal secundário se dirige podem adquirir e ver reconhecida a sua dignidade penal, fazendo dele um direito *penal* de corpo inteiro¹¹¹⁵, que, por seu turno, devido à sua específica ligação ao domínio constitucional dos direitos económicos, sociais e culturais e da organização económica se cobre de uma identidade própria que o diferencia do direito penal primário. Em suma, “este modo-de-ser particular [do direito penal secundário] funda-se na também particular ressonância que as tarefas de conformação ético-social da comunidade assumem nos quadros de um Estado de direito material. E traduz-se numa ordem legal dos bens jurídicos de índole específica, que tem por critério rector a ordem axiológica constitucional dos direitos sociais e da organização económica; e que, assim, ganha autonomia relativa perante a ordem legal dos bens jurídicos do direito penal clássico, orientada por sobre a ordem axiológica constitucional dos direitos, liberdades e garantias”¹¹¹⁶.

¹¹¹³ Essa comprovação “negativa” encontrou-a DIAS, Figueiredo, “Para uma dogmática do direito penal secundário”, n.º 3716, p. 330 e ss., numa associação entre o actual direito penal secundário e a teoria do direito penal administrativo fundada por James Goldschmidt e numa negação de uma linha de continuidade entre esta e a génese do direito das contra-ordenações. Demos já conta que a nossa leitura é exactamente a oposta: se há um domínio que pode considerar-se herdeiro da doutrina do direito penal administrativo ele é o contra-ordenacional, tendo a ligação do hodierno direito penal secundário àquela teoria ficado a dever-se não a Goldschmidt e a Erik Wolf, que aspiravam à erradicação do seio do direito criminal de todas as incriminações que pudessem reconduzir-se ao espaço normativo de natureza administrativa e não penal que identificaram sob o *nomen* de direito penal administrativo, mas sim à intervenção de Eberhard Schmidt, que abrigou sob o manto teórico da doutrina do direito penal administrativo tanto o direito de mera ordenação social, como o direito sancionatório que conhecemos hoje como direito penal secundário (cf. supra, § 4., 1.).

¹¹¹⁴ DIAS, Figueiredo, “Para uma dogmática do direito penal secundário”, n.º 3716, p. 333.

¹¹¹⁵ DIAS, Figueiredo, “Para uma dogmática do direito penal secundário”, n.º 3718, p. 7 e ss.

¹¹¹⁶ DIAS, Figueiredo, “Para uma dogmática do direito penal secundário”, n.º 3718, p. 12, e agora, por último, ²DP-PG, I, 6.º Cap., § 24 e ss.

Neste contexto, torna-se mais nítido o porquê da reiterada, e todavia errada, renitência de Figueiredo Dias em aceitar que direito penal e direito de mera ordenação social possam compartilhar uma função de tutela de bens jurídicos com ressonância constitucional. É que se é por via da sua ligação à ordenação axiológico-constitucional dos bens jurídicos que o direito penal secundário recebe a sua legitimação como autêntico direito penal e se esta proposição é acompanhada de uma intenção de o conceber como ordem sancionatória materialmente distinta da do direito contra-ordenacional, para garantir a subsistência desta autonomia torna-se indispensável manter o direito das contra-ordenações à distância do quadro de valores jusconstitucional. Tendo o direito penal secundário sido fundamentado nos termos expostos, admitir que afinal também as contra-ordenações poderiam dirigir-se à protecção de bens jurídicos constitucionalmente reconhecidos seria comprometer a autonomia substancial que naquele se pretendia reconhecer, já que ambos passariam a partilhar essa característica crítica para a aquisição da natureza penal. De modo que Figueiredo Dias se viu na necessidade de cortar cerce qualquer possibilidade de relação entre o direito contra-ordenacional e a ordem axiológica jurídico-constitucional dos bens jurídicos¹¹¹⁷. Ao fazê-lo deu uma vez mais mostras daquela visão unidireccional centrada no direito penal que todavia coenvolve profundas implicações para a determinação do conteúdo e função do direito contra-ordenacional.

Na sua ideia, sendo o direito penal concebido, por contraposição ao contra-ordenacional, como um território povoado por factos ético-socialmente relevantes que recebem a sua coloração axiológica através da sua conexão ao sistema de valores jurídico-constitucional, o direito das contra-ordenações não teria então nada que ver com a ordem axiológica constitucional. Nas suas palavras, “condutas em si mesmas axiologicamente neutras *não podem* ofender bens jurídicos no entendimento que deles hoje fazemos (como entidades mistas de aspectos ônticos e axiológicos, que à comunidade jurídica se apresentam como valiosas), *nem tão-pouco ser referenciadas a uma ordem axiológica constitucional*”¹¹¹⁸. Note-se que nesta consideração vai logo

¹¹¹⁷ Assumindo expressamente a estreita ligação da tese da distinção material entre crimes e contra-ordenações e o princípio de congruência entre a ordem axiológica constitucional e a ordem legal dos bens jurídicos, DIAS, Figueiredo, “O Código Penal português de 1982 e a sua reforma”, p. 171.

¹¹¹⁸ DIAS, Figueiredo, “O movimento da descriminalização e o ilícito de mera ordenação social”, p. 328 (it. nosso). Ideia que aflora num outro passo do mesmo estudo: “Pelo direito penal já não deverão ser abrangidas, porém, as condutas que, *dada a sua neutralidade ético-social, não mais permitem* uma referência à ordem axiológica constitucional; mas se se entender que, apesar disso, elas devem ser contrariadas com sanções exclusivamente pecuniárias, de carácter ordenativo, é isso sinal seguro que

implicada uma entorse à premissa fundamental que anima o paradigma penal de Figueiredo Dias, a de que toda a actividade estadual, *maxime* a de cariz sancionatório, deve ser concebida e decidida no quadro constitucional democraticamente definido. Ora, neste afastamento de uma ligação do direito das contra-ordenações à ordem jurídico-constitucional dos bens jurídicos há uma concessão ao critério ético-social que comporta o mais fundo e insuportável dos seus vícios, o da subordinação do sistema de valores constitucionais a um quadro extrajurídico de referentes axiológicos. Não vemos, na verdade, como possa fazer-se outra leitura perante o entendimento de que certa conduta é insusceptível de ser referenciada a uma ordem axiológica constitucional porque é em si mesma axiologicamente neutra. Significa isto que, no fundo, é em função de uma certa valoração ético-social pré-jurídica que pode ou não reconhecer-se se um determinado interesse é portador de relevo axiológico constitucional.

Fica agora ainda mais claro o desencontro do critério ético-social com o princípio da constitucionalidade que denunciámos supra e torna-se de igual modo patente a dualidade de critérios que irremissivelmente compromete a coerência interna da construção de Figueiredo Dias: as condutas cobertas pelo direito penal são ético-socialmente relevantes *porque* ofendem bens jurídicos que estão numa relação de analogia material com a ordem jurídico-constitucional dos bens jurídicos; ao passo que o direito de mera ordenação social não tem, nem parece poder ter qualquer conexão com a ordem axiológica constitucional *uma vez que* é integralmente composto por condutas eticamente neutras!

7.3 Com o decurso do tempo, Figueiredo Dias deu mostras de pretender amenizar estes termos extremados com que começou por conceber a natureza do direito das contra-ordenações. Não propriamente ao ponto de deixar cair a sua tese central de que nelas estão (sempre) em causa condutas eticamente incolores, mas pelo menos reconsiderando aquela sua afirmação inicial de que o direito de mera ordenação social não protege bens jurídicos. Porém, embora seja certo que se inclina agora para admitir o cumprimento pelo direito das contra-ordenações de uma função de tutela de bens jurídicos, na realidade e em derradeira instância, o cerne da sua compreensão sobre a natureza da contra-ordenação permanece intocado. Para Figueiredo Dias, o direito de

estamos perante contra-ordenações, constitutivas de um ilícito de mera ordenação social” (p. 323, it. nosso).

mera ordenação social é e deve (continuar a) ser um ordenamento sancionatório ao qual não cabe uma função de tutela de bens jurídicos com ressonância constitucional. Mesmo não excluindo agora que o ilícito contra-ordenacional se dirija à protecção de bens jurídicos, Figueiredo Dias tem como seguro que esses bens jurídicos não são como os bens jurídico-penais, já que não preexistem à proibição¹¹¹⁹ e não possuem uma referência obrigatória à ordenação axiológica jurídico-constitucional¹¹²⁰. São, portanto, numa expressão que em seu tempo Eberhard Schmidt porventura não desdenharia subscrever, “bens jurídico-administrativos que, como tal são constituídos *através da proibição e por força dela*”¹¹²¹. Com isto – e parecendo procurar contrariar a perspectiva de Roxin, que, como veremos, em virtude de divisar na acção contra-ordenacional uma missão de protecção de bens jurídicos, centra a distinção no tópico da subsidiariedade –, conclui Figueiredo Dias que “não é pois unicamente em função do princípio da *subsidiariedade*, mas logo também ao nível do *bem jurídico – sc.*, da distinção entre bens jurídico-penais e bens jurídico-administrativos – que a distinção entre crimes e contra-ordenações deve ser levada a cabo”¹¹²².

Repare-se que Figueiredo Dias não parece ficar-se apenas pela ideia, que em via de princípio nos pareceria correcta e estaríamos dispostos a acompanhar, de que os interesses tuteláveis pelo direito das contra-ordenações não têm de encontrar na ordem dos bens jurídico-constitucionais um quadro de referência como aquele que é exigível para o da tutela penal. Vai bem mais longe, porque o que na verdade parece defender é que os bens jurídicos contra-ordenacionais não só *não têm de ter* esse referente, como, mais do que isso, *não o podem ter*. Pois se, como diz, a distinção entre crimes e contra-ordenações *deve* ser levada a cabo em primeira linha logo no plano do *bem jurídico*, advogando assim para esse efeito uma contraposição entre *bens jurídico-penais*, os tuteláveis pelo direito penal, e *bens jurídico-administrativos*, os tuteláveis pelo direito das contra-ordenações – bens jurídicos portanto substancialmente distintos entre si, nomeadamente, em virtude da sua ligação ou não à ordem constitucional dos bens jurídicos, que faz com que os penais, porque nela necessariamente ancorados, pré-existam à proibição, e os administrativos, porque nada com ela devendo ter que ver, careçam da proibição para ganhar forma e existência –, tudo isso parece querer

¹¹¹⁹ DIAS, Figueiredo, ²DP-PG, I, 6.º Cap., § 34, e 7.º Cap., § 11.

¹¹²⁰ DIAS, Figueiredo, ²DP-PG, I, 6.º Cap., § 34, e 7.º Cap., § 13.

¹¹²¹ DIAS, Figueiredo, ²DP-PG, I, 6.º Cap., § 34.

¹¹²² DIAS, Figueiredo, ²DP-PG, I, 6.º Cap., § 34.

significar um propósito de manter o direito de mera ordenação social arredado da protecção dos mesmos bens jurídicos que são visados pelo direito penal, ou seja, perdoe-se a insistência, dos bens jurídicos que possuem uma relação de mútua referência com a ordenação axiológica constitucional. Isso o que justifica que, por exemplo, em sede de culpa, Figueiredo Dias continue a dar como adquirido que, em si mesmo tomada, a conduta contra-ordenacional não é um substrato axiologicamente relevante¹¹²³.

Querendo manter viva uma diferenciação qualitativa entre crimes e contra-ordenações, compreende-se bem por que razão não seja suficiente para Figueiredo Dias contentar-se com o princípio de que as contra-ordenações *não têm de* referir-se à ordenação constitucional dos bens jurídicos e sinta ele necessidade de levar mais longe esse pensamento, defendendo que, além disso, *não podem ter* essa ligação. Ficasse ele apenas por aquele postulado não vemos como pudesse escapar-se à conclusão de que por essa via ficaria substancialmente comprometida a viabilidade do modelo qualitativo por si preconizado, dada a inevitabilidade do reconhecimento de largas margens de continuidade material entre a acção penal e a acção contra-ordenacional na tutela dos mesmos bens jurídicos.

7.4 Questão é saber, porém, se há-de poder acompanhar-se Figueiredo Dias nesta cisão que estabelece entre bens jurídicos susceptíveis de tutela pelo direito penal e pelo direito contra-ordenacional para assim procurar garantir a tão almejada autonomia entre os dois. Cremos que a resposta só pode ser negativa. Como julgamos ter já logrado demonstrar, trata-se logo à partida de uma pretensão totalmente desfasada da realidade normativa constituída pelo ordenamento positivo vigente, que se encontra prenhe de exemplos de contra-ordenações que têm por fito a tutela de bens jurídicos de modo algum qualificáveis como puramente administrativos. E mesmo que se pusesse esta realidade em suspenso e além disso se colocasse ainda entre parêntesis as demais aporias de que toda a construção dá também mostras e procurámos já também assinalar, nem ainda assim poderia esta tese de Figueiredo Dias ser recebida como solução válida de delimitação material entre crimes e contra-ordenações.

O derradeiro e também ele insuperável obstáculo de ordem substancial com que a sua proposta se confronta é a sua inconciliabilidade com o *princípio da*

¹¹²³ DIAS, Figueiredo, ²DP-PG, I, 7.º Cap., § 15.

*subsidiariedade constitucionalmente imposto*¹¹²⁴. Temos como adquirido que um modelo de legitimação material do direito penal que pretenda efectivamente contar com o princípio da subsidiariedade tem necessariamente de levar implicada a admissão de que um mesmo bem jurídico deverá, em regra, ser susceptível de tutela tanto pelo direito penal, como pelo direito contra-ordenacional. Mais, deverá até estar aberto à ideia de que um certo facto para o qual se anteveja como legítima uma intervenção penal, em virtude da sua dignidade penal, deverá igualmente ser tido como um facto apto a receber uma tutela contra-ordenacional alternativa¹¹²⁵. É que só se se aceitar que o direito das contra-ordenações possa cobrir factos dotados de dignidade penal é que na prática ele poderá ser encarado e usado como um instrumento sancionatório alternativo ao penal, mantendo com ele uma relação de subsidiariedade.

Se, porém, a opção for outra, isto é, se se quiser fazer finca-pé na inidoneidade de princípio do direito de mera ordenação social para tutelar aqueles mesmos bens jurídicos a que se dirige o direito penal e assim concomitantemente para cobrir factos dotados de dignidade penal, seremos forçosamente impelidos para um cenário em o que direito penal e o das contra-ordenações deverão conviver como áreas sancionatórias estanques entre si, não podendo sequer ser articulados para em conjunto e complementarmente assegurarem a protecção de bens jurídicos dignos de tutela penal. Um cenário, portanto, em que a proclamação do princípio da subsidiariedade não passará de uma declaração cheia de boas intenções, mas na verdade já entretanto esvaziada de um efectivo conteúdo útil. E assim seria, porque, como já se antecipou supra, vedando-se ao direito contra-ordenacional uma acção sancionatória em relação a esses factos portadores de dignidade penal, o direito penal acabaria por tornar-se no único instrumento sancionatório que o legislador teria ao seu dispor para prevenir factos dessa natureza. É certo que muitas situações existem e existirão em que poderão considerar-se seriamente ofendidos valores que poderiam perfeitamente qualificar-se como bens jurídico-penais e para os quais afigurar-se-á suficiente e até mais adequado o apelo a mecanismos não sancionatórios, jurídicos ou não. Só que, de outra parte, seguro é também que será expressivo o número daqueles casos em que só será ou não poderá deixar de ser também equacionável uma resposta sancionatória. Ora, quando assim seja, se ao legislador for retirada a possibilidade de lançar mão do direito contra-ordenacional

¹¹²⁴ Nesta direcção, de novo CARVALHO, Taipa de, ²DP-PG, § 238 e s.

¹¹²⁵ Cf. infra, §§ 27. a 32.

para reagir a tais tipos de factos à partida dignos de tutela penal, o único instrumento sancionatório de que poderá fazer uso acabará por ser o direito penal. Mas se assim for, em vez de um direito penal de *ultima ratio*, deveremos, isso sim, passar a falar de um direito penal de *prima ratio*. Desfecho que, porém, obviamente repugnaria ao nosso sistema constitucional. Justamente por isso é que Figueiredo Dias não deixa de reconhecer que as sanções contra-ordenacionais não-de ser tidas como instrumento sancionatório a tomar em consideração para avaliar se certa intervenção penal se apresenta como realmente *necessária*¹¹²⁶. Ponto que, todavia, em boa lógica¹¹²⁷, e contra o que antes sustenta acerca dos bens jurídicos tuteláveis pelo direito contra-ordenacional, só pode ser aduzido se se admitir, de um lado, que esse mesmo facto possui dignidade penal e, de outro lado, que o direito contra-ordenacional constitui um meio idóneo para lhe fazer frente.

O critério ético-social de distinção entre crimes e contra-ordenações constitui, em suma, um critério materialmente incompatível com o princípio constitucional da proibição do excesso, que no domínio penal se projecta num princípio da subsidiariedade da intervenção penal expresso através da categoria da carência de tutela penal. Esta categoria da necessidade de pena forma conjuntamente com a categoria da dignidade penal uma unidade de sentido em que cada uma depende da outra¹¹²⁸, sendo do funcionamento conjunto e articulado de ambas que se poderá esperar um modelo de legitimação material (negativa)¹¹²⁹ do direito penal por elas constituído globalmente congruente com aquele princípio constitucional da necessidade. Um modelo de convivência entre o direito penal e o direito das contra-ordenações fundado no princípio de que este deve estar arredado da tutela de factos axiologicamente relevantes *per se* significa pois adoptar um paradigma que é inconciliável com o princípio da subsidiariedade penal, sendo como tal inaceitável.

Vistas as coisas agora pelo prisma inverso chega-se mesmo à conclusão de que o acolhimento de um conceito material de crime penetrado pela acção articulada das categorias da dignidade penal e da carência de tutela penal determina inapelavelmente a insustentabilidade constitucional do critério ético-social sufragado pela doutrina e

¹¹²⁶ DIAS, Figueiredo, ²DP-PG, I, 6.º Cap., § 38.

¹¹²⁷ CUNHA, Maria da Conceição, «Constituição e Crime», pp. 81 e 218 e ss.

¹¹²⁸ Neste sentido, de novo, CUNHA, Maria da Conceição, «Constituição e Crime», p. 221: “os dois juízos [o da dignidade penal e o da carência de tutela penal] são complementares e encontram, segundo cremos, relevantes pontos de contacto”.

¹¹²⁹ Cf. infra, §§ 31. e 32.

jurisprudência maioritárias. Dado que, num horizonte de compreensão global, a adopção do paradigma do direito penal como ordem sancionatória de tutela *subsidiária* de bens jurídicos com referente constitucional deve levar pressuposta uma admissibilidade de princípio de que a tutela sancionatória de factos dignos de pena possa e deva ficar-se pela esfera contra-ordenacional quando esta se apresente como suficiente para assegurar uma tutela eficaz desses valores, haverá sempre que contar com a possibilidade de que o direito das contra-ordenações não só cubra, como possa dever cobrir condutas por si só eticamente relevantes. E porque assim é, porque, por força deste quadro constitucional, ao ilícito contra-ordenacional tanto devem poder corresponder factos axiologicamente incolores como factos em si próprios portadores de uma indisputada densidade axiológica, não faz sentido tratar o direito contra-ordenacional como um direito sancionatório que por definição se caracteriza integralmente pela neutralidade ética das condutas a que se dirige. Tal como, *et pour cause*, não faz sentido adoptar soluções normativas de direito ordinário e de direito constitucional fundadas nessa premissa errada e constitucionalmente desconforme de que *todo* o direito de mera ordenação social tem necessariamente na sua base uma conduta sem qualquer desvalor axiológico numa perspectiva moral, cultural ou social.

8. O que a concepção qualitativa do critério ético-social dominante entre nós nos planos doutrinal e jurisprudencial dá a perceber é um preconceito sobre aquilo que desejavelmente o direito de mera ordenação social deveria ser para que a imagem de que dele se pudesse fazer fosse uma espécie de negativo do retrato por si idealizado para o direito penal. Para isso, todavia, embora também só para efeitos dessa contraposição, tem de começar por ilustrar o próprio direito penal com cores que, na realidade, não são as suas, como é notório quando se insiste na tese de que todas as infracções penais são integradas por factos ético-socialmente relevantes. Mas tem ainda de dar do direito de mera ordenação social uma imagem que além de não ter qualquer correspondência efectiva na parte especial do nosso direito contra-ordenacional é até incompatível com o quadro constitucional em que tanto o direito penal, como o direito das contra-ordenações se devem mover e com o qual se devem relacionar, implicando, designadamente, uma insuportável subordinação do sistema constitucional a um sistema extrajurídico de valores de ordem moral, cultural ou social e um esvaziamento do princípio da subsidiariedade penal.

Cremos, enfim, que, respondendo à pergunta que começámos por colocar, este pensamento qualitativo do critério ético-social a que nos opomos não só não tem expressão no direito positivo, como *não a deve sequer ter*, sob pena até de inconstitucionalidade de um ordenamento contra-ordenacional moldado pelo legislador em conformidade com os seus desígnios.

Esta nossa apreciação crítica não pretende significar uma oposição à ideia, que aliás perfilhamos, de que os ilícitos penais devam tendencialmente corresponder a factos axiologicamente relevantes. Isto, claro está, se e apenas na medida em que os padrões éticos que para este efeito forem tomados como referência forem os postulados pelo sistema constitucional erigido entre nós e não os de uma qualquer ordenação extrajurídica de valores. O acolhimento daquela posição de princípio não tem, no entanto, de implicar um direito contra-ordenacional na sua essência caracterizado pela neutralidade ética das condutas que recebe no seu seio. Dito de outro modo, não é pelo facto de o direito penal dever desejavelmente abarcar condutas com densidade axiológica que o direito das contra-ordenações tem forçosamente de ser concebido como uma ordem sancionatória à qual devem em exclusivo caber condutas eticamente incolores.

No nosso ponto de vista, é este o erro de fundo que prejudica e compromete a validade da concepção qualitativa do critério ético-social. À força de tanto querer assegurar que o direito penal seja constituído somente por comportamentos que atentam de modo qualificado contra interesses tidos como socialmente significativos, esta corrente doutrinal empurra o direito contra-ordenacional para um papel que não é, nem deve poder ser o dele. O que é curioso, porém, é que uma concepção que é toda ela desenvolvida sob o prisma do direito penal e *para* o direito penal acabe por repercutir-se decisivamente não no direito penal, mas no tratamento dogmático e jurisprudencial do direito contra-ordenacional. Vemos, é certo, que o legislador não se deixou impressionar ou condicionar por ela e na verdade não se tem coibido de usar e por vezes até de abusar do direito contra-ordenacional para reagir a factos axiologicamente relevantes sob o ponto de vista constitucional, contando assim com ele para dar efectividade ao princípio da subsidiariedade penal. Mas vemos também, de outra banda, que por abraçarem esta concepção de cunho eminentemente penal a doutrina e a jurisprudência maioritárias adoptam no direito de mera ordenação social um largo conjunto de soluções

decisivamente determinadas pelo dogma de que o direito das contra-ordenações é a ordem sancionatória dos factos axiologicamente neutros.

Resta, por último, saber se uma das razões para o crescimento desregrado e sistematicamente incoerente do nosso direito contra-ordenacional¹¹³⁰ não terá residido nesta propensão da nossa doutrina dominante para abordar o direito das contra-ordenações fundamentalmente a partir da amurada do direito penal, concebendo-o, na paradigmática expressão de Figueiredo Dias, como um mero limite negativo do domínio criminal¹¹³¹. Enjeitado pelos penalistas e ignorado pelos administrativistas, o ilícito de mera ordenação social tornou-se assim numa espécie de terra de ninguém onde o legislador sentiu ter rédea solta para fazer o que bem quisesse, não raro esquecendo que tratando-se de ordenamento que, dada a sua natureza sancionatória, representa uma intervenção coactiva do Estado na esfera dos particulares também ele deve estar subordinado aos ditames do princípio constitucional da proibição do excesso, imposto pelo princípio do Estado de direito¹¹³².

§ 15. O DIREITO DAS CONTRA-ORDENAÇÕES COMO ORDEM TÉCNICA DE CUMPRIMENTO DE DEVERES

1. Uma construção de índole qualitativa *sui generis*, distanciada do critério ético, é a avançada por Frederico Costa Pinto. Repudiando uma identificação do direito de mera ordenação social com o direito administrativo, Costa Pinto concebe-o como um *ramo sancionatório para-penal*¹¹³³ que deve ir buscar a sua autonomia perante o direito penal a um *alheamento de uma função de tutela de bens jurídicos*, fazendo radicar a sua natureza intrínseca na configuração da contra-ordenação como infracção que corresponde a uma “ordem técnica de deveres instrumentais”¹¹³⁴. Propõe assim que o contraste entre a esfera penal e a contra-ordenacional se construa através de uma

¹¹³⁰ Cf. as justas críticas a este percurso legislativo providas de várias quadrantes doutrinárias recenseadas por ALBUQUERQUE, Pinto de, *RGCO*, Nota Prévia ao art. 1.º, n.º m. 13 e ss.

¹¹³¹ DIAS, Figueiredo, “Para uma dogmática do direito penal secundário”, n.º 3716, p. 331.

¹¹³² Cf. CANOTILHO, Gomes, *7 Direito Constitucional*, pp. 266 e ss., esp. p. 272.

¹¹³³ PINTO, Frederico Costa, “As codificações sectoriais...”, p. 90.

¹¹³⁴ PINTO, Frederico Costa, “As codificações sectoriais...”, p. 94.

recuperação da “contraposição entre um «*sistema de protecção*» de bens jurídicos e um «*sistema de cumprimento dos deveres*»”¹¹³⁵.

A perspectiva de Costa Pinto tem na sua base o entendimento de que o paradigma delineado por Eduardo Correia visava afeiçoar-se a uma estrutura socio-económica que se mostra hoje totalmente ultrapassada, não sendo mais possível fundar a distinção através de um critério de ressonância ética. É sua convicção de que se esse modelo era “adequado à realidade socio-económica portuguesa dos anos 60/70, marcada por um rudimentar desenvolvimento económico e social, sem uma verdadeira economia de mercado e sem grande desenvolvimento industrial e comercial”¹¹³⁶, deixou todavia de o ser perante o desenvolvimento económico e legislativo que o nosso país conheceu a partir da década de 1980. Assim, entende que se subsiste um direito contra-ordenacional que “mantém a sua pureza original e abrange infracções bagatelares, sanções pouco significativas e processos expeditos de aplicação”¹¹³⁷ existe agora, porém, também todo um outro sector composto por “um corpo mais denso de ilícitos, social e profissionalmente mais relevantes, com sanções muito graves e, conseqüentemente, um processo mais complexo (v. g., sistema financeiro, ambiente, concorrência)”¹¹³⁸. Em relação a este último domínio mais do que direito de mera ordenação social, julga que deveria falar-se já possivelmente de um direito de intervenção (*Interventionsrecht*), ao estilo da Escola de Frankfurt¹¹³⁹. Situação que constitui para Costa Pinto uma descaracterização do direito das contra-ordenações,

¹¹³⁵ PINTO, Frederico Costa, “O ilícito de mera ordenação social...”, p. 59: “Em suma, o Direito de Mera Ordenação Social deveria, em minha opinião, ser intencionalmente moldado fora dos quadros de uma *ordem ética de tutela de bens jurídicos* e ser preferencialmente orientado para uma *ordem técnica de cumprimento de deveres*, recuperando-se – embora em contexto muito diverso – a contraposição entre um «*sistema de protecção*» de bens jurídicos e um «*sistema de cumprimento dos deveres*»”. Neste passo, Costa Pinto remete expressamente (nota 85) para um antigo modelo dogmático sustentado por MEZGER, Edmund, “Die Straftat als Ganzes”, *ZStW*, 57, 1938, p. 675 e ss., esp. 693 e ss., assente no binómio do *pensamento de protecção de bens jurídicos* e do *pensamento do dever* – infra, § 2.2, voltaremos, em sentido crítico, a esta ligação que Costa Pinto estabelece entre esta sua tese de fundo e a solução do dever de Edmund Mezger.

¹¹³⁶ PINTO, Frederico Costa, “As codificações sectoriais...”, p. 93.

¹¹³⁷ PINTO, Frederico Costa, “A figura do assistente e o processo de contra-ordenação”, p. 126.

¹¹³⁸ PINTO, Frederico Costa, “A figura do assistente e o processo de contra-ordenação”, p. 126.

¹¹³⁹ PINTO, Frederico Costa, “As codificações sectoriais...”, p. 93 e s., e “A figura do assistente e o processo de contra-ordenação”, p. 126 e s. Daí que admita a necessidade de se “passar a aceitar no âmbito das contra-ordenações duas grandes modalidades de infracções: as contra-ordenações comuns, bagatelares, sujeitas a sanções leves e processos simplificados; e as contra-ordenações mais graves, sujeitas a sanções mais severas e a um processo comum, como o que actualmente já acontece em todo o sistema financeiro português (Banca, Bolsa e Seguros), em algumas áreas da regulação económica do Estado (Concorrência e Preços) e no Direito do Ambiente”.

sendo fruto de um movimento de sentido perverso¹¹⁴⁰, o “alargamento das áreas de intervenção do Direito de Mera Ordenação Social a sectores para os quais este sistema sancionatório não foi pensado, em particular a circuitos económicos e tecnológicos complexos”¹¹⁴¹.

Esta evolução, marcada ainda por uma incidência do direito das contra-ordenações sobre matérias penetradas pela ética profissional e pela ética empresarial, implicou, segundo Costa Pinto, a insuficiência do critério ético para fundamentar a autonomia contra-ordenacional, levando-o por isso a aventar um novo modelo, que procura assentar tal autonomia em critérios de natureza substantiva e processual¹¹⁴².

Num plano substantivo, defende que a contraposição deveria radicar no afastamento do direito de mera ordenação social de uma função de tutela de bens jurídicos, mais especificamente de bens jurídicos essenciais, individuais e supra-individuais, cuja protecção seria de reservar para o direito penal. Ao direito contra-ordenacional estaria, portanto, confiado o papel de “sancionar apenas a violação de deveres a que expressamente vincula os diversos agentes de forma a garantir o bom funcionamento de certos sectores da vida social e económica”¹¹⁴³. Assim desligado de uma função de protecção de bens jurídicos, o direito contra-ordenacional deveria corresponder a uma *ordem técnica de cumprimento de deveres*, em contraste com o direito penal, concebido como uma *ordem ética de tutela de bens jurídicos*¹¹⁴⁴. No seio das contra-ordenações, o conceito de bem jurídico acaba desta forma por ser visto “apenas como um critério interpretativo das normas jurídicas e não como um fundamento dogmático para a construção da responsabilidade contra-ordenacional. O

¹¹⁴⁰ Além do movimento indicado em texto, PINTO, Frederico Costa, “O ilícito de mera ordenação social...”, p. 16, aponta ainda um outro, o do alargamento das garantias do regime contra-ordenacional mediante uma aproximação vincada ao direito penal.

¹¹⁴¹ PINTO, Frederico Costa, “O ilícito de mera ordenação social...”, p. 16, com a concordância do Ac. do TC n.º 383/2001. Esta apreciação crítica é de alguma forma contraditória com o aplauso que o próprio PINTO, Frederico Costa, “A tutela dos mercados de valores mobiliários e o regime do ilícito de mera ordenação social”, in: *Direito dos Valores Mobiliários*, I, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, p. 286 e ss., dirigiu à opção tomada no Código do Mercado de Valores Mobiliários, de 1991, de instituir o direito contra-ordenacional como o eixo da tutela sancionatória do mercado de valores mobiliários, sem dúvida um dos circuitos económicos complexos a que se refere na sua crítica transcrita em texto – sobre o tema, infra, § 22.4.

¹¹⁴² PINTO, Frederico Costa, “As codificações sectoriais...”, p. 93 e ss.

¹¹⁴³ PINTO, Frederico Costa, “O ilícito de mera ordenação social...”, p. 59.

¹¹⁴⁴ PINTO, Frederico Costa, “O ilícito de mera ordenação social...”, p. 58 e s., e “As codificações sectoriais...”, p. 93 e s.

conceito central da estrutura da infracção deve antes ser identificado na violação de um dever”¹¹⁴⁵.

A par daquele critério substantivo, sugere como filtro adicional a adopção de um critério processual, descrito como uma espécie de limite negativo da intervenção penal, por força do qual seriam remetidos para o direito das contra-ordenações os “factos ilícitos que não podem ter uma adequada e tempestiva resolução através dum processo criminal, pois isso acaba por sujeitar a vigência da lei penal substantiva a uma perigosa erosão”¹¹⁴⁶.

2. Estas ideias de Costa Pinto vão acompanhadas de uma notável avaliação crítica do regime de várias questões materiais e processuais do nosso direito de mera ordenação social¹¹⁴⁷. É indiscutível a valia do amplo esforço dogmático de Costa Pinto, provavelmente o autor que entre nós, nos tempos mais recentes, tem dado o maior contributo para uma sistematizada compreensão científica do problema contra-ordenacional. Não nos revemos, porém, na crítica feroz que lança ao seu rumo de aproximação ao direito penal e temos as maiores reservas sobre a bondade das premissas em que faz assentar aquela sua crítica e que servem para sustentar a sua tese de fundo sobre a autonomia do direito das contra-ordenações. Uma tese que, a nosso ver, de modo algum pode ser acompanhada.

2.1 A primeira objecção que nos merece o pensamento de Costa Pinto é a sua equívoca compreensão acerca da génese e dos propósitos que determinaram o aparecimento do direito de mera ordenação social entre nós. A sua ideia de que na sua pureza original o direito contra-ordenacional corresponderia a uma ordem sancionatória de *infracções bagatelares* é, pura e simplesmente, incompatível com a fundamentação teórica com que Eduardo Correia, na esteira de Eberhard Schmidt, procurou sustentar a criação de um ilícito de mera ordenação social¹¹⁴⁸. Para estes últimos autores, a

¹¹⁴⁵ PINTO, Frederico Costa, “A tutela dos mercados de valores mobiliários...”, p. 301.

¹¹⁴⁶ PINTO, Frederico Costa, “As codificações sectoriais...”, p. 94.

¹¹⁴⁷ É, desde logo, fundamental o seu já amplamente citado estudo “O ilícito de mera ordenação social e a erosão do princípio da subsidiariedade da intervenção penal”, de 1997.

¹¹⁴⁸ Os próprios termos em que PINTO, Frederico Costa, “As codificações sectoriais...”, p. 92, descreve o conteúdo da tese qualitativa são até indiciadores de uma questionável percepção dessa doutrina. Embora comece por identificar correctamente o critério material de distinção entre crimes e contra-ordenações pugnado por Eduardo Correia - “a distinção entre as duas figuras residiria desde logo no plano qualitativo, pois os crimes contemplariam factos com uma ressonância ética enquanto essa dimensão estaria ausente

infracção contra-ordenacional corresponderia não a um facto menos grave que o da infracção penal, mas sim a um facto *intrinsecamente diferente*. Seria essa diversidade de natureza, decorrente da ausência no facto e na sanção contra-ordenacional de qualquer lastro ético, e não a menor gravidade que abriria caminho à inaplicabilidade de importantes regras e princípios penais e à atribuição de competências processuais de primeira linha à administração.

Por certo que esses paladinos da teoria qualitativa não enjeitavam, longe disso, a conveniência de o direito de mera ordenação social poder absorver infracções que corresponderiam a factos formalmente cobertos pela tutela penal que poderiam rotular-se de autênticas bagatelas penais, embora sempre sob a capa da sua irrelevância ética¹¹⁴⁹; como não é menos certo que toda a experiência alemã que precedeu a introdução do nosso RGCO e depois a nossa própria *praxis* legislativa revelaram à saciedade que o terreno contra-ordenacional é um campo especialmente propício a ser enxameado de infracções bagatelares, sendo de reconhecer como factor decisivo para a criação e expansão do direito das contra-ordenações a necessidade de aliviar os tribunais de matérias bagatelares¹¹⁵⁰. Mas, em rigor, nada disso permite que se afirme que o direito contra-ordenacional foi pensado e criado para ser um espaço de bagatelas e menos ainda que as infracções bagatelares constituiriam o seu objecto por definição, representando-o na sua pureza original, e que a sua intervenção em matérias não bagatelares representaria um sinal de degeneração.

Assim se percebe que, contra o que pensa Costa Pinto, a integração no direito das contra-ordenações de factos que de bagatela nada têm não só não constituiu um qualquer novo rumo de sentido perverso dado ao direito de mera ordenação social, como representou, antes sim, uma evolução que estava já de algum modo inscrita no

nos ilícitos qualificados como contra-ordenações” – acaba depois por apontar como factor de conversão das contravenções em crimes ou contra-ordenações uma dimensão que jamais assomou no seu discurso fundamentador, simplesmente porque redundaria numa imediata capitulação perante a corrente quantitativa: “Deste modo, abandonava-se a herança napoleónica (...), evoluindo para um modelo dualista estruturado apenas com base na figura dos crimes e das contra-ordenações. Assim, as contravenções deveriam desaparecer, diluídas ora nos crimes ora nas contra-ordenações, *em função* da maior ou menor gravidade dos factos em causa” (*idem, ibidem*; it. nosso).

¹¹⁴⁹ Paradigmático, CORREIA, Eduardo, “As grandes linhas da reforma penal”, p. 37: “Só que, [o ilícito contra-ordenacional] poderia também, *cum grano salis*, abarcar as contravenções. Ainda que elas se possam considerar bagatelas, formas longínquas de violação em relação ao direito penal, essa mesma insignificância poderia modificar a qualidade do ilícito num *aliud*, e permitir o seu enquadramento nas normas de contra-ordenação social”.

¹¹⁵⁰ MAURACH, ³AT, p. 11, e KNAPP, “Das Recht der Ordnungswidrigkeiten, p. 610.

próprio “código genético” que lhe deu origem¹¹⁵¹. Vista a questão de uma outra perspectiva, a inexorável tendência de aproximação da disciplina legal do direito contra-ordenacional ao direito penal não configura uma descaracterização daquele ramo de direito sancionatório, mas é antes provavelmente sinal de que o regime com que de início foi dotado ficava, quanto às suas regras e princípios de índole garantista, aquém dos mínimos exigíveis a um direito eminentemente sancionatório que guardava em si mesmo um enorme potencial de expansão do seu raio de aplicação e de agravamento da severidade das suas sanções.

Não menos discutível, na senda do que vem de se afirmar, é a ideia de Costa Pinto de que o direito contra-ordenacional derivou o seu curso de intervenção para áreas para às quais à partida não foi pensado, designadamente, os circuitos económicos e tecnológicos complexos¹¹⁵². Será de reconhecer que certos sectores, como os do sistema financeiro ou o da concorrência, adquiriram nas últimas duas décadas uma complexidade de tal modo inimaginável uns decénios antes que, naturalmente, não foi antecipada pelos penalistas que inspiraram e moldaram a génese contra-ordenacional¹¹⁵³. Mas já não poderá concordar-se com o entendimento de que o direito das contra-ordenações não foi “programado” para intervir nesse tipo de sectores, pois desde sempre se apontaram como campos naturais de incidência do direito de mera ordenação social domínios como os da concorrência, da banca, do sistema financeiro, do consumo, da saúde, da habitação, do ambiente, do sistema fiscal e da economia nacional em geral¹¹⁵⁴.

¹¹⁵¹ Basta recordar a rápida evolução, na sua extensão e severidade, que o direito contra-ordenacional alemão conheceu e de que deram nota bem expressiva autores como LANG-HINRICHSSEN, “«Verbandsunrecht»”, pp. 58 e 62 e s., WEBER, “Die Überspannung der staatlichen Bußgeldgewalt”, *passim*, e entre nós, ANDRADE, Costa, “Contributo para o conceito de contra-ordenação”, *passim*, e até Tiedemann, que em conferência proferida na Universidade de Coimbra, em Abril de 1974, traçou um cenário sobre o direito penal económico alemão da época com ênfase nos elevados valores envolvidos em condenações e acordos no domínio contra-ordenacional da concorrência (cf. TIEDEMANN, Klaus, *Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität, I: Allgemeiner Teil*, Reinbek bei Hamburg, Rowohlt, 1976, p. 31 e ss.

Só a título de mais um exemplo, do tempo das nossas primeiras leis contra-ordenacionais, JESCHECK / WEIGEND, ⁵AT, § 7, V, 4, nota 39, ilustram a tendência de endurecimento do direito contra-ordenacional com a lei de protecção do património histórico da Renânia-Palatinado, de 1978, com coimas a ascender aos 2 milhões de marcos.

¹¹⁵² Igualmente crítico, MOUTINHO, Lobo, *Direito das Contra-Ordenações*, p. 26 e ss.; e em sentido próximo ALBUQUERQUE, Pinto de, *RGCO*, Nota Prévia ao art. 1.º, n.º m. 8.

¹¹⁵³ Cf. *infra*, §§ 20. a 23.

¹¹⁵⁴ Cf. CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal*, I, p. 21 e s., e “As grandes linhas da reforma penal”, p. 37, e ainda os preâmbulos do Decreto-Lei n.º 232/79 e do Decreto-Lei n.º 433/82. Note-se até que desde a *Kartellgesetz* alemã de 1957 que o domínio da concorrência figura como um caso emblemático de extrema severidade contra-ordenacional – cf. logo JESCHECK, “Das deutsche Wirtschaftsstrafrecht”, p.

2.2 Não colhem, pois, as razões invocadas por Costa Pinto para justificar o seu afastamento do critério ético como instância materialmente diferenciadora do direito de mera ordenação social em relação ao direito penal. E não colhe ainda a tese alternativa que propõe para esse efeito, no sentido de estabelecer o sistema contra-ordenacional como uma *ordem técnica de deveres instrumentais*, ou seja, em rectas contas, como um puro sistema de cumprimento de deveres.

Mesmo sendo óbvio não estar nos propósitos de Costa Pinto pretender reconduzir o direito de mera ordenação social a uma qualquer ordem totalitária ou sequer autoritária, nesta construção assalta-nos logo o desconforto de assumidamente pretender recuperar um binómio – “sistema de protecção de bens jurídicos” e “sistema de cumprimento dos deveres”¹¹⁵⁵ – que, com Mezger, o autor por si invocado, mas não só, fez o seu curso *no* (e para o) debate penal do nacional-socialismo¹¹⁵⁶. Mesmo pondo

458, LANG-HINRICHSSEN, “«Verbandsunrecht»”, p. 58 e s., e desenvolvidamente BOLENIUS, *Straftaten und Ordnungswidrigkeiten im Wettweberbs- und Kartellrecht*, p. 68 e ss.

¹¹⁵⁵ PINTO, Frederico Costa, “O ilícito de mera ordenação social...”, p. 59.

¹¹⁵⁶ No estudo de MEZGER, Edmund, “Die Straftat als Ganzes”, de 1938, em que PINTO, Frederico Costa, “O ilícito de mera ordenação social...”, p. 59, se abona, aquele A. alemão afirma, com efeito, o relevante significado do *papel do dever* e do *cumprimento do dever* para o direito penal. Um e outro seriam indispensáveis para dar corpo a uma construção assente tanto num *pensamento de protecção* (*Schutzgedanken*) de bens jurídicos, como num *pensamento do dever* (*Pflichtgedanke*), assim explicitados por MEZGER, Edmund, *Deutsches Strafrecht*, Berlin, Junker und Dünhaupt Verlag, 1938, p. 56: o primeiro relevaria para a antijuridicidade, dado que a mais elevada missão do direito penal seria a de servir o interesse da *comunidade do povo* (no original, *Volksgemeinschaft*, uma expressão tipicamente nazi, com forte conotação rácica – cf. NOVAIS, Jorge Reis, *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito*, p. 145 e ss.) e de proteger firme e eficazmente os bens jurídicos do povo; e o segundo daria corpo à imputabilidade (culpa), competindo à violação do dever a fundamentação da imputação pessoal e assim da culpa penal. Do pensamento da protecção ínsito no direito penal decorreria para o indivíduo *o dever* de não atacar os bens jurídicos protegidos, nem sob a forma de lesão nem sob a forma de perigo. Deste modo, entendia Mezger que “antijuridicidade e violação de dever, pensamento da protecção e dever de fidelidade étnica como fundamento do direito penal nacional-socialista não estão portanto em contradição, estando antes implicados entre si e apoiando-se reciprocamente”.

Este modelo de Mezger a que Costa Pinto se refere não pode, pois, ser descontextualizado da discussão em que se integra, no *período nacional-socialista*, no sentido da substituição do tradicional método categorial-classificatório da doutrina do crime por uma consideração global do facto criminoso, preconizada sobretudo pela Escola de Kiel (Dahm, Schaffstein, *etc.*), em prol de uma definição do crime como uma insurreição da vontade individual contra a colectividade (MEZGER, “Die Straftat als Ganzes”, p. 677), a este propósito se falando ainda do chamado *tipo de autor* (*Tätertypus*). Através do pensamento de protecção de bens jurídicos, Mezger procura preservar a ligação do direito penal à ideia de bem jurídico. Mas ao fazê-lo adopta um conceito de bem jurídico fortemente conotado com a ideologia nazi (relativizando essa filiação, ANGIONI, *Contenuto e Funzioni*, p. 34, nota 3) e acaba por acolher, além disso, o chamado *pensamento do dever* (*Pflichtgedanke*). Um pensamento impulsionado, além do mais, por SCHAFFSTEIN, Friedrich, *Das Verbrechen als Pflichtverletzung*, Berlin, Junker und Dünhaupt Verlag, 1935, *passim*, com vista a extirpar o conceito de bem jurídico do direito penal, tido como um produto da ideologia liberal do liberalismo clássico (p. 9) e a erigir uma concepção do crime como pura violação de um dever.

Este *direito penal do dever* (*Pflichtenstrafrecht*, na terminologia de SCHAFFSTEIN, *cit.*, p. 11) parte necessariamente da pessoa sobre quem impende o dever e do seu concreto círculo de deveres,

entre parêntesis esta tenebrosa filiação, a solução para que aponta Costa Pinto depara-se ainda com escolhos inultrapassáveis quando se pretenda pensar o sistema contra-ordenacional como ordem sancionatória integrada no quadro de um Estado de direito material.

Costa Pinto dá a entender que a sua tese não visa propriamente explicitar os termos em que no actual estado das coisas deve compreender-se a distinção entre o direito penal e o direito contra-ordenacional, mas configura mais um cenário para o qual na sua opinião deveria no futuro ser encaminhado o relacionamento entre estes ramos do direito sancionatório. Enquanto o direito penal deveria permanecer como uma ordem de ética tutela de bens jurídicos, o direito de mera ordenacional deveria ser orientado de forma a que viesse a assumir-se como uma ordem técnica de cumprimento de deveres.

Esta proposta representaria, ela sim, desde logo uma ruptura com o modelo de complementaridade sancionatória para que aquela relação vem de há muito sendo orientada e poderia comprometer o papel do direito contra-ordenacional como instância garantidora do princípio de *ultima ratio* da intervenção penal. Estando também o direito contra-ordenacional, como efectivamente está, afecto à tutela de grande parte dos bens jurídicos a cuja protecção o direito penal se dirige, as mais das vezes sob a forma cumulativa ou de perigo abstracto, através de uma acção articulada com a intervenção criminal, expulsar o direito das contra-ordenações dos quadros de tutela de bens jurídicos significaria uma abolição do paradigma contra-ordenacional actual. Com isso, deixaria de estar em condições de cumprir as importantes funções político-criminais que Costa Pinto acertadamente lhe assinala, “uma selecção mais rigorosa do campo da intervenção penal, evitando o recurso a meios violentos e estigmatizantes como são os do Direito Criminal, garantindo um controlo e uma resposta sancionatória mais expedita

pretendendo assim elevar-se acima da clássica contraposição entre um direito penal do facto e um direito penal do agente. A violação do dever que caracterizaria o delito estaria ainda intimamente ligada à ideia de traição, nomeadamente, de traição à ideologia nacional-socialista, constituindo o pensamento da traição um caso de específica projecção do pensamento do dever (SCHAFFSTEIN, *cit.*, p. 11 e s.) – para uma perspectiva histórica desta, obviamente já obsoleta, teoria do crime como violação do dever, cf. ANGIANI, *Contenuto e Funzioni*, pp. 33 e ss. e 118 e ss., e agora STEFANOPOULOU, Georgia, “Friedrich Schaffstein und die Lehre von Verbrechen als Pflichtenverletzung”, *Journal der Juristischen Zeitgeschichte*, 2010, n.º 3, p. 111 e ss.

Este pensamento do dever a que, de algum modo, Frederico Costa Pinto se refere trata-se, enfim, de uma doutrina que se move ainda exclusivamente dentro do círculo penal, nada tendo que ver com a sua eventual depuração para criação de um outro sistema sancionatório, e é marcado sobremaneira pela experiência nazi. Circunstância esta última que por si só revela a infelicidade do paralelismo com que Costa Pinto procura abonar a sua tese, associando, mesmo que só indirectamente, o domínio contra-ordenacional a uma concepção profundamente antiliberal e de instrumentalização do direito sancionatório a um ideário totalitário.

através da intervenção em primeira linha numa autoridade administrativa, libertando, desse modo, as autoridades judiciárias desse tipo de processos”¹¹⁵⁷. Tal situação criaria um vácuo sancionatório que, por certo, não tardaria a ser coberto por um alargamento do raio de acção penal¹¹⁵⁸.

A conversão do direito das contra-ordenações em uma ordem de deveres, ao que parece desvinculada de uma função de tutela de bens jurídicos, seria por seu turno totalmente incompatível com o princípio do Estado de direito material. Nem mesmo na posição de Eberhard Schmidt as contra-ordenações seriam concebidas como uma pura ordem de deveres, pois embora as considerasse alheias a uma função de tutela de bens jurídicos, vinculava-as pelo menos a um papel de protecção de interesses administrativos. Já na solução de Costa Pinto, estando, é certo, adstritas a uma ideia – posto que muito genérica e ambígua – de garantia de bom funcionamento de diversos sectores da vida social e económica, as infracções contra-ordenacionais caracterizar-se-iam directa e fundamentalmente por uma ideia de dever, que aparentemente poderia mover-se sem qualquer vinculação a uma função de protecção de valores ou interesses.

É evidente que em um Estado de direito não pode admitir-se qualquer actuação estadual, *maxime* de índole sancionatória, que cultive e promova o dever pelo dever. E não tanto porque à partida, até em termos lógicos, não se vê como possa admitir-se uma ordem regulativa de deveres desligada de quaisquer fins¹¹⁵⁹, mas sobretudo e definitivamente porque assim se franquearia o caminho do arbítrio e do despotismo¹¹⁶⁰.

¹¹⁵⁷ PINTO, Frederico Costa, “As codificações sectoriais...”, p. 92.

¹¹⁵⁸ Vale aqui, pois, no essencial a crítica que supra dirigimos à tese qualitativa do critério ético-social (§ 14.4, 7.4).

¹¹⁵⁹ Aliás, como verificámos, nem o próprio Mezger admitia, como Costa Pinto parece querer fazer crer, que o pensamento da protecção e o pensamento do dever fossem antagónicos, concebendo-os, isso sim, como interdependentes. Mais, mesmo dentro do pensamento penal nacional-socialista à concepção do delito como pura violação de um dever preconizada pela Escola de Kiel era objectada a aporia lógica apontada em texto – cf. KLEE, Karl, “Das Verbrechen als Rechtsguts- und als Pflichtverletzung”, *Deutsches Strafrecht [GA]*, 1936, p. 2, para quem não seria cogitável uma reacção penal fundada em uma violação do dever sem que simultaneamente estivesse em causa a lesão ou colocação em perigo de um valor protegido (um termo que, segundo STEFANOPOULOU, Georgia, “Friedrich Schaffstein und die Lehre von Verbrechen als Pflichtenverletzung”, p. 114, os autores nacional-socialistas preferiam ao de bem jurídico), pois uma infracção de dever desconexionada de um tal valor protegido ficaria como que suspensa no ar.

¹¹⁶⁰ Cf. CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal*, 1949, p. 26, SAX, “Grundsätze der Strafrechtspflege”, p. 921 e s., MATTES, *Untersuchungen*, II, p. 170 e ss., e MOUTINHO, Lobo, *Direito das Contra-Ordenações*, p. 47 e s.

§ 16. O DIREITO DAS CONTRA-ORDENAÇÕES COMO ORDEM DE PREVENÇÃO INSTITUCIONAL DE PERIGOS

1. A configuração do direito contra-ordenacional essencialmente como ordenação de prevenção institucional de perigos, desligada de uma função de protecção de bens jurídicos é sustentada por Michael Köhler e pelo seu discípulo¹¹⁶¹ Diethelm Kleszczewski¹¹⁶². Para tanto partem de um conceito de material de crime derivado directamente da filosofia do idealismo alemão¹¹⁶³, de Kant e sobretudo de Hegel¹¹⁶⁴, no qual vai implicado uma rejeição do actual paradigma do bem jurídico¹¹⁶⁵.

Inspirado na concepção hegeliana de que o crime é a lesão do direito como Direito¹¹⁶⁶, Köhler define o facto penal como uma ofensa subjectiva-objectiva do direito na sua validade legal geral e especial, “como Direito”, com um peso tal que a autonomia jurídica da pessoa afectada ou da comunidade é atingida nos seus próprios fundamentos¹¹⁶⁷. O que, nesta ordem de ideias, contribui para conferir natureza criminal a um determinado ilícito é a circunstância de o facto praticado pelo agente não se limitar a corresponder a uma simples violação de uma regra jurídica, apresentando-se como algo que é bem mais do que isso, como a própria negação da validade geral juridicamente positivada de um específico bem jurídico. Nessa violação vai, além do mais, implicada uma negação da *capacidade jurídica* do outro, isto é, uma negação do outro como sujeito jurídico autónomo¹¹⁶⁸.

¹¹⁶¹ KLESZCZEWSKI, Diethelm, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Bonn, Bernstein, 2008, prefácio.

¹¹⁶² KÖHLER, Michael, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlin, Springer, 1997, p. 20 e ss., e KLESZCZEWSKI, *Ordnungswidrigkeitenrecht*, §§ 12 e ss. e 26 e ss., ambos reivindicando-se seguidores de WOLFF, Ernst Amadeus, “Die Abgrenzung von Kriminalunrecht zu anderen Unrechtsformen”, in: Winfried Hassemer (org.), *Strafrechtspolitik. Bedingungen der Strafrechtsreform*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 1987, p. 137 e ss., que, por sua vez, procura caracterizar o conceito de crime fundamentalmente com base na filosofia de Kant (cf. esp. p. 162 e ss.).

¹¹⁶³ Cf. KLESZCZEWSKI, AT, § 15.

¹¹⁶⁴ Cf. logo KLESZCZEWSKI, Diethelm, *Die Rolle der Strafe in Hegels Theorie der bürgerlichen Gesellschaft*, Berlin, Duncker & Humblot.

¹¹⁶⁵ KÖHLER, AT, p. 24 e s., e KLESZCZEWSKI, AT, § 6 e ss.

¹¹⁶⁶ Cf. HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Berlin, Nicolaischen Buchhandlung, 1821, § 95, p. 93 e s.: a primeira coerção da violência exercida pelo ser livre, que lesa a existência da liberdade no seu sentido *concreto*, o direito como direito, é o crime (consultou-se igualmente a tradução francesa de André Kaan: *Principes de la Philosophie du Droit*, Éditions Gallimard, 1940, p. 131).

¹¹⁶⁷ KÖHLER, AT, p. 22. Concordante, KLESZCZEWSKI, AT, § 13.

¹¹⁶⁸ KÖHLER, AT, p. 23, vai aqui, uma vez mais, ao encontro da concepção de HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, § 95, designadamente, do seu conceito de *capacidade jurídica* (*Rechtsfähigkeit*) – enquanto ofensa do direito como direito, o crime é qualificado como um julgamento negativo infinito em uma sua acepção total, negando não apenas, de uma forma especial, o objecto sujeito à vontade

Esta compreensão de Köhler releva de uma perspectiva do crime simultaneamente objectiva e subjectiva. Sob um *prisma objectivo*, considera que o facto penal se caracteriza por um momento-de-“resultado” objectivo (*objektive “Erfolgs”-moment*) que não se basta com uma ofensa remota, circunscrita ou mínima, mas exige sempre uma ofensa de condições substanciais de liberdade da pessoa ou da sociedade, como a vida, a integridade física, a liberdade, a propriedade, a existência do Estado, *etc.* Só no caso de essa ofensa revestir a forma de lesão (como, por exemplo, nos tradicionais tipos de resultado¹¹⁶⁹ de homicídio, ofensa à integridade física, furto, falsificação de documentos, *etc.*) ou de uma pesada colocação em perigo, os chamados crimes de resultado de perigo, estará pois justificada uma intervenção penal. Deste modo, *simples perigos abstractos* não são suficientes para merecerem uma tutela penal. Apenas na hipótese de as constelações de perigo abstracto possuírem um peso tal que representem uma ofensa significativa a uma autodeterminada existência em liberdade, podendo assim equivaler a uma lesão de um bem, será legítima a sua criminalização¹¹⁷⁰. De outra banda, sob um *prisma subjectivo*, a formação do facto penal só será de afirmar se o sujeito contender com o fundamento do ilícito e assim com a própria validade do direito, mediante um seu incomensurável repúdio¹¹⁷¹. Estas dimensões objectiva e subjectiva do crime projectam-se em uma máxima de ilicitude: que o co-constituente das relação jurídica, isto é, o indivíduo, constitua, com uma pretensão de validade geral, uma situação que afronte o direito, que, portanto, viole o direito como Direito¹¹⁷².

O pensamento de Köhler é no seu essencial perfilhado por Kleszczewski, que, tal como aquele, sustenta um conceito material de crime directamente fundado na filosofia do direito de Hegel. Louvando-se do conceito hegeliano de capacidade jurídica (*Rechtsfähigkeit*), que considera ainda hoje válido, Kleszczewski entende que o crime, enquanto violação do direito como Direito, se caracteriza justamente como um ataque à

individual, mas também simultaneamente o que há de universal e de infinito no predicado do “meu”, a capacidade jurídica. Este conceito adquire, como veremos, um significado fundamental no modelo qualitativo de KLESZCZEWSKI, *Ordnungswidrigkeitenrecht*, § 36 e ss.

¹¹⁶⁹ Nas palavras de KÖHLER, *AT*, p. 23, “die traditionellen Erfolgstatbestände”.

¹¹⁷⁰ KÖHLER, *AT*, p. 30.

¹¹⁷¹ É aqui novamente notória a influência de HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, §§ 95 e 139, aliás, abertamente assumida por KÖHLER, *AT*, p. 23, nota 65.

¹¹⁷² Além das consequências que desta máxima derivam para a contraposição entre o direito penal e o direito de mera ordenação social, a analisar em texto, dela resulta ainda, por exemplo, a ideia da *inadmissibilidade*, por falta de dignidade penal, da tutela penal da *negligência inconsciente* – cf. KÖHLER, *AT*, p. 171 e ss., esp. pp. 178 e s. e 200 e s.; com a concordância de KLESZCZEWSKI, *AT*, §§ 195 e 230.

capacidade jurídica da vítima¹¹⁷³. Recaindo sobre o Estado um dever de protecção da dignidade da pessoa humana, tida como o mais elevado valor da ordem jurídica e que se define pelo princípio de que cada pessoa é um fim em si mesmo e jamais pode ser transformada em um mero objecto, está ele obrigado a reagir penalmente quando alguém ofenda voluntariamente bens jurídicos alheios, impondo ao seu portador uma vontade que lhe é estranha e dessa forma degradando-o como simples objecto. Esta ofensa comunitariamente insuportável manifestar-se-á, via de regra, através de uma *lesão* ou de uma *concreta colocação em perigo* de outrem. Mas não só, necessariamente. Tal como Köhler, Kleszczewski entende que uma perigosidade meramente genérica não tem o peso suficiente para por si só assumir significado penal. Relevância essa que, porém, será já de afirmar no caso de a conduta ser adequada a desencadear forças que o agente não domine em toda a sua extensão e que sejam elas próprias também adequadas a lesar um elevado número de um conjunto indeterminado de pessoas ou de pôr imediatamente em causa a livre existência de um indivíduo ou da convivência humana em sociedade¹¹⁷⁴.

2. Perante estas perspectivas sobre o conceito material de crime sufragadas por Köhler e Kleszczewski, considerando o apertado campo de intervenção que adscrevem ao direito penal, seria logo possível intuir uma sua propensão para apelar a um critério material de distinção em relação à contra-ordenação. E assim é, com efeito. Partindo do conceito material de crime que propõem, Köhler e Kleszczewski extraem a sua conclusão de que entre o direito penal e o direito contra-ordenacional intercede uma diferença qualitativa, sendo este último concebido fundamentalmente como uma *ordem de prevenção de perigos*¹¹⁷⁵. Ambos convergem na preocupação perante a orientação

¹¹⁷³ KLESCZEWSKI, AT, § 13 e ss., e *Ordnungswidrigkeitenrecht*, §§ 13 e 37.

¹¹⁷⁴ KLESCZEWSKI, AT, § 139, e *Ordnungswidrigkeitenrecht*, §§ 13 e 37.

¹¹⁷⁵ Como veremos mais detalhadamente em texto, KÖHLER, AT, p. 31, caracteriza as normas contra-ordenacionais à luz de uma função de *prevenção* de perigos abstractos (*Gefahrenvorbeugung*) e KLESCZEWSKI, *Ordnungswidrigkeitenrecht*, § 36 e ss., faz radicar a essência da contra-ordenação na ideia de ofensa a padrões institucionalizados de *prevenção* de perigos (*institutionelle Gefahrenvorsorge*). Ambos usam, não obstante, expressões sinónimas para expressar o cerne das suas teses – *Gefahrenvorbeugung* (KÖHLER, AT, p. 31) e *Gefahrenvorsorge* (KLESCZEWSKI, *Ordnungswidrigkeitenrecht*, § 36 e *passim* – e que fazem curso sobretudo no moderno *direito de polícia* alemão – cf. PIEROTH, Bodo / SCHLINK, Bernhard / KNIESEL, Michael, *Polizei- und Ordnungsrecht*, 5.^a ed., München, C. H. Beck, 2008, § 4, esp. n.º m. 13 e ss., segundo os quais o tradicional e ainda hoje corrente termo *Gefahrenabwehr* (*defesa* ou *protecção* de perigos) respeita não a perigos de natureza diversa daqueles que são cobertos pelo conceito de *Gefahrenvorbeugung* e *-vorsorge* (*prevenção* de perigos), devendo a contraposição fazer-se antes em função das possíveis formas de aparecimento dos perigos: os perigos podem ser tanto *defendidos* como *prevenidos*, havendo lugar a uma defesa do perigo

dominante de acolher um ponto de vista eminentemente quantitativo, que, na sua opinião, além de implicar uma circularidade na compreensão das relações entre o penal e o contra-ordenacional¹¹⁷⁶, representa uma tendência para a edificação de um “direito penal total”¹¹⁷⁷.

O direito de ordenação é para Köhler o domínio por excelência da prevenção de perigos, parecendo-lhe que só será possível contrariar aquela tendência que arrisca deformar o direito penal em um meio de ordenação total¹¹⁷⁸ mediante um conceito material de crime que impeça a entrada dos factos penais naquele espaço, que é próprio e deve manter-se um exclusivo das contra-ordenações. Estas ligam-se hoje à missão da administração ordenadora e do direito administrativo, estando por isso implicadas em uma função de *polícia*, em sentido amplo¹¹⁷⁹. O seu papel é especialmente relevante numa sociedade como a actual, onde pululam actividades que comportam em si mesmas elevados perigos de perturbação e de lesão (v. g., na produção industrial, nos sistemas de tráfico rodoviário e de comunicações), para contenção dos quais houve a necessidade de prover a ordem jurídica de regras de segurança e de ordenação. As infracções de perigo abstracto a que este acervo normativo dá corpo são o reduto do direito de mera ordenação social, do qual o direito penal deve, em princípio, manter-se afastado¹¹⁸⁰.

Nestes termos, Köhler identifica o direito de mera ordenação social com as normas jurídico-administrativas que regulam a convivência em sociedade, seja no sentido de uma prevenção de perigos (v. g., em todos os possíveis sistemas de produção ou de tráfico), seja no sentido de salvaguarda de interesses gerais (v. g., as normas relativas à concorrência)¹¹⁸¹. O ilícito contra-ordenacional assume deste modo uma

quando este já se manifesta e a uma sua prevenção quando ainda representa apenas uma ameaça futura (§ 15 e s.). Cf. ainda, SCHENKE, Wolf-Rüdiger, *Polizei- und Ordnungsrecht*, 7.^a ed., Heidelberg, Müller, 2011, § 1, n.º m. 9 e s., para quem a prevenção de perigos pertence ainda à missão geral de defesa de perigos que é cometida à polícia.

¹¹⁷⁶ KÖHLER, AT, p. 35: “a delimitação material entre o facto penal (crime) e a contra-ordenação relaciona-se também criticamente com a determinação legal de proceder à distinção meramente através da consequência jurídica. Pois no direito alemão os factos penais serão definidos como “crimes e delitos” quando lhes seja cominada uma pena e estaremos perante contra-ordenações quando aos factos se aplique uma sanção de outra ordem, a coima (§ 12 StGB; § 1 OWiG). Existirá aqui uma circularidade quando tal distinção não leve pressuposta uma diferenciação intrínseca”.

¹¹⁷⁷ KÖHLER, AT, p. 31.

¹¹⁷⁸ KÖHLER, AT, p. 33.

¹¹⁷⁹ KÖHLER, AT, p. 31.

¹¹⁸⁰ Em consonância com esta posição, KÖHLER, AT, p. 31 e s., critica o crescente apetite do legislador pelos crimes de perigo abstracto.

¹¹⁸¹ KÖHLER, AT, p. 33.

natureza de ilícito administrativo ou policial¹¹⁸² e distingue-se materialmente do ilícito penal na medida em que nele estão apenas em causa específicas violações de normas de ordenação que em si mesmas consideradas contendem somente com uma abstracta condição de funcionamento do sistema global actual. Não sendo admissível conferir tutela penal a ilícitos de mera ordenação assim caracterizados, só estará justificada uma conversão das violações a ordenações daquele género em facto penais nos casos em que a conduta em apreço, além de levar implicada a referida máxima subjectiva de ilicitude, possuir objectivamente um peso de uma severa abstracta colocação em perigo de um específico bem jurídico (v. g., a condução em estado de embriaguez) ou ofender aqueles sistemas destinados a garantir o interesse da liberdade geral não de uma forma meramente limitada, mas nos seus próprios fundamentos (v. g., um acordo ilícito de cartel no âmbito de um oligopólio que pode comprometer seriamente a concorrência)¹¹⁸³.

3. O pensamento de Kleszczewski vai, no essencial, ao encontro da tese de Köhler e mostra-se condensado na fórmula, constantemente repetida pelo autor, de que “enquanto as ofensas penais correspondem a um ataque à capacidade jurídica de outrem, as contra-ordenações representam meras violações de uma prevenção institucional de perigos”¹¹⁸⁴, estando os tipos contra-ordenacionais por definição voltados para comportamentos que *não possuem mais do que uma perigosidade genérica*¹¹⁸⁵.

Aqui reside a chave da sua distinção qualitativa, pois, como referimos já, à semelhança Köhler, Kleszczewski não admite que a responsabilidade penal possa, à partida, fundamentar-se em uma tal perigosidade abstracta, acabando por dever ser este o espaço natural do direito contra-ordenacional. Neste sentido, afirma que enquanto a maior parte dos factos penais é constituída por delitos de dano ou de perigo que põem

¹¹⁸² Como é em geral reconhecido, também KÖHLER, *AT*, p. 33, considera que o direito das contra-ordenações é o sucessor do antigo direito penal administrativo ou de polícia, estando estreitamente ligado a toda uma evolução que desembocou no moderno Estado social.

¹¹⁸³ KÖHLER, *AT*, p. 34, entende que uma contraposição material entre crimes e contra-ordenações assim delineada é preferível à tradicional busca de um critério de diferenciação fundado em um contraste entre uma conexão ética ou ao bem jurídico, de um lado, e uma tutela de meros interesses administrativos correlacionada com uma ideia de desobediência administrativa, de outro. No sentido de que a linha divisória não pode passar pelo conceito de bem jurídico, Köhler sustenta que o próprio direito de mera ordenação social colhe o seu fundamento em uma conexão, em todo o caso abstracto-sistémica, com a liberdade jurídica da pessoa e as suas condições de existência em sociedade, tendo por isso uma conexão mediata a bens jurídicos.

¹¹⁸⁴ KLESZCZEWSKI, *Ordnungswidrigkeitenrecht*, § 36.

¹¹⁸⁵ KLESZCZEWSKI, *Ordnungswidrigkeitenrecht*, § 38.

em causa a capacidade jurídica de outrem, já a esmagadora maioria das contra-ordenações visa reagir a factos contrários a uma pretensão estadual de controlo e de regulação enquanto tal, correspondendo as mais das vezes a actividades levadas a cabo sem a devida autorização ou licença, ao desacatamento de comandos administrativos ou à omissão de actos de colaboração ou de comunicação¹¹⁸⁶. Mesmo quando não pode negar-se o exercício pela contra-ordenação de uma função de tutela de bens jurídicos, como sucede, por exemplo, na condução em estado de embriaguez, que a faz viver paredes-meias com factos penais afins, entende Kleszczewski que tal não chega para colocar o direito penal e o direito contra-ordenacional no mesmo plano qualitativo, dado que mesmo nesses casos este último continua, em derradeira instância, incindivelmente ligado à actividade estadual de controlo e de regulação¹¹⁸⁷.

Esta actividade está intimamente relacionada com o modelo de interacção social da sociedade de massas actual, no qual a convivência comunitária não se processa já no seio de um pequeno grupo, mas é forçosamente desenvolvida em contextos de relações com desconhecidos e em que por isso cada qual deve poder esperar dos demais a observância de determinados padrões de cuidado¹¹⁸⁸. Ora, para cada um dos mais variados círculos da vida social cabe à administração promover uma específica ordenação através da qual sejam institucionalizados os cuidados tendentes à prevenção de perigos a observar por cada indivíduo. Deste modo, quem não cumprir esses “standards” de cuidado frustra as expectativas que sobre si recaem em função daquela institucionalização de prevenção de perigos, mesmo que, na realidade do caso concreto, o seu comportamento acabe por não representar qualquer perigo¹¹⁸⁹. Uma vez que a perigosidade que vai implicada nesta violação de regras de controlo e de regulação não passa de uma genérica perigosidade abstracta, será legítima uma intervenção contra-ordenacional, mas já não uma actuação penal.

É neste aspecto que, no modo de ver de Kleszczewski, se manifesta a diferenciação qualitativa da contra-ordenação em relação ao crime¹¹⁹⁰. Uma vez que um facto perigoso só se reveste de relevo penal se afectar substancialmente a capacidade jurídica de outrem, isto é, se no caso concreto for idóneo a pôr em perigo um grupo alargado e indeterminado de pessoas ou a comprometer a livre existência de alguém em

¹¹⁸⁶ KLESCZEWSKI, *Ordnungswidrigkeitenrecht*, § 26.

¹¹⁸⁷ KLESCZEWSKI, *Ordnungswidrigkeitenrecht*, § 29.

¹¹⁸⁸ KLESCZEWSKI, *Ordnungswidrigkeitenrecht*, § 39.

¹¹⁸⁹ KLESCZEWSKI, *Ordnungswidrigkeitenrecht*, § 29.

¹¹⁹⁰ KLESCZEWSKI, *Ordnungswidrigkeitenrecht*, § 29.

toda a sua plenitude, uma simples violação de uma regra de ordenação não pode, sem mais, ser qualificada como crime. Esse tipo de condutas das quais o direito penal deve manter-se afastado constitui, por seu turno, o território natural do direito das contra-ordenações. É pois através do conceito de perigosidade genérica derivada da violação de padrões vigentes de prevenção de perigos que Kleszczewski marca e procura aprofundar um conteúdo material ao ilícito contra-ordenacional¹¹⁹¹.

Em ordem a densificar este seu propósito diferenciador, Kleszczewski apela ao conceito de *Daseinsvorsorge* desenvolvido por Forsthoff como ideia rectora da intervenção da administração no quadro de um Estado social¹¹⁹² e que abriu caminho, por entre a função tradicional de polícia de defesa de perigos (*Gefahrenabwehr*), à ideia de *Gefahrenvorsorge*¹¹⁹³. Na lição de Wolff / Bachof / Stober, esta aparece em um horizonte de compreensão do Estado social como Estado conformador. Um Estado que visa moldar a ordem social através da promoção e preservação da justiça social e que assim ao lado da defesa de perigos para a segurança jurídica deve prover a prevenção de perigos, bem como a reparação das suas consequências, para a segurança da própria existência dos cidadãos¹¹⁹⁴.

Neste cenário, os termos em que a administração, concebida em sentido estrito, leva a cabo a prossecução do interesse público não se processa já através de actividades produtivas como o fabrico ou a disponibilização de bens e serviços, mas do chamado “decision making”¹¹⁹⁵, competindo-lhe decidir sobre direitos, deveres ou situações jurídicas do cidadão em função dos interesses pessoais dos interessados e do interesse

¹¹⁹¹ KLESZCZEWSKI, *Ordnungswidrigkeitenrecht*, § 40 e ss.

¹¹⁹² Cf. FORSTHOFF, *Die Verwaltung als Leistungsträger*, e por último *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, I: *Allgemeiner Teil*, 10.^a ed., München, C. H. Beck, 1973, p. 368 e ss., abrangendo no conceito de *Daseinsvorsorge*, que entre nós vem sendo expresso através da ideia de *prestação de cuidados existenciais*, todas as prestações da administração de que os cidadãos são beneficiários. Neste sentido, considerava FORSTHOFF, I, ¹⁰*Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, p. 370, que não haveria que estabelecer distinções entre prestações imprescindíveis ou não à vida, afirmando que, naturalmente sem prejuízo de uma definição de prioridades, seriam de identificar com a *Daseinsvorsorge* todas as prestações da administração portadoras de utilidade para o benefício da comunidade ou de um certo círculo de pessoas.

¹¹⁹³ Empregamos em texto o vocábulo alemão, que, como referimos supra, corresponde a uma ideia de prevenção de perigos, porque é essa exacta palavra que KLESZCZEWSKI, *Ordnungswidrigkeitenrecht*, § 36 e ss., usa para definir o conteúdo material da contra-ordenação e para assim tornar clara a marcada associação da sua concepção à “gramática” da ciência jurídico-administrativa.

¹¹⁹⁴ WOLFF, Hans J. / BACHOF, Otto / STOBER, Rolf, *Verwaltungsrecht*, I, 10.^a ed., München, C. H. Beck, 1994, § 18, n.º m. 21, relacionando este paradigma com uma mudança nas metas do Estado determinadas pela atribuição ao trabalho, em vez da propriedade, do estatuto de valor fundamental desta ordem social e pelo esforço empreendido no sentido de a par de uma igualdade jurídica promover uma efectiva igualdade social dos cidadãos e de tornar igualmente efectivas as liberdades juridicamente reconhecidas às pessoas.

¹¹⁹⁵ WOLFF / BACHOF / STOBER, ¹⁰*Verwaltungsrecht*, I, § 18, n.º m. 11.

público¹¹⁹⁶. Tendo em conta esta realidade administrativa e considerando que a fórmula orientadora de *Gefahrenvorsorge* e *Daseinsvorsorge* exprime de forma completa e cabal a missão de prossecução de interesse público a que a administração se encontra afecta, Kleszczewski procura nela fundar uma natureza autónoma do direito das contra-ordenações que o permita destringir materialmente do direito penal.

De modo a explicitar o seu ponto de vista, apresenta o exemplo do direito rodoviário. Nele está em causa o interesse público na segurança e fluidez do tráfico, em consideração do qual são estabelecidas normas destinadas a reger as condutas próprias desse sector, que designa como normas de orientação, são dadas ordens ou instruções em situações concretas e são submetidas à apreciação da administração as pretensões dos particulares de serem admitidos a actuarem no tráfico. Através deste sistema de normas de orientação, de disposições determinadas e de autorizações a administração cria um quadro de ordenação através do qual garante a segurança e fluidez do tráfico rodoviário. Destarte, através desta prevenção institucionalizada de perigos logra minimizar os perigos inerentes a um tráfico anónimo de massas e cada qual que tome parte no tráfico poderá estar ciente dos riscos ainda subsistentes¹¹⁹⁷.

A previsão deste sistema não é todavia suficiente para garantir o cumprimento dos objectivos que através dele se procuram alcançar, tal como não se afigura ainda suficiente para esse efeito uma coadjuvação dos meios de execução coerciva que estão à disposição da administração¹¹⁹⁸. Ao sistema é imprescindível o apoio de um instrumento sancionatório que possa ser usado para punir as infracções à ordenação estabelecida, o direito contra-ordenacional. Tal como o direito penal, este actua em reacção à violação de normas. Só que num e noutro estão em causa normas de natureza totalmente diferente. O direito penal lida com a lesão ou colocação em perigo da vida, do corpo, da liberdade ou da propriedade ou de bens jurídicos análogos. As suas normas, caracterizadas pela longevidade, abstracção e generalidade, contrastam por isso com as normas típicas do direito de mera ordenação social, concebidas como padrões de prevenção de perigos dirigidos a situações específicas e que dependem fundamentalmente da potencialidade de perigo nelas envolvida e da avaliação do grau de difusão do conhecimento técnico necessário ao seu domínio. O facto penal corresponde, enfim, a uma violação de uma proibição de ofensa de regras constitutivas

¹¹⁹⁶ KLESZCZEWSKI, *Ordnungswidrigkeitenrecht*, § 41.

¹¹⁹⁷ KLESZCZEWSKI, *Ordnungswidrigkeitenrecht*, § 42.

¹¹⁹⁸ KLESZCZEWSKI, *Ordnungswidrigkeitenrecht*, § 43.

da convivência em sociedade, ao passo que a contra-ordenação se identifica com específicos padrões de *Gefahrenvorsorge* ou de *Daseinsvorsorge* cuja específica configuração poderia conhecer um conteúdo distinto¹¹⁹⁹. Nisto reside, segundo Kluszczewski, a diferença material que separa os crimes das contra-ordenações, as quais não podem, ainda assim, qualificar-se como ético-socialmente incolores, dado que representam sempre uma ofensa a normas vigentes de *Gefahrenvorsorge* e *Daseinsvorsorge*¹²⁰⁰, podendo quando muito ser vistas como infracções com um pálido relevo ético-social.

§ 17. O DIREITO DAS CONTRA-ORDENAÇÕES COMO DIREITO DAS ACTIVIDADES RESERVADAS

1. O intento de reconhecer no direito de mera ordenação social traços que o diferenciem materialmente do direito penal e assim justifiquem a sua autonomia foi recentemente empreendido por Lobo Moutinho através de uma teorização inovadora, que procura conceber o direito das contra-ordenações como “o direito das actividades reservadas”¹²⁰¹.

Essa nova proposta de fundamentação da autonomia material do ramo contra-ordenacional é precedida de uma crítica às teses desenvolvidas em ordem a ancorá-la numa base de matriz ética, apontando o falhanço dessas construções como uma razão para concluir, em via de princípio, em um certo paralelismo com Cavaleiro de Ferreira¹²⁰², “que entre contra-ordenação e crime não intercede distinção essencial ou de natureza. Estar-se-ia, portanto, quando muito perante uma diferença de grau”¹²⁰³. Para aqui chegar, Lobo Moutinho convoca ainda a ideia de que não há qualquer diferença essencial entre as sanções penais e contra-ordenacionais¹²⁰⁴, sendo de opinião de que “a coima é, antes de mais, evidentemente, uma pena, no sentido amplo de sanção de

¹¹⁹⁹ KLESCZEWSKI, *Ordnungswidrigkeitenrecht*, § 44 e s.

¹²⁰⁰ Neste ponto, KLESCZEWSKI, *Ordnungswidrigkeitenrecht*, § 45, coincide com todos aqueles, como, por exemplo, Figueiredo Dias, que entendem que certo facto, posto que em si mesmo eticamente indiferente, deixa de poder considerar-se ético-socialmente neutro a partir do momento em que passa a estar coberto de tutela contra-ordenacional.

¹²⁰¹ MOUTINHO, Lobo, *Direito das Contra-Ordenações*, p. 63.

¹²⁰² Cf. FERREIRA, Cavaleiro de, *Direito Penal Português*, I, 1981, p. 15 e ss., e ⁴*Lições de Direito Penal*, 1992, p. 107 e ss.

¹²⁰³ MOUTINHO, Lobo, *Direito das Contra-Ordenações*, p. 63.

¹²⁰⁴ MOUTINHO, Lobo, *Direito das Contra-Ordenações*, p. 46.

sentido não reparador (tendo, nesse sentido, «carácter repressivo»¹²⁰⁵. Tanto assim, continua, que “um carácter meramente «admonitório» ou de «mera advertência» da coima não encontra qualquer correspondência na estrutura ou regime legal da coima, que se refere a um facto cometido no passado, o qual é fundamento e medida da sanção (art. 18.º, n.º 1, RGCO”¹²⁰⁶. Se não há nada que separe substancialmente o direito penal e o direito contra-ordenacional no plano sancionatório, uma busca de um critério de distinção qualitativa deverá então virar-se para o plano do ilícito¹²⁰⁷. Só que, também aqui, como se referiu, entende Lobo Moutinho que as respostas que tradicionalmente vêm sendo oferecidas para esse efeito, sobretudo no plano ético, deparam-se com objecções insuperáveis e não logram por isso fundamentar cabal e devidamente a contraposição material que advogam.

Diante deste aparente beco sem saída, Lobo Moutinho ensaia um novo discurso fundamentador de uma distinção qualitativa, o do direito das contra-ordenações como direito sancionatório das actividades reservadas, que o conduz à conclusão de que “o Direito das contra-ordenações se não pode qualificar como parte integrante do Direito e processo penal”¹²⁰⁸.

Lobo Moutinho constrói a sua tese em boa parte sobre a verificação certa de uma espécie de singularidade paradoxal do direito de mera ordenação social, a circunstância de ele se caracterizar, de um lado, por uma extrema proximidade ou congruência substantiva com o direito penal e, de outro, por “uma inegável diversidade processual, marcada pela competência da autoridade administrativa para promover o processo e sancionar, em nome próprio, o arguido”¹²⁰⁹. É a partir desta segunda nota, a atribuição da competência para o processamento à administração, que Lobo Moutinho edifica a sua tese¹²¹⁰. Pois se se têm mostrado sucessivamente frustradas as tentativas de alcançar a diferenciação mediante uma contraposição assenta na infracção, julga que valerá a pena prosseguir esse propósito com base em um outro referente, aquele que foi tido por Eduardo Correia, o “fundador” do nosso direito contra-ordenacional, como o “ponto de arranque” para a sua criação, a concessão à administração do poder de investigar e sancionar o facto contra-ordenacional.

¹²⁰⁵ MOUTINHO, Lobo, *Direito das Contra-Ordenações*, p. 37.

¹²⁰⁶ MOUTINHO, Lobo, *Direito das Contra-Ordenações*, p. 37.

¹²⁰⁷ MOUTINHO, Lobo, *Direito das Contra-Ordenações*, p. 45 e ss.

¹²⁰⁸ MOUTINHO, Lobo, *Direito das Contra-Ordenações*, p. 73.

¹²⁰⁹ MOUTINHO, Lobo, *Direito das Contra-Ordenações*, p. 40.

¹²¹⁰ MOUTINHO, Lobo, *Direito das Contra-Ordenações*, p. 61 e ss.

A razão pela qual a lei contra-ordenacional atribui tal competência à administração encontra-a Lobo Moutinho no carácter especial das actividades que caem no seu objecto de tutela, as chamadas *actividades reservadas*. O horizonte de compreensão desta perspectiva foi, contudo, delineado não por Lobo Moutinho, mas por José António Veloso e em um contexto distinto, *rectius*, oposto, ao contra-ordenacional. Uma referência ao pensamento de José António Veloso, ainda que breve, perfila-se, por isso, como imprescindível a uma mais clara percepção da tese de Lobo Moutinho, contribuindo, do mesmo passo, para conduzir à conclusão da sua insustentabilidade.

2. Na teorização de José António Veloso que o levou a uma contraposição entre *actividades fundadas na liberdade geral de acção e liberdades sujeitas a licenças ou autorizações especiais da administração*, as por ele chamadas *actividades reservadas*, nunca esteve coenvolvida uma tomada de posição acerca da essência do direito contra-ordenacional. Bem pelo contrário, centrando-se na dilucidação da natureza de institutos do direito bancário e do direito societário, como a revogação da autorização das instituições de crédito¹²¹¹ e a inibição de direitos de voto em sociedades comerciais decorrente do incumprimento da comunicação da detenção de participações qualificadas¹²¹², toda a sua análise é dirigida no sentido de deles excluir qualquer vezo sancionatório, seja penal, seja contra-ordenacional.

De modo a justificar a razão pela qual entende que o impedimento *a priori* ou mesmo *a posteriori* oposto ao exercício da actividade bancária não pode ser visto como uma restrição ou cassação de direitos, apela à ideia de que não existe propriamente um direito a exercer actividades ou cargos reservados (v. g., de juiz, de advogado, de médico, de polícia, de fabricante de dinamites, de vendedor de armas, de transportador de produtos tóxicos ou explosivos, de banqueiro, segurador ou corretor de bolsa) que

¹²¹¹ VELOSO, José António, “Sobre a natureza não-sancionatória da revogação da autorização das instituições de crédito e outras questões de fiscalização de actividades reservadas: algumas notas de justificação de decisões legislativas”, *Direito e Justiça*, XVI, tomo I, 2000, p. 61 e ss. – como o próprio título do estudo indica, o A. propende para uma qualificação da revogação da autorização das instituições de crédito como um acto que integra a função de fiscalização administrativa das instituições de crédito desempenhada pelo Banco de Portugal, configurando-a portanto como uma pura medida administrativa, que “nada [tem] que ver com o exercício de poderes *punitivos*, ou até sequer *meramente administrativos*, de *restrição* ou *cassação de direitos*” (p. 68).

¹²¹² VELOSO, José António, “Questões hermenêuticas e de sucessão de leis nas sanções do Regime Geral das Instituições de Crédito – em especial a inibição de direitos de voto por violação de deveres de revelar participações qualificadas”, *Revista da Banca*, n.º 48, 1999, p. 27 e ss., e n.º 49, 2000, p. 23 e ss., defendendo que a inibição de direitos de voto constitui uma sanção de natureza exclusivamente civil que opera *ope legis*, também a ela lhe negando natureza sancionatória penal ou contra-ordenacional (cf. esp. n.º 48, p. 53 e ss.).

seja anterior à autorização ou à habilitação de que a actividade ou o exercício do cargo pressupõem, devendo reconhecer-se aos interessados apenas o direito, prévio à intervenção do poder público que filtra o acesso à actividade, de se candidatar a exercê-la¹²¹³. Donde, entende José António Veloso, inexistindo um direito de exercício de actividades reservadas, a sua proibição, como sucede na revogação da autorização de instituições de crédito, não representa qualquer forma de sanção, mas é apenas em princípio uma simples medida administrativa sem carácter sancionatório, constituindo um acto administrativo inverso ao da concessão da autorização do seu exercício¹²¹⁴.

Toda esta tese assenta na contraposição entre uma liberdade geral de acção e uma limitação de exercício de actividades reservadas, aquelas que carecem de uma licença.

A liberdade geral de acção deve ser reconhecida naqueles casos em que o direito de desempenhar uma certa actividade é em princípio inerente ao simples facto de se viver de sociedade. Nesta vertente, mesmo que haja lugar a uma intervenção mediadora da administração sob a forma de emissão de uma licença, o direito em causa tem “um título anterior à licença, que em vez de ser verdadeiramente constitutiva, se torna, quando muito, em simples certificação ou *acertamento* da posse de certas habilitações”¹²¹⁵. Ora, e é este o ponto decisivo para o nosso problema, considera José António Veloso que só nestas situações pode em princípio falar-se de autêntico sancionamento, dado que “só há punição se existir uma privação de direitos cujo título seja outro que não o poder que se exerce pela punição. O direito de liberdade, por exemplo, não é conferido pelo juiz que condena o réu em prisão; e é por isso que a prisão é uma pena”¹²¹⁶.

As coisas passam-se diferentemente no âmbito das actividades reservadas. Nestas incluem-se as “actividades que, por serem de *risco especial ou qualificado*, se

¹²¹³ VELOSO, José António, “Sobre a natureza não-sancionatória da revogação...”, p. 81.

¹²¹⁴ VELOSO, José António, “Sobre a natureza não-sancionatória da revogação...”, p. 66 e ss. e *passim*. Atenta a razão que levou a que nos debruássemos sobre o pensamento deste A., não é este o lugar para uma detida apreciação crítica destas suas ideias, que, de todo o modo, nos parecem dificilmente aceitáveis em toda a sua extensão e que, contra o que pretende o A., *cit.*, p. 82 e s., mesmo sem “dúvidas pseudoconstitucionais”, estão longe de poder considerar-se *evidentemente* inócuas sob o ponto de vista constitucional, nomeadamente, à luz dos n.ºs 1 e 4 do art. 30.º da CRP.

¹²¹⁵ VELOSO, José António, “Sobre a natureza não-sancionatória da revogação...”, p. 86.

¹²¹⁶ VELOSO, José António, “Sobre a natureza não-sancionatória da revogação...”, p. 67, valendo ainda a pena transcrever o exemplo dado para ilustrar a afirmação, de modo a que melhor se perceba o alcance do conceito de actividade reservada: “só se viver em liberdade fosse uma actividade reservada, sujeita a uma infernal licença administrativa prévia, poderia a condenação a prisão ser «dogmaticamente» construída como uma revogação de licença”!

justifica sejam submetidas a autorização prévia e vigilância administrativa das autoridades públicas”¹²¹⁷. Reputa, assim, ilegítima uma certa tendência para infundir nessas actividades o espírito da liberdade económica geral e repudia o pensamento de que as restrições que lhes sejam opostas possam contender com direitos fundamentais substantivos, uma vez que em tais actividades de risco não existe um direito fundamental de iniciativa económica. E não existe, porque “as actividades acompanhadas de risco significativo para outrem não constituem objecto de um pretense direito fundamental de liberdade económica”¹²¹⁸. Nesses casos, a liberdade geral económica manifesta-se apenas no direito de solicitar ou concorrer à atribuição da autorização para o seu exercício. Essas actividades devem, nessa medida, ser afastadas do círculo da liberdade geral de acção, e como não têm a montante da licença um título que legitime o seu exercício, uma eventual decisão da administração de retirada de uma permissão anteriormente concedida não detém um significado sancionatório, constituindo somente o reverso administrativo de um acto positivo anteriormente praticado. José António Veloso admite, é certo, que “a revogação da licença *pode* ser uma sanção, quando se traduza na pena correspondente à *violação de deveres específicos que tenham sido constituídos com a concessão da licença*”¹²¹⁹, mas parece considerar essa hipótese mais como uma possibilidade patológica dos limites infligidos ao exercício de actividades reservadas, do que propriamente a sua regra, que será antes a da sua natureza não sancionatória.

Independentemente da concordância, ou melhor, das nossas discordâncias em relação a esta elaboração teórica, o que pretendemos com esta chamada de José António Veloso ao nosso debate é, como dissemos, trazer directamente à cena o exacto enquadramento por sobre o qual Lobo Moutinho pretende dotar o direito de mera ordenação social de um novo fundamento material. Devidamente explicitados os pontos cardeais da tese de José António Veloso não deixa, antes de mais, de espantar que tenha sido precisamente nela que Lobo Moutinho se tenha inspirado no seu esforço fundamentador de um direito de mera ordenação social destinado às actividades reservadas. É que se para José António Veloso o *punctum saliens* da intervenção administrativa nessas actividades é justamente a sua *natureza não sancionatória*, só

¹²¹⁷ VELOSO, José António, “Sobre a natureza não-sancionatória da revogação...”, p. 68.

¹²¹⁸ VELOSO, José António, “Sobre a natureza não-sancionatória da revogação...”, p. 69.

¹²¹⁹ VELOSO, José António, “Sobre a natureza não-sancionatória da revogação...”, p. 71, assim parecendo entrar em contradição com o passo anterior em que afirmava que “*só há punição* se existir uma privação de direitos cujo título seja outro que não o poder que se exerce pela punição” (it. nosso).

pode causar estranheza que se vá beber a esta ideia para definir a essência de um direito sancionatório como é o direito de mera ordenação social, como porém acontece com Lobo Moutinho¹²²⁰.

3. Com vista a delimitar e justificar o campo de intervenção sancionatória da administração no contexto contra-ordenacional, Lobo Moutinho retoma o essencial da caracterização de actividades reservadas desenvolvida por José António Veloso. Do que se trata, no dizer daquele, é de “actividades ou sectores de actividade, que, por comportarem *especiais perigos* para bens juridicamente protegidos (designadamente *bens jurídicos penalmente protegidos*), são subtraídos à liberdade geral de acção (incluindo a liberdade económica) assegurada pela ordem jurídica e submetidas a autorização ou licença e a vigilância institucionalizada”¹²²¹, exemplificando com a condução na via pública, a actividade financeira, telecomunicações, distribuição de diversos bens, *etc.*

A especial perigosidade imanente a estas actividades reservadas pode, por sua vez, ser perspectivada sob dois prismas, o da administração e o dos particulares.

À administração, atentos os perigos para bens jurídicos, penais inclusive, que nelas estão envolvidos, cumpre velar pela observância das regras de segurança instituídas para protecção desses bens jurídicos, competindo-lhe concomitantemente decidir atribuir ou manter a autorização para que o particular possa actuar nesses circuitos do tráfico especialmente perigosos. Dado que assume esta função de vigilância, compreende-se sem mais que lhe sejam também concedidos poderes sancionatórios – *i. e.*, contra-ordenacionais – para reagir, punindo, àqueles casos de inobservância das regras de segurança da actividade reservada em causa. Na realidade, “nada mais natural que a próprio administração, que pode negar o acesso à actividade por incapacidade de cumprimento das regras de segurança, possa igualmente sancionar o respectivo cumprimento (o qual nem sempre será, aliás, irrelevante para a próprio manutenção da licença)”¹²²².

¹²²⁰ Dando-se conta desta aporia, MOUTINHO, Lobo, *Direito das Contra-Ordenações*, p. 63 e ss., pretende ultrapassá-la, além do mais, “agarrando-se” ao flanco aberto por VELOSO, José António, “Sobre a natureza não-sancionatória da revogação...”, p. 71, de que situações poderão existir em que a revogação de uma autorização para o exercício de uma actividade reservada tenha uma índole sancionatória, que, todavia, no pensamento deste último se trata de uma “concessão” acessória à sua tese central.

¹²²¹ MOUTINHO, Lobo, *Direito das Contra-Ordenações*, p. 61 e s. (it. nosso).

¹²²² MOUTINHO, Lobo, *Direito das Contra-Ordenações*, p. 62.

Por seu turno, o particular que decide entrar no círculo de actuação da actividade reservada, pedindo e obtendo da administração uma autorização para esse efeito, passa a estar sujeito àquele catálogo de regras de segurança que especificamente disciplinam o modo de agir nessa esfera. Quando, todavia, viole essas normas, essa infracção não representa já um desvio aos ditames da liberdade geral de acção, mas um ofensa aos deveres especiais de quem foi admitido a actuar nesse sector. Em termos sistemáticos, tal infracção representa um estágio intermédio entre a ordem disciplinar e a ordem social geral, formando a “ordem (jurídica) de um determinado sector de actividade reservada”¹²²³.

Numa palavra, conclui Lobo Moutinho, “é esta a «mera ordenação social» de que falam a Constituição e a lei”¹²²⁴.

4. Não podemos, todavia, concordar nem com esta conclusão nem com as premissas em que assenta. Não foi esta, seguramente, a ordenação social que esteve na *mens legislatoris* aquando da institucionalização do direito de mera ordenação social na Alemanha e cá; e não é *só esta*, por certo, a ordenação social a que agora se reportam a Constituição e a lei. Isto sem esquecer a inversão completa do modelo teórico de José António Veloso em que a sua proposta repousa.

4.1 Naquele que nos parece ser o menor, e porventura até irrelevante, dos males de que padece a doutrina de Lobo Moutinho, cremos que a mesma, contra o que aparenta pretender quando reivindica uma espécie de estatuto de interpretação autêntica da Constituição e da lei, de modo algum pode chamar a si o cerne do património dogmático da teoria do direito penal administrativo e dos seus seguidores no pós-guerra, como Eberhard Schmidt e Eduardo Correia, que determinou a génese do direito contra-ordenacional. Aliás, como também procuraremos esclarecer, a ter herdado algum legado dessa teoria, a tese de Lobo Moutinho apresenta, isso sim, uma clara afinidade com um dos seus traços mais contestáveis, a concepção do particular como órgão auxiliar da administração.

No fundo, ao referir a tutela contra-ordenacional às actividades consideradas reservadas em função da especial perigosidade que representam para bens jurídico-

¹²²³ MOUTINHO, Lobo, *Direito das Contra-Ordenações*, p. 63.

¹²²⁴ MOUTINHO, Lobo, *Direito das Contra-Ordenações*, p. 63.

penais, Lobo Moutinho reconduz o direito de mera ordenação social à velha categoria das contravenções, entendidas estas como factos potencialmente danosos para uma série indeterminada de bens jurídicos, como o próprio, aliás, não deixa de reconhecer¹²²⁵. Queremos com isto apenas significar que vista sob esta perspectiva a sua tese é incompatível com as ideias de Eberhard Schmidt ou de Eduardo Correia, onde avultava sobretudo uma ligação da contra-ordenação a uma função de promoção do bem-estar social, em ordem à tutela de interesses administrativos, e não tanto (v. g., Eduardo Correia) ou sequer (v. g., Eberhard Schmidt) de tutela antecipada de bens jurídicos¹²²⁶. Isto só para concluir, sem que aqui haja desabono para a tese em análise, que a Constituição e a lei tal como eram compreendidas pelas concepções daqueles autores que lançaram as bases do direito contra-ordenacional de modo algum poderiam corresponder ao conceito de ordenação social proposto por Lobo Moutinho.

4.2 Não é essa, porém, a objecção decisiva e definitiva que nos merece a sua posição. Parece-nos, antes sim, que é ela de recusar pelo seu carácter duplamente redutor, gerador inclusive de uma contradição interna, e pela inaceitável relação que tece entre o particular e a administração.

Ao circunscrever o objecto contra-ordenacional à área das denominadas actividades reservadas, por oposição ao campo da liberdade geral de acção, Lobo Moutinho estreita aquele que é e deve continuar a ser o raio de acção do direito de mera ordenação social. Ante as suas considerações poderia pensar-se que, na realidade legal positivada, o direito contra-ordenacional só interviria ali onde os particulares carecessem de uma prévia autorização administrativa para levarem a cabo uma certa actividade tida em si mesma como especialmente perigosa. Ou, ao revés, que lhe seriam estranhas (e ficaria à margem de) todas aquelas actividades que à partida não representassem uma típica fonte de perigo para bens jurídicos, não intervindo quando, não obstante, o particular, no exercício da sua liberdade geral de acção, violasse normas vinculadas à sua protecção. Sucede que não é esse, manifestamente, o caso, sendo incontáveis as contra-ordenações legalmente tipificadas que, dirigindo-se a tipos de comportamentos perfeitamente banais e por vezes até incindíveis do próprio existir

¹²²⁵ MOUTINHO, Lobo, *Direito das Contra-Ordenações*, p. 67 e s.

¹²²⁶ Cf. supra § 9.2 e § 4, respectivamente.

humano ou de uma normal convivência social¹²²⁷, ameaçam com coimas certas acções que nesses contextos possam ser praticados e que contendam, de modo mais ou menos distante ou imediato, com determinados bens jurídicos.

A título de exemplo disto mesmo, pense-se na violação pelos peões do seu dever de atravessar uma estrada ou uma rua pela passadeira, se situada a menos de 50 m, ou no incumprimento de algum dos outros numerosos deveres que qualquer pessoa deverá acatar quando ande a pé na via pública. Deveres esses que são objecto de regulação contra-ordenacional¹²²⁸ sem que, julgamos, possa passar pela cabeça de quem quer que seja que o simples pôr o pé fora de casa constitua uma actividade que não se inscreva na mais ampla e irredutível liberdade geral de acção. Ou pense-se ainda nas festas que as pessoas organizam em suas casas e em que é produzido um ruído de vizinhança. Também aí pode intervir o direito de mera ordenação social¹²²⁹, sem que deva sequer poder cogitar-se que os convívios festivos caseiros careçam de prévio licenciamento administrativo. Os exemplos poderiam suceder-se *ad nauseam*, de cada vez ficando patente a total falta de aderência à realidade e ao sistema contra-ordenacional vigente da ideia de Lobo Moutinho de que o direito de mera ordenação social é o direito das actividades reservadas. Tal, simplesmente, não é verdade, sendo inúmeras as contra-ordenações que intervêm no âmbito da liberdade geral de acção de cada um sem que de modo algum seja, só por isso, de pôr em causa a sua bondade político-criminal e político-social.

4.3 A proposta de Lobo Moutinho mostra-se ainda redutora em uma outra vertente, aquela em que parece confinar a acção do direito contra-ordenacional à tutela de bens jurídicos penalmente protegidos. Não que entendamos que as contra-ordenações não possam ou não devam participar em funções de tutela de bens jurídico-penais. Pelo contrário, cremos que uma política criminal que integre complementar e harmonicamente as várias dimensões do direito público sancionatório implica aceitar e reconhecer até como desejável que a tutela de bens jurídicos com dignidade penal se faça não só através da previsão de tipos legais de crime, como também de tipos contra-ordenacionais. A razão está assim do lado de Lobo Moutinho quando aponta ao direito

¹²²⁷ Cf. VELOSO, José António, “Sobre a natureza não-sancionatória da revogação...”, p. 86 e ss.

¹²²⁸ Cf. art. 99.º e ss. do Código da Estrada.

¹²²⁹ Cf. arts. 24.º e 28.º-1, *h*) e *i*), do Regulamento Geral do Ruído – Decreto-Lei n.º 9/2007, de 17 de Janeiro.

de mera ordenação social uma função de protecção de bens jurídico-penais. Mas já não nos parece que esteja quando dá a entender que a intervenção contra-ordenacional termina aí, nos bens jurídico-penais, não se espraiando para além deles, tutelando valores ou interesses juridicamente reconhecidos como socialmente valiosos sem que todavia assumam o peso, a importância ou até a concretude imprescindíveis para que neles se divise dignidade penal. Bens jurídicos que não possuindo embora dignidade suficiente para que mereçam tutela penal, podem e não raro devem ser objecto de tutela contra-ordenacional. Pretender o contrário, como parece ser o caso de Lobo Moutinho, significa incorrer numa visão redutora da realidade, com o conseqüente perigo de um largo esvaziamento do direito das contra-ordenações através de uma maciça retirada de matérias a que está e deve continuar a estar afecto.

A sobreposição do direito de mera ordenação social aos bens jurídico-penais é, por outra via, ela própria contraditória com o propósito que anima Lobo Moutinho. A sua intenção é a de conceber um fundamento que autonomize substancial ou qualitativamente o direito das contra-ordenações em relação ao direito penal. Não vemos, porém, como possa lograr-se êxito nesse objectivo no momento em que se reconduz toda a actuação contra-ordenacional à tutela de bens jurídico-penais. Quando assim seja, a diferença entre os *factos* criminais e contra-ordenacionais será, quando muito, apenas de grau, isto é, quantitativa. Uma vez mais, não seremos nós a repudiar uma solução que redunde na conclusão de que afinal a distinção entre crimes e contra-ordenações radica somente em uma ordem de gravidade. E todavia, não pode deixar de assinalar-se a contradição interna que assoma a tese de Lobo Moutinho no passo em que pretendendo erigir um critério distintivo de natureza qualitativa adscreeve ao direito contra-ordenacional um objecto de tutela que torna inviável uma qualquer outra espécie de diferenciação que não seja quantitativa.

4.4 Por último, mas não menos importante, é o próprio ponto de partida da proposta e as directas implicações que dele decorrem que devem fundar, definitivamente, a sua rejeição. Referimo-nos à ideia de que tendo falhado todas as tentativas de assentar a distinção na figura da infracção propriamente dita, impõe-se abordar o problema pelo lado da entidade a quem é em primeira linha confiado o processamento contra-ordenacional. Não deixa de soar estranho que se procure descortinar a essência de um certo ramo de direito sancionatório não a partir dos factos a que respeita e dos interesses

que tutela ou das sanções que prevê, mas da instituição chamada à sua aplicação. Porque se trata de um procedimento heurístico que abraça o problema realmente pelo lado errado, esteve sempre arredado das cogitações da canonística contra-ordenacional. É verdade que só por ingenuidade se poderia negar que o alívio do sistema judicial, mediante entrega do processo à administração, foi um motivo de ordem pragmática que contribuiu decisivamente para a cavalgada avassaladora que o direito contra-ordenacional conheceu tanto na Alemanha como em Portugal. Mas de todos os lados houve a consciência de que não seria nem poderia ser por aí, por uma dimensão processual externa à matriz substantiva da contra-ordenação e da sua sanção, que poderia encontrar-se a autêntica razão de ser da autonomia.

A ênfase explicativa focada na administração que se divisa no pensamento de Lobo Moutinho anda, por outro lado, de mão dada com uma insuportável concepção de sabor paternalista das relações entre a administração e o particular. Remetendo o direito contra-ordenacional para o reduto das actividades reservadas erige-se a administração a figura central do cenário contra-ordenacional. Uma personagem que tem muito mais do que o poder de velar pela observância das regras e de sancionar o seu incumprimento, pois cabe-lhe decidir até quem pode entrar e quem pode permanecer nessas actividades reservadas, aquelas em que, na concepção de Lobo Moutinho, se esgota a intervenção contra-ordenacional. A posição de dependência em que o particular é assim colocado não parece senão uma nova roupagem da inadmissível concepção do indivíduo como órgão auxiliar da administração¹²³⁰. Sintomático disto mesmo é a colocação do direito de mera ordenação social, qualificado como “ordem (jurídica) de um determinado sector de actividade reservada”, a meio caminho entre a “ordem (jurídico-disciplinar) interna da administração e a “ordem (jurídico-)social geral”¹²³¹, não em função da natureza dos interesses tutelados, mas da natureza especial das regras e deveres que o compõem e assim da posição do particular em relação à administração. E sintomático porque ressoa ainda como eco desta velha, de já de mais um século, e anacrónica categorização de James Golschmidt, fazendo o actual direito contra-ordenacional as vezes do então chamado direito penal administrativo: “as normas do direito penal de justiça dirigem-se

¹²³⁰ Cf., de novo, SAX, “Grundsätze der Strafrechtspflege”, p. 920 e ss.

¹²³¹ MOUTINHO, Lobo, *Direito das Contra-Ordenações*, p. 62 e s.

à personalidade-individual, as do direito penal administrativo à personalidade-membro e as do direito penal disciplinar ao órgão ou, se se preferir, à personalidade-órgão”¹²³².

CAPÍTULO III – O MODELO MISTO QUALITATIVO- QUANTITATIVO

Se, como decorre do exposto supra, prepondera entre nós uma tendência para uma divisão de índole exclusivamente qualitativa das áreas penal e contra-ordenacional, quase sempre sob um perfil ético-social, é toda uma outra, como veremos, a tendência que de há largas décadas goza a preferência da doutrina e jurisprudência dominantes na Alemanha, que convergem na defesa do chamado critério misto qualitativo-quantitativo. Um critério que, no fundo, é uma expressão ou decorrência de uma aplicação ao problema da delimitação entre direito contra-ordenacional e direito penal dos critérios da dignidade penal e da carência de tutela penal conformadores do conceito material de crime. Também na doutrina portuguesa encontramos propostas de distinção que directamente se enquadram ou vão notoriamente ao encontro do modelo misto qualitativo-quantitativo e representam um apelo para que a diferenciação se faça mediante funcionamento de tais critérios. É sobre esta corrente que propugna uma distinção qualitativa-quantitativa, prevalente na Alemanha e residualmente sufragada na doutrina portuguesa, que ora nos deteremos.

§ 18. NA DOUTRINA PORTUGUESA

1. O primeiro ensaio na doutrina portuguesa em prol de um apelo às categorias da dignidade penal e da necessidade de pena para fundar uma contraposição entre crimes e contra-ordenações deve-se a Costa Andrade, no seu fundamental “Contributo para o conceito de contra-ordenação”, no qual traça a evolução que na Alemanha conduziu ao aparecimento do direito contra-ordenacional e sintetiza o estado da questão à época¹²³³. Aí não deixa, porém, de manifestar o seu próprio ponto de vista sobre os termos em que

¹²³² GOLDSCHMIDT, “Das Verwaltungsstrafrecht...”, *Koch-Festgabe*, p. 423.

¹²³³ ANDRADE, Costa, “Contributo para o conceito de contra-ordenação”, *cit.*, 1980/1981.

tal contraste poderá lograr ter êxito, rejeitando tanto uma perspectiva qualitativa, como uma concepção puramente quantitativa.

Nenhuma das vias correntemente sustentadas pela *doutrina qualitativa* convence Costa Andrade. Nem aquela inicialmente sufragada por Eberhard Schmidt, no sentido de assentar a distinção sobre a dicotomia bens jurídicos vs. interesses administrativos¹²³⁴, nem aquela que depois ganhou maior fulgor, radicada em um critério ético-social, entretanto totalmente abandonada na Alemanha e que todavia, não obstante ainda as procedentes advertências críticas lançadas em tempo por Costa Andrade, continua a fazer curso entre nós. Quanto à corrente qualitativa de pendor ético-social, sobre a qual Costa Andrade se debruça mais detidamente, são as várias as razões que, em seu modo de ver, comprometem a sua bondade. Começa por objectar – numa crítica que, como vimos, terá porventura contribuído para que hoje se trate de dado um praticamente consensual – a procedência de um critério qualitativo de distinção identificado com a ressonância ética do *próprio ilícito*, já que “a elevação de uma dada conduta à dignidade de juridicamente imposta ou proibida confere à respectiva omissão ou prática uma irrecusável carga ética”¹²³⁵. Mas rejeita igualmente o propósito de contornar essa objecção, nítido em autores como Lange, Michels e Figueiredo Dias, mediante uma deslocação do centro de gravidade da neutralidade ética do ilícito para um estádio a montante, o da conduta objecto da norma de proibição. Também esta proposta é recebida com cepticismo por Costa Andrade, que, acompanhando Jescheck¹²³⁶, é de parecer que “todas as contra-ordenações acabam por relevar de forma mais ou menos directa da tutela de interesses ou valores essenciais à realização do homem, já como indivíduo, já como pessoa socialmente integrada, vivendo da e para a solidariedade”¹²³⁷.

Além de a considerar questionável quanto à sua essência, Costa Andrade duvida ainda da capacidade operativa da tese qualitativa do critério ético para contribuir no sentido de uma clara explicitação da razão pelas quais certas condutas são integradas na esfera penal, ao passo que outras acabam por ir parar ao domínio contra-ordenacional. Uma dificuldade que se acentua à vista da falta de linearidade da ideia de que é o lastro ético do comportamento que sempre conduz à sua criminalização, pois exemplos não

¹²³⁴ ANDRADE, Costa, “Contributo para o conceito de contra-ordenação”, p. 109 e ss.

¹²³⁵ ANDRADE, Costa, “Contributo para o conceito de contra-ordenação”, p. 110.

¹²³⁶ Cf. JESCHECK, “Das deutsche Wirtschaftsstrafrecht”, p. 461.

¹²³⁷ ANDRADE, Costa, “Contributo para o conceito de contra-ordenação”, p. 110 e s.

faltam de “casos em que o legislador se vê compelido a incriminar condutas que podem não contrariar as concepções éticas dominantes ou contar mesmo com o seu apoio”¹²³⁸.

A rejeição da tese qualitativa não leva, porém, Costa Andrade a abraçar uma concepção quantitativa. Também esta lhe parece situar-se em um plano pré-jurídico. De um lado, julga não ser possível fazer corresponder todos factos contra-ordenacionais ao pensamento bagatelar. E de outro, divisa nela a mesma dificuldade operativa de que acusa a perspectiva qualitativa, na medida em que “não será, na verdade, fácil identificar o *quantum* de gravidade (de ilicitude ou de censurabilidade) capaz de, com um mínimo de objectividade, ordenar a repartição das infracções pelos dois domínios do ordenamento jurídico”¹²³⁹.

Costa Andrade sugere então uma abordagem ao problema distinta daquelas que, na sua óptica, estão inerentes às teorias qualitativa e quantitativa e que deverá passar pela admissão do postulado de que ao lado do direito penal existe um novo e autónomo direito sancionatório, o direito de mera ordenação social.

Isto aceite, deverá primeiro procurar-se no regime contra-ordenacional, substantivo e adjectivo, as características que o diferenciam e assim permitem extremá-lo do direito penal, *maxime* no domínio das respectivas sanções, que por sua vez poderá repercutir-se na compreensão do ilícito e dos seus limites.

Complementarmente, considera que, atendendo à incontornável função mediadora do legislador sempre que está em causa a tipificação de uma conduta como crime ou contra-ordenação e sem prejuízo de dever reconhecer-se a este procedimento uma inevitável margem de indeterminação e discricionariedade, “o passo seguinte deverá ser o de pôr em evidência os critérios que orientam – e *devem orientar* – o legislador”¹²⁴⁰. Relevarão aqui sobretudo princípios constitucionais de natureza material como a dignidade humana, a liberdade, a igualdade e o Estado de Direito. Princípios que, contribuindo para conformar um programa político-criminal que envolva fenómenos de criminalização, de descriminalização e de criação de contra-ordenações, devem neste contexto ser reconduzidos às “categorias dogmáticas e político-criminais

¹²³⁸ ANDRADE, Costa, “Contributo para o conceito de contra-ordenação”, p. 111 e s.

¹²³⁹ ANDRADE, Costa, “Contributo para o conceito de contra-ordenação”, p. 116.

¹²⁴⁰ ANDRADE, Costa, “Contributo para o conceito de contra-ordenação”, p. 117.

da *dignidade penal* (“Strafwürdigkeit”) e da *carência de tutela penal* (“Strafbefürdigkeit”) com vista à identificação de um conceito material de crime”¹²⁴¹.

Tendo estas categorias em vista, Costa Andrade parece convergir com a perspectiva que entretanto se havia formado na Alemanha, tanto do lado da doutrina como do da jurisprudência constitucional¹²⁴², de que haveria que distinguir três áreas onde se projectariam forças de convergência e de divergência entre o direito penal e o direito contra-ordenacional. Em um extremo, correspondente ao chamado núcleo essencial do direito penal, ingressariam as incriminações respeitantes a bens jurídicos com tal significado social ou a agressões tão intoleráveis que forçosamente deveriam ter cobertura penal, estando constitucionalmente vedada a sua tutela através da intervenção contra-ordenacional¹²⁴³. No outro extremo, ficariam aquelas infracções inequivocamente pertencentes à esfera contra-ordenacional¹²⁴⁴. Entre um e outro, por fim, haveria um campo onde o legislador gozaria de uma ampla discricionariedade para optar pela relevância penal ou contra-ordenacional.

Esta proposta, claramente reconduzível ao pensamento misto qualitativo-quantitativo, representou a primeira sugestão na doutrina portuguesa no sentido de explicitar as fronteiras entre o direito penal e o direito contra-ordenacional através das categorias com que hoje maioritariamente se procura densificar o conceito material de crime, a dignidade penal e a necessidade de pena, à época ainda relativamente pouco trabalhadas entre nós. Costa Andrade não deu depois, porém, um tratamento mais aprofundado destas linhas de orientação que começou por traçar¹²⁴⁵, logo, aliás,

¹²⁴¹ ANDRADE, Costa, “Contributo para o conceito de contra-ordenação”, p. 118, e depois, de novo “A «dignidade penal» e a «carência de tutela penal»”, p. 184: “no plano jurídico-sistemático, a dignidade penal mediatiza e actualiza o postulado segundo o qual o ilícito penal se distingue e singulariza face às demais manifestações de ilícito conhecidas da experiência jurídica. E isto posta entre parêntesis a questão de saber se a distinção releva do *qualitativo* ou apenas do meramente *quantitativo*”.

¹²⁴² Recorde-se, em todo o caso, que o Tribunal Constitucional Federal alemão fazia decorrer a tripartição referida em texto não dos critérios da dignidade penal e da carência de tutela penal, mas do conteúdo material do princípio da jurisdição (cf. supra, § 6.2).

¹²⁴³ ANDRADE, Costa, “Contributo para o conceito de contra-ordenação”, p. 118 e s., que invoca especialmente o pensamento de MÜLLER-DIETZ, Heinz, *Strafe und Staat*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 1973, e a síntese da jurisprudência constitucional federal alemã feita por Zipf.

¹²⁴⁴ ANDRADE, Costa, “Contributo para o conceito de contra-ordenação”, p. 119, nota 113, citando Zipf. A título de exemplo, no âmbito das infracções económicas e numa compreensão directamente inspirada em Eberhard Schmidt, nesta esfera exclusivamente contra-ordenacional parecem ser enquadrados por ANDRADE, Costa, “A nova lei dos crimes contra a economia”, p. 92, os valores ou interesses que “se esgotam no interior da própria Administração, como o interesse cognitivo específico, destinado a garantir uma certa transparência da vida económica através de acções de registo, comunicação, informação, etc., impostas aos operadores económicos”.

¹²⁴⁵ Mais tarde, ANDRADE, Costa, “A «dignidade penal» e a «carência de tutela penal»”, *passim*, volta detidamente a estes critérios, mas abstrai-se da problemática contra-ordenacional.

expressamente assumidas como perfunctórias¹²⁴⁶. E parece mesmo até que entretanto se juntou a uma perspectiva estritamente qualitativa, subscrevendo conjuntamente com Figueiredo Dias um critério de distinção fundado na neutralidade ética do facto objecto de tutela contra-ordenacional¹²⁴⁷.

2. Aquela que entre nós é provavelmente a mais consistente e detida reflexão em prol de uma distinção híbrida entre crimes e contra-ordenações surge-nos, curiosamente, pela pena de quem se arroga defensor de uma posição que “vai no sentido de uma diferença qualitativa entre o ilícito criminal e o ilícito contra-ordenacional e, portanto, entre o direito penal e o direito de mera ordenação social”¹²⁴⁸, Taipa de Carvalho. Como quer que seja, nele encontramos, por um lado, uma explícita recusa da tese qualitativa que maior difusão conhece na doutrina portuguesa, a da neutralidade ética da conduta, proposta por Figueiredo Dias, e deparamo-nos ainda, por outro lado, com uma caracterização do ilícito contra-ordenacional que abre caminho a uma significativa zona de convergência com o ilícito penal. O que, por seu turno, vai ao encontro da percepção, exacta, de que “a evolução legislativa recente tem ido no sentido oposto à ideia histórica inicial da quase total autonomia e separação entre estes dois sectores do direito público sancionatório”¹²⁴⁹.

Antes de mais, e apesar de depois apelar em parte também a um princípio ético, Taipa de Carvalho rejeita a ideia de Figueiredo Dias de que as contra-ordenações se caracterizariam pela neutralidade axiológica da conduta objecto de proibição. Tal, simplesmente, não corresponde à realidade, pois “basta compulsarmos qualquer categoria de contra-ordenações (sejam fiscais, ambientais, urbanísticas, rodoviárias, etc.), para vermos e constatarmos que as respectivas condutas não são proibidas por proibir, mas, sim, que se trata de condutas que são, em si mesmas, socialmente desvaliosas e censuráveis”¹²⁵⁰.

¹²⁴⁶ ANDRADE, Costa, “Contributo para o conceito de contra-ordenação”, p. 118: “Não cabe aqui uma exploração mais aturada das vias sugeridas nem uma concretização mais aproximada das suas implicações pragmáticas”.

¹²⁴⁷ Cf. novamente DIAS, Figueiredo / ANDRADE, Costa, “Poderes de supervisão, direito ao silêncio e provas proibidas (Parecer)”, p. 23 e s.: “O que no direito de ordenação é axiologicamente neutral não é o ilícito, mas a conduta em si mesma, divorciada da proibição legal – sem prejuízo de, uma vez conexcionada com esta, ela passar a constituir substrato idóneo do desvalor ético-social. Deste modo, a autonomia do direito contra-ordenacional assenta em grande medida na sua «neutralidade ética»”.

¹²⁴⁸ CARVALHO, Taipa de, ²DP-PG, § 235.

¹²⁴⁹ CARVALHO, Taipa de, ²DP-PG, § 217.

¹²⁵⁰ CARVALHO, Taipa de, ²DP-PG, § 235, e ainda § 222.

No seu ponto de vista, esta é uma característica que vale para toda e qualquer contra-ordenação e não só para aquelas que digam respeito a comportamentos que vivem paredes-meias com o direito penal secundário e que nele poderiam perfeitamente caber. E é assim porque o desvalor social é uma marca que deve acompanhar qualquer conduta para que a mesma possa adquirir relevância contra-ordenacional. Nestes termos, tal como o direito penal, *também o direito das contra-ordenações*, todo ele, *protege valores sociais*, sendo portanto composto por condutas que são também elas “axiológico-social e ético-socialmente relevantes”¹²⁵¹. De outro modo franquear-se-iam as portas do arbítrio, sendo fundado o receio de que assim o exercício do poder legislativo se pudesse aqui desenvolver de forma totalmente desvinculada e inteiramente discricionária¹²⁵². Por isso que “o direito de «mera» ordenação social não protege uma qualquer ordenação social, como que segundo o «capricho» do legislador, mas sim tutela valores sociais”¹²⁵³.

Se Taipa de Carvalho tem para si, e em síntese, que “também o direito de ordenação social protege valores ou interesses sociais; e também as condutas qualificadas como contra-ordenações são, em si mesmas, axiológico-socialmente e ético-socialmente, relevantes e censuráveis”¹²⁵⁴, nem por isso, contudo, segue uma linha segundo a qual o que o diferencia do direito penal é somente uma questão de grau de gravidade e não propriamente de essência. Crê, com efeito, que uma *distinção de ordem qualitativa* deve ser afirmada, designadamente, em função do critério da *dignidade penal* quanto a uma parte do direito contra-ordenacional, aquela que compreende valores ou bens jurídicos que se não inserem na dimensão ética essencial da vida social e da realização pessoal. É nesta, mas também *só nesta vertente* – faz questão de ressaltar –, que Taipa de Carvalho divisa uma diferença de significado material entre o direito penal e o contra-ordenacional¹²⁵⁵. Uma diferença que se coaduna com a compreensão de Taipa de Carvalho acerca do conceito material de crime e da sua categoria da dignidade penal, caracterizada em via de princípio por um *critério ético-social* de acordo com o qual “só deverão ser assumidos e qualificados como bens

¹²⁵¹ CARVALHO, Taipa de, ²DP-PG, § 260.

¹²⁵² CARVALHO, Taipa de, ²DP-PG, § 222.

¹²⁵³ CARVALHO, Taipa de, ²DP-PG, § 238.

¹²⁵⁴ CARVALHO, Taipa de, ²DP-PG, § 239, em oposição, na primeira vertente, a teses de como a de Frederico Costa Pinto (cf. supra, § 15.); e, na segunda vertente, de Figueiredo Dias (cf. supra, § 14.1).

¹²⁵⁵ CARVALHO, Taipa de, ²DP-PG, § 239.

jurídico-penais os valores considerados, pelo *ethos* social comunitário, como essenciais ou indispensáveis para a realização pessoal de cada um dos membros da sociedade”¹²⁵⁶.

Na perspectiva de Taipa de Carvalho, a diferença qualitativa entre o direito penal e o direito contra-ordenacional está pois “no facto de os bens ou valores tutelados pelo primeiro serem, num dado momento histórico-cultural, assumidos pela consciência ético-social como fundamentais ou indispensáveis às exigências mínimas da vida comunitária e à realização pessoal individual, enquanto que os interesses protegidos pelo direito de ordenação social, embora sejam socialmente relevantes, não se revestem, no geral, desta característica de fundamentalidade ou essencialidade”¹²⁵⁷. Mas se assim é, bem vistas as coisas, *nesta dimensão* a posição de Taipa de Carvalho parece aproximar-se da ideia daqueles, como Figueiredo Dias, que aludem à neutralidade ética da conduta para fundar materialmente aquela contraposição. Ainda que não haja absoluta coincidência de concepções, não parece que a diferença de pontos de vista seja assim tão substancial. Se bem compreendemos o pensamento de Figueiredo Dias, está ele longe de pretender que as condutas abarcadas pelo direito contra-ordenacional sejam absolutamente assépticas à luz de uma prévia valoração social. Tanto assim que considera que “também a categoria jurídico-administrativa das contra-ordenações tem atrás de si bens jurídicos (como o tem toda a ilicitude administrativa, disciplinar ou mesmo civil)”. Só que, em definitivo, para ele, *bens jurídicos não penais*, justamente porque lhes falta aquele referente ético imanente à ordenação axiológica jurídico-constitucional de que depende a dignidade penal, sendo nessa acepção que afirma as condutas objecto de tutela contra-ordenacional como eticamente incolores¹²⁵⁸. Não parece ser outra, no fundo, a perspectiva de Taipa de Carvalho quando entende que pese embora o direito de mera ordenação social esteja vinculado a uma função de protecção de valores sociais, o grosso das suas infracções não se dirige à tutela daqueles interesses que “pertencem à estrutura axiológica fundamental da vida comunitária e da realização pessoal”¹²⁵⁹, mostrando-se assim desprovidos de dignidade penal e como tal, acrescentamos agora nós, podendo embora dizer-se bens jurídicos, não poderão, de todo o modo, ver-se como bens jurídico-penais.

¹²⁵⁶ CARVALHO, Taipa de, ²DP-PG, § 266, sustentando ainda, na esteira de Figueiredo Dias, a necessidade de aqui se estabelecer uma relação de analogia material ou de mútua referência com a ordem jurídico-constitucional dos bens jurídicos para densificação desse critério ético-social (§ 69 e ss.).

¹²⁵⁷ CARVALHO, Taipa de, ²DP-PG, § 261.

¹²⁵⁸ Cf. DIAS, Figueiredo, ²DP-PG, I, 6.º Cap., § 34.

¹²⁵⁹ CARVALHO, Taipa de, ²DP-PG, § 239.

Onde a construção de Taipa de Carvalho se distancia de uma posição como a de Figueiredo Dias, aproximando-se daquele que é o nosso ponto de vista, é no reconhecimento de que por entre os valores com relevo social que o direito de mera ordenação social tutela muitos há que assumem o estatuto de autênticos bens jurídico-penais, não sendo todavia cobertos pelo domínio criminal fundamentalmente em virtude da desnecessidade de uma intervenção tão forte e gravosa como a penal. Na palavra do próprio Autor, “por força do princípio da subsidiariedade do direito penal, pode haver condutas que, apesar de lesarem ou porem em perigo os tais valores fundamentais, i. é, apesar de terem “dignidade penal” (poderem ser criminalizadas), não são qualificadas como crime, mas sim como contra-ordenação, pelo facto de o legislador entender como suficiente e adequada a sua punição contra-ordenacional”¹²⁶⁰.

Dado que, a seu ver, existem contra-ordenações que integram factos que em si mesmos seriam susceptíveis de gozarem de tutela penal e só caem na esfera contra-ordenacional em virtude de quanto a eles não haver necessidade de pena, admite Taipa de Carvalho que a diferença qualitativa entre crimes e contra-ordenações que defende por princípio é só parcial, valendo apenas em relação àqueles tipos contra-ordenacionais que têm à sua guarda valores sociais desprovidos de dignidade penal. Mesmo que, como diz o A., esses valores representem uma grande parte dos interesses sociais abrangidos pela acção contra-ordenacional, sobrarão ainda uma parcela, com uma expressão que está longe de poder considerar-se despreciosa, de valores dotados de dignidade penal aos quais, por força do princípio da *ultima ratio* penal, quem ocorre é o direito contra-ordenacional e não o direito penal. Porque a diferença material que postula só tem cabimento para uma parcela do direito das contra-ordenações, reconhece, enfim, Taipa de Carvalho que “o critério qualitativo ou da distinção material é apenas tendencialmente verdadeiro”¹²⁶¹.

A adopção por Taipa de Carvalho de um critério que, na realidade, é um *critério misto qualitativo-quantitativo*¹²⁶² de diferenciação e a sua posição de que, por regra, os

¹²⁶⁰ CARVALHO, Taipa de, ²DP-PG, § 239 – sobre o conteúdo do princípio da subsidiariedade penal no pensamento do A., cf. ²DP-PG, § 68.

¹²⁶¹ CARVALHO, Taipa de, ²DP-PG, § 239.

¹²⁶² O A. não extrai, contudo, daí consequências para o tratamento da questão de conversão de um crime em contra-ordenação, na perspectiva da sucessão de leis, quando desde sempre entendeu que a solução a dar ao problema estaria dependente da escolha de um critério qualitativo ou quantitativo para distinguir os crimes das contra-ordenações. O certo é que no seu mais recente ³*Sucessão de Leis Penais, cit.*, 2008, p. 150 e ss., continua a referir-se a um critério *exclusivamente* (e não *tendencialmente*) qualitativo, que afinal, como acabámos de conferir em texto, entretanto havia abandonado desde, pelo menos, a 1.^a ed. do

factos inseridos na esfera contra-ordenacional são relevantes em termos axiológico-sociais e ético-sociais sustentam, por sua vez, uma tomada de posição sobre as finalidades das sanções contra-ordenacionais que de igual modo se afasta daquilo que é convencionalmente defendido entre nós. Contra a tendência dominante da doutrina nacional, que vê nas sanções contra-ordenacionais, *maxime* na coima, sanções com finalidades de simples admonição ou de chamada à ordem do agente para o “relembrar” da sua responsabilidade social, entende Taipa de Carvalho que estas sanções prosseguem finalidades preventivas gerais e especiais, tanto negativas, como positivas. Sob o ponto de vista da prevenção geral, procuram não só dissuadir a generalidade dos destinatários das normas ínsitas nos tipos contra-ordenacionais de os cometerem (prevenção negativa), como também, complementarmente, promover e aprofundar a “consciencialização social da importância comunitária e/ou individual daqueles valores (e, correlativamente, da negatividade e reprovabilidade das condutas que lesam ou põem em perigo esses valores)”¹²⁶³ (prevenção positiva). Na óptica da prevenção especial, destinam-se elas a dissuadir o condenado de reincidir (prevenção negativa)¹²⁶⁴, procurando ainda inculcar-lhe uma consciencialização da importância daqueles valores (prevenção positiva)¹²⁶⁵.

§ 19. NA DOUTRINA ALEMÃ

1. A solução mista qualitativa-quantitativa, que entre nós começou por ser preconizada por Costa Andrade e tem entre nós Taipa de Carvalho como seu defensor mais destacado, é aquela que, como se disse, de há várias décadas a esta parte colhe a adesão da doutrina alemã maioritária.

seu *Direito Penal. Parte Geral: Questões Fundamentais*, Porto, Universidade Católica, 2003 (cf. § 239). Para uma crítica a este uso do critério qualitativo como instrumento decisivo para abordar tal problema da sucessão de leis no tempo, PALMA, Maria Fernanda, “A aplicação da lei no tempo: a proibição da retroactividade in pejus”, in: Maria Fernanda Palma / Teresa P. Beleza, *Jornadas sobre a Revisão do Código Penal*, Lisboa, AAFDL, 1998, p. 425 e s.

¹²⁶³ CARVALHO, Taipa de, ²DP-PG, § 241.

¹²⁶⁴ Aderindo a esta posição de Taipa de Carvalho, VILELA, Alexandra, *O Direito de Mera Ordenação Social*, p. 564.

¹²⁶⁵ Não podemos deixar de manifestar a nossa estranheza perante a atribuição de um sinal negativo à prevenção geral e à prevenção especial quando vistas na perspectiva da dissuasão da prática de infracções, pela sociedade ou pelo próprio infractor, pois um tal propósito dissuasor é inerente a qualquer finalidade sancionatória preventiva, seja ela negativa ou positiva, sendo exactamente por isso que aqui se fala em *prevenção* – cf. DIAS, Figueiredo, ²DP-PG, I, 4.º Cap., §§ 14 e 20.

As razões que a partir da década de 1960 conduziram à crescente influência de uma visão quantitativa não só se mantêm válidas, como se intensificaram. É hoje praticamente pacífico que o direito de mera ordenação social também participa de uma função de tutela de bens jurídicos¹²⁶⁶ e não apenas através de contra-ordenações de perigo, mas também até de contra-ordenações de dano¹²⁶⁷. O seu raio de acção parece não conhecer limites: “as contra-ordenações disseminaram-se não apenas sobre virtualmente todas as dimensões da vida social abrangida pelo direito público, como até ainda sobre áreas antes reservadas ao direito penal, cobrindo ofensas leves de bens jurídicos titulados por particulares e condutas perigosas para outros indivíduos”¹²⁶⁸. E por isso se fala há muito de um fenómeno de hipertrofia do direito contra-ordenacional¹²⁶⁹. Procurando “colorir” esta denúncia, afirma Günther, talvez com algum exagero, que são raras as novas leis que não venham adornadas de um volumoso catálogo de cominações contra-ordenacionais para a infracção às suas disposições, dizendo até que as contra-ordenações se multiplicam como coelhos¹²⁷⁰! Além disso, em múltiplos domínios prevêem-se infracções puníveis com coimas de tal modo elevadas que a doutrina passou a crismá-las de “grandes contra-ordenações”¹²⁷¹. Tudo conjugado,

¹²⁶⁶ JESCHECK, Hans-Heinrich, in: Jähnke / Laufhütte / Odersky, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, 11.ª ed., I, Berlin, Walter de Gruyter, 2003, Introdução (Lief. 1992), § 11, JESCHECK / WEIGEND, ⁵AT, § 7, V, ROXIN, ⁴AT, § 2, n.ºs m. 60 e ss., 97 e 130 e ss., REBMANN / ROTH / HERRMANN, ³OWiG, antes do § 1, n.º m. 3, MITSCH, ²Ordnungswidrigkeiten, § 3, n.º m. 9, LAGODNY, Otto, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1996, p. 425, e ainda, especificamente a propósito das grandes contra-ordenações económicas, ACHENBACH, Hans, “Die «großen» Wirtschafts-Ordnungswidrigkeiten – ein Phänomen im Dunkelfeld der kritischen Strafrechtstheorie”, in: Beulke et al., *Das Dilemma des rechtsstaatlichen Strafrechts*, Berlin, BWV, 2009, p. 107 e ss. Contra, todavia, KLESCZEWSKI, *Ordnungswidrigkeitenrecht*, § 52.

¹²⁶⁷ REBMANN / ROTH / HERRMANN, ³OWiG, antes do § 1, n.º m. 9.

¹²⁶⁸ WEIGEND, Thomas, “The legal and practical problems posed by the difference between criminal law and administrative penal law”, in: *Revue Internationale de Droit Pénal, n.º especial: Les Problèmes Juridiques et Pratiques Posés par la Différence entre le Droit Criminel et le Droit Administratif Pénal*, vol. 59, 1988, p. 71.

¹²⁶⁹ Desde logo, WEBER, “Die Überspannung der staatlichen Bußgeldgewalt”, p. 313 e ss., depois secundado sobretudo por COEPPICUS, “Eine Bilanz des OWiG 1968”, p. 97 e ss., MITSCH, ²Ordnungswidrigkeiten, § 3, n.º m. 16, GÜNTHER, Hans-Ludwig, “Das Recht der Ordnungswidrigkeiten – Aufbruch zu neuen Ufern?”, in: Knut Nörr, *40 Jahre Bundesrepublik Deutschland – 40 Jahre Rechtsentwicklung*, Tübingen, J. C. B. Mohr, 1990, p. 381 e ss., e por ultimo ACHENBACH, “Die «großen» Wirtschafts-Ordnungswidrigkeiten”, p. 102. Cf. ainda MAIZIÈRE, Thomas de, “Wie viel Bußgeld braucht der Mensch?”, *NJW*, 2003, p. 3383 e s.

¹²⁷⁰ GÜNTHER, “Das Recht der Ordnungswidrigkeiten”, p. 385 e s.

¹²⁷¹ Cf. TIEDEMANN, Klaus, *Wirtschaftsstrafrecht. Einführung und Allgemeiner Teil mit wichtigen Rechtstexten*, 3.ª ed., Köln, Carl Heymanns Verlag, 2010, n.º m. 51, e ainda, em tom fortemente crítico, ACHENBACH, “Die «großen» Wirtschafts-Ordnungswidrigkeiten”, p. 101 e ss.

A designação vale para as contra-ordenações puníveis com coima igual ou superior a 1 milhão de euros (esta cifra parece ter por referência o disposto no § 30, II, 1., da OWiG) e inspira-se numa antiga expressão usada por Karl Binding, no âmbito do direito penal de polícia, “grandes delitos de polícia” (*großen Polizeidelikten*) – cf., respectivamente, ACHENBACH, “Die «großen» Wirtschafts-

há mesmo quem conclua que das três grandes metas que nortearam a criação do direito de mera ordenação social – a descriminalização, a simplificação processual e o alívio do sistema judicial – nenhuma chegou a ser atingida¹²⁷².

Até ao nível do poder político se reconhece que o direito das contra-ordenações se tornou num corpo normativo estilhaçado, inconsistente e que peca pela sua total ausência de coerência sistemática como fruto de se ter tornado na solução de recurso para uma pletora cada vez mais abundante de prescrições legais sob o mote de que “sem sanção a proibição de nada serve”¹²⁷³!

Perante este estado de coisas, é compreensível que a “cedência” da doutrina dominante a pontos de vista qualitativos não tenha ido ao ponto de deixar cair totalmente uma dimensão quantitativa no seio da distinção.

2. No modelo qualitativo-quantitativo que ora prevalece, as linhas estruturais e o conteúdo da diferenciação entre o direito penal e o direito contra-ordenacional reconduzem-se ainda essencialmente ao desenho traçado pela jurisprudência constitucional alemã dos anos 60 e 70 do século XX¹²⁷⁴, mas a fundamentação material agora em regra invocada em favor desta construção afasta-se substancialmente daquela

Ordnungswidrigkeiten”, p. 104, e LANGE, “Der Strafgesetzgeber und die Schuldlehre”, p. 77. Uma vez, porém, que no sistema alemão o limite máximo da moldura da coima pode ser elevado de modo a cobrir o montante dos benefícios económicos colhidos com a prática da infracção (§ 17, IV, e § 30, III, da OWiG), os valores das condenações podem ultrapassar largamente aquele valor de 1 milhão de euros. Informa ACHENBACH, “Die «großen» Wirtschafts-Ordnungswidrigkeiten”, p. 105, que a coima mais pesada fixada no direito alemão ascendeu a 252 milhões de euros, tendo sido aplicada a uma única empresa, por violação de regras de concorrência. Entretanto, em Dezembro de 2008, um novo máximo foi estabelecido num caso de corrupção internacional envolvendo a empresa Siemens AG, que acordou no pagamento de uma coima de 395 milhões de euros para pôr termo a um processo contra-ordenacional contra si aberto pelas autoridades alemãs – cf. KRETSCHMER, Joachim, “Die Bekämpfung von Korruption mit dem OWiG”, in: Claudius Geisler, *Festschrift für Klaus Geppert zum 70. Geburtstag*, Berlin, Walter de Gruyter, 2011, pp. 289 e 300.

Neste quadro, conclui ACHENBACH, “Die «großen» Wirtschafts-Ordnungswidrigkeiten”, p. 104, que a coima acaba por assumir uma função para a qual foi criada no âmbito penal um instituto próprio, o confisco, e ganha sentido a premonição de LEMKE / MOSBACHER,² OWiG, Introdução, § 15: “no futuro, a decisão legislativa sobre a atribuição de natureza penal ou contra-ordenacional à consequência jurídica a prever para um determinado comportamento socialmente indesejado dependerá menos do seu desvalor ético (...) do que da questão de fundo de saber se a sanção estadual deve em primeira linha dirigir-se a uma compensação individualizada da ilicitude e da culpa ou antes à absorção e diminuição dos ganhos económicos ilicitamente obtidos”.

¹²⁷² Assim, COEPPICUS, Rolf, “Eine weitere Reform des OWiG 1968”, *ZRP*, 1996, p. 169 e s.

¹²⁷³ Assim, o à data ministro de Estado MAIZIÈRE, Thomas de, “Wie viel Bußgeld braucht der Mensch?”, p. 3384.

¹²⁷⁴ Cf. sobretudo os Acórdãos do Tribunal Constitucional Federal de 06-06-1967 (*NJW*, 1967, p. 1219 e ss.), 16-07-1969 (*NJW*, 1969, p. 1619 e ss.) e 21-06-1977 (*NJW*, 1977, p. 1629 e ss.) – supra, § 6.2.

que o Tribunal Constitucional Federal alemão teve em consideração para lançar as bases da distinção qualitativa-quantitativa. Como concluímos supra, a jurisprudência constitucional alemã sustentou tal solução no princípio constitucional da reserva exclusiva absoluta da função jurisdicional, tendo procurado estabelecer uma separação de águas entre aqueles domínios através de uma concepção material do princípio da jurisdicionalidade. A essa luz, haverá matérias que de modo algum podem ser subtraídas ao exclusivo conhecimento dos tribunais, sendo nelas constitucionalmente inadmissível a possibilidade de a administração ter qualquer palavra a dizer, mesmo que só a primeira palavra, como se prevê no regime contra-ordenacional. De acordo com a jurisprudência constitucional, essas matérias correspondem ao chamado núcleo essencial (*Kernbereich*) do direito penal, composto por todos os tipos-de-ilícito de relevante significado, designadamente, aqueles que se refiram a valores elementares da vida em sociedade. Aí, sob pena de violação do princípio do monopólio da primeira palavra que cabe aos tribunais, o direito contra-ordenacional não pode entrar, fazendo por isso sentido falar em uma diferença qualitativa nesse específico domínio.

A tendência doutrinal actual corre nesta mesma direcção, sustentando porém esta distinção parcialmente qualitativa já não no princípio da jurisdicionalidade, mas antes sobretudo nos critérios da *dignidade penal* e da *carência de tutela penal*. Uma via de fundamentação que foi intuída e proposta por Walter Sax e por Albin Eser logo na viragem dos anos 50 para os anos 60¹²⁷⁵, mas que só mais tarde, quando aqueles critérios passaram a constituir o alfa e o ómega do conceito material de crime para a doutrina penal dominante¹²⁷⁶, ganharam efectiva expressão no seio do debate acerca da distinção entre crimes e contra-ordenações. Com a difusão geral do critério da dignidade penal, *lato sensu*, a solução mista adquiriu uma fundamentação material bem mais consistente do que aquela radicada no princípio da jurisdicionalidade, daí tendo

¹²⁷⁵ Cf. SAX, “Grundsätze der Strafrechtspflege”, p. 919 e ss., e ESER, *Die Abgrenzung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten*, p. 123 e ss. – supra, § 5.5.

¹²⁷⁶ Pode mesmo dizer-se, com ANDRADE, Costa, “A «dignidade penal» e a «carência de tutela penal»”, p. 187, que “o triunfo da dignidade penal e da carência de tutela penal na política criminal – máxime numa perspectiva sistémico-transcendente e, por isso, tendencialmente crítica – parece inquestionado”. Sobre estes princípios, cf., entre outros, por entre uma literatura já inabarcável, MÜLLER-DIETZ, *Strafe und Staat*, p. 32 e ss., OTTO, Harro, “Strafwürdigkeit und Strafbefürdigkeit als eigenständige Deliktstypen?”, in: Stree *et. al.*, *Gedächtnisschrift für Horst Schröder*, München, C. H. Beck, 1978, p. 54 e ss., JESCHECK / WEIGEND, ⁵AT, § 7, I, e na doutrina portuguesa ANDRADE, Costa, “A «dignidade penal» e a «carência de tutela penal»”, p. 185 e ss., e “Constituição e Direito Penal”, in: *A Justiça nos Dois Lados do Atlântico: Teoria e Prática do Processo Criminal em Portugal e nos Estados Unidos da América*, Lisboa, FLAD, 1997, p. 200 e ss., CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, «Constituição e Crime», p. 217 e ss., e DIAS, Figueiredo, ²DP-PG, I, 6.º Cap., § 35 e ss.

resultado uma inflexão na orientação de larga parte da doutrina. Se a partir da década de 60 a tendência doutrinal majoritária evoluiu claramente no sentido da negação de qualquer diferenciação de índole qualitativa¹²⁷⁷, a partir da década de 80 tornou-se corrente o entendimento – mesmo entre aqueles, como Jescheck ou Ulrich Weber que começaram por defender ferreamente a linha quantitativa¹²⁷⁸ – de que há descontinuidades qualitativas entre as esferas penal e contra-ordenacional, as quais assumem a configuração que o Tribunal Constitucional Federal delineou. Desta forma, tal como se tornou rara a defesa de um pensamento exclusivamente qualitativo¹²⁷⁹, tem hoje pouca expressão a ideia de que a diferenciação deve ser puramente quantitativa¹²⁸⁰.

3. Por entre as muitas vozes que hoje se mostram favoráveis à concepção mista há naturalmente diferenças de opiniões, de pontos de vista, de conteúdo e de fundamentação da mais variada ordem. Há quem entenda que, apesar de misto, o critério é predominantemente quantitativo¹²⁸¹ ou tem um ponto de partida quantitativo¹²⁸², como há quem pense que quando se aceita a existência de âmbitos nucleares de ilicitude, penal ou contra-ordenacional, os termos da distinção acabam por ser qualitativos¹²⁸³. Há ainda quem se limite a dar como boa, praticamente sem mais, a tese mista qualitativa-quantitativa¹²⁸⁴, como também há quem, de forma mais ou menos

¹²⁷⁷ Em 1980, afirmava STRATENWERTH, Günther, *Strafrecht. Allgemeiner Teil, I: Die Straftat*, 3.ª ed., Köln, Carl Heymanns, 1980, § 1, n.º m. 42 que “hoje é maioritariamente reconhecido de que se trata de uma gradação exclusivamente quantitativa”.

¹²⁷⁸ Cf. JESCHECK, “Das deutsche Wirtschaftsstrafrecht”, p. 457 e ss., e WEBER, “Die Überspannung der staatlichen Bußgeldgewalt”, p. 313 e ss.

¹²⁷⁹ Nesta direcção, cf. de novo WOLFF, Ernst Amadeus, “Die Abgrenzung von Kriminalunrecht zu anderen Unrechtsformen”, pp. 154 e ss. e 218 e ss., KÖHLER, Michael, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlin, Springer, 1997, p. 20 e ss., e KLESCZEWSKI, *Ordnungswidrigkeitenrecht*, §§ 12 e ss. e 26 e ss.; e ainda, ao que parece, KINDHÄUSER, Urs, “Zur Legitimität der abstrakten Gefährdungsdelikte im Wirtschaftsstrafrecht”, in: Schünemann / Suárez González (org.), *Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts. Madrid-Symposium für Klaus Tiedemann*, Köln, Carl Heymanns Verlag, 1994, p. 125.

¹²⁸⁰ Assim, ainda, todavia, APPEL, Ivo, *Verfassung und Strafe*, p. 506 e s., embora com base numa concepção do direito penal como um direito de protecção acessório da ordem jurídica (p. 431 e ss.), WOHLERS, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts*, p. 105 e ss., NEUMANN, ³NK, § 17, n.º m. 28, STUMM, Ocka, *Das Doppelbestrafungsverbot bei Ordnungswidrigkeiten*, p. 65 e ss., e LEMKE, Michael / MOSBACHER, Andreas, *Ordnungswidrigkeitengesetz Kommentar*, 2.ª ed., Heidelberg, C. F. Müller, 2005, Introdução, § 12.

¹²⁸¹ V. g., JESCHECK, ¹¹LK, Introdução, § 11, JESCHECK / WEIGEND, ⁵AT, § 7, V, 3, e ROXIN, ⁴AT, § 2, n.º m. 132.

¹²⁸² MITSCH, ²Ordnungswidrigkeiten, § 3, n.º m. 10.

¹²⁸³ Assim, ³KK-ROGALL, antes do § 1, n.º m. 2.

¹²⁸⁴ V. g., MAURACH / ZIPF, ⁸AT, § 1, n.º m. 32 e ss., JAKOBS, ²AT, 3/10, REBMANN / ROTH / HERRMANN, ³OWiG, antes do § 1, n.º m. 8 e ss., WEBER, in: BAUMANN / WEBER / MITSCH, ¹¹AT, § 4, n.º m. 16, e GÖHLER / GÜRTLER, ¹⁶OWiG, antes do § 1, n.º m. 8.

detida, procure fundá-la em razões materiais como os princípios da dignidade penal e da necessidade de pena¹²⁸⁵ ou como o princípio constitucional geral da proibição do excesso e os seus subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito¹²⁸⁶.

Em termos estruturais, a solução mista qualitativa-quantitativa identifica três áreas distintas no âmbito da divisão entre crimes e contra-ordenações.

Uma zona é de intervenção reservada do direito penal, estando nela vedada qualquer intromissão contra-ordenacional¹²⁸⁷. Esse espaço corresponde ao referido *âmbito nuclear do direito penal* e integra a protecção dos valores básicos da vida em sociedade e a defesa da sociedade em relação a comportamentos socialmente danosos¹²⁸⁸, estando assim circunscrito àqueles casos de significativo desvalor ético-social¹²⁸⁹. Neste domínio nuclear do direito penal a necessidade de tutela subsidiária de bens jurídicos *exige* pois necessariamente a criminalização de condutas que assumam uma certa gravidade¹²⁹⁰. Tanto assim que se o direito penal se demitisse de intervir neste que é o seu domínio por excelência, tal significaria nem mais, nem menos do que a abolição do próprio direito penal¹²⁹¹.

Segundo alguns autores, existe ainda uma outra zona, nos antípodas da primeira, que é formada pelo *núcleo essencial do direito de mera ordenação social* e abarca comportamentos aos quais não pode ser conferido carácter criminal¹²⁹². Reconduzem-se a esta esfera os factos cujo desvalor é de tal modo reduzido que ficam notoriamente

¹²⁸⁵ V. g., JESCHECK, ¹¹LK, Introdução, § 11, JESCHECK / WEIGEND, ⁵AT, § 7, V, 3, ROXIN, ⁴AT, § 2, n.º m. 132, ³KK-ROGALL, antes do § 1, n.º m. 2, e SCH / SCH / STREE / KINZIG²⁸, antes dos §§ 38 e ss., n.º m. 37.

¹²⁸⁶ V. g., MÜLLER-DALHOFF, *Zur Abgrenzung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten*, p. 59 e ss., e MITSCH, ²Ordnungswidrigkeiten, § 3, n.º m. 11 e ss.

¹²⁸⁷ JESCHECK, ¹¹LK, Introdução, § 11.

¹²⁸⁸ MÜLLER-DALHOFF, *Zur Abgrenzung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten*, p. 60, e GÖHLER / GÜRTLER, ¹⁶OWiG, antes do § 1, n.º m. 8, referindo-se directamente ao Acórdão do Tribunal Constitucional Federal de 21-06-1977, *BVerfGE* 45, 187, p. 253 e s.

¹²⁸⁹ REBMANN / ROTH / HERRMANN, ³OWiG, antes do § 1, n.º m. 9, e SCH / SCH / STREE / KINZIG²⁸, antes dos §§ 38 e ss., n.º m. 37.

¹²⁹⁰ ROXIN, ⁴AT, § 2, n.º m. 132, apelando também à fórmula da transformação de uma quantidade em uma outra qualidade. Também nesta direcção, MITSCH, ²Ordnungswidrigkeiten, § 3, n.º m. 14, e KREY, Volker, *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, I, 2.ª ed., Stuttgart, Kohlhammer, 2004, § 1, n.º m. 28. Na mesma conclusão, WEBER, *in*: BAUMANN / WEBER / MITSCH, ¹¹AT, § 4, n.º m. 16, a propósito de uma hipotética conversão do homicídio em contra-ordenação, mas – o que, como concluiremos infra, § 31., 2.1, está longe de ser despidendo – por apelo à ideia de que nesse caso o legislador ordinário violaria o seu dever de protecção eficaz da vida humana, derivado do art. 2.º, n.º 2., 1., da GG.

¹²⁹¹ MITSCH, ²Ordnungswidrigkeiten, § 3, n.º m. 14.

¹²⁹² MAURACH / ZIPF, ⁸AT, § 1, n.º m. 32.

aquém do limiar da dignidade penal¹²⁹³, em especial as infracções a regras destinadas a simplificar a actividade da administração¹²⁹⁴, e que por isso comportam uma censura que não chega a contender com a esfera da personalidade ética¹²⁹⁵.

Por fim, sob a zona exclusivamente penal existe uma *zona de fronteira*, no âmbito da qual deve ser reconhecida ao legislador uma ineliminável margem de discricionariedade para, orientado ainda pelos critérios gerais da dignidade penal e da necessidade de pena, decidir se certo facto deve assumir relevância penal ou apenas contra-ordenacional. Nesse espaço, o que separa os crimes das contra-ordenações é somente uma diferença de grau de gravidade, já não de natureza¹²⁹⁶.

4. Este modelo misto qualitativo-quantitativo implica o reconhecimento de que a liberdade de configuração do espaço sancionatório concedida ao legislador ordinário está *constitucionalmente* limitada ou condicionada não apenas por uma *proibição de criminalização* (*Kriminalisierungsverbote*), como também por uma *imposição de criminalização* (*Kriminalisierungsgebote*), a primeira decorrente da afirmação de um domínio nuclear do direito contra-ordenacional e a segunda derivada da aceitação de um âmbito nuclear do direito penal¹²⁹⁷.

É esta segunda esfera que se revela de maior interesse, por poder representar a admissão de um espaço que podendo, ou melhor, devendo ser exclusivamente penal determina uma área de reserva penal absoluta e infranqueável pelo direito contra-ordenacional. Sucede que a partir do momento em que se considera que a tutela de determinados bens jurídicos obriga a uma intervenção penal e dá corpo a uma zona da qual o direito contra-ordenacional deve estar arredado entra-se no caminho sem retorno da admissão de autênticas imposições constitucionais absolutas de criminalização¹²⁹⁸.

¹²⁹³ MÜLLER-DALHOFF, *Zur Abgrenzung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten*, p. 84 e s., e WEBER, *in*: BAUMANN / WEBER / MITSCH, ¹¹AT, § 4, n.º m. 16.

¹²⁹⁴ WEBER, *in*: BAUMANN / WEBER / MITSCH, ¹¹AT, § 4, n.º m. 16. Alguns exemplos são apresentados por MÜLLER-DALHOFF, *Zur Abgrenzung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten*, p. 84 e s.: a violação de deveres de informação, de registo (v. g., aquando do nascimento de uma criança), de ser portador de documentos de identificação, de resposta a inquéritos estatísticos, de comunicação do início ou do fim de residência numa localidade ou de ordens policiais.

¹²⁹⁵ REBMANN / ROTH / HERRMANN, ³OWiG, antes do § 1, n.º m. 9.

¹²⁹⁶ MAURACH / ZIPF, ⁸AT, § 1, n.º m. 35, REBMANN / ROTH / HERRMANN, ³OWiG, antes do § 1, n.º m. 9, JESCHECK, ¹¹LK, Introdução, § 11, JESCHECK / WEIGEND, ⁵AT, § 7, V, 3, ROXIN, ⁴AT, § 2, n.ºs m. 101 e 130 e ss., ³KK-ROGALL, antes do § 1, n.º m. 2, e MÜLLER-DALHOFF, *Zur Abgrenzung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten*, p. 105 e s.

¹²⁹⁷ Cf. MÜLLER-DALHOFF, *Zur Abgrenzung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten*, p. 59 e ss.

¹²⁹⁸ Cf. CUNHA, Maria da Conceição, «Constituição e Crime», p. 299 e ss.

4.1 Isto mesmo é abertamente assumido e querido por Müller-Dalhoff, que se entrega à tarefa de determinação do conteúdo desse espaço onde, sob este ponto de vista, a diferenciação entre crimes e contra-ordenações é necessariamente qualitativa, correspondendo portanto a um domínio no âmbito do qual o legislador não dispõe de qualquer liberdade de decisão para transformar tipos penais em contra-ordenações¹²⁹⁹.

Procurando concretizar o conteúdo do mandamento constitucional de criminalização através da mediação dos princípios da dignidade penal e da carência de tutela penal¹³⁰⁰, Müller-Dalhoff sustenta que quanto mais elevado for o relevo axiológico do bem jurídico menor será a margem de decisão do legislador para qualificar um facto ilícito como crime ou como contra-ordenação, ao ponto de que quando estejam em causa bens jurídicos especialmente valiosos a sua discricionariedade é de tal modo reduzida que acaba por estar vinculado à criminalização¹³⁰¹, sob pena de um défice de protecção constitucionalmente inadmissível, isto é, de uma violação do princípio constitucional da proibição de insuficiência (*Untermaßverbot*)¹³⁰².

Na, obviamente difícil¹³⁰³, explicitação de quais sejam, afinal, as ofensas que integram o cerne do direito penal, adopta uma metodologia eminentemente casuística, orientada, em todo o caso, por um denominador comum: que essa ofensa se traduza em uma *lesão dolosa* do bem jurídico em apreço¹³⁰⁴. Desde logo e indubitavelmente, atendendo ao princípio da protecção da vida humana constitucionalmente consagrado, entende Müller-Dalhoff que pertencem ao núcleo duro do direito penal crimes dolosos como o assassinato, o homicídio, o infanticídio, o genocídio e as ofensas à integridade

¹²⁹⁹ MÜLLER-DALHOFF, *Zur Abgrenzung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten*, p. 105 e s.

¹³⁰⁰ Contra o funcionamento dos princípios da dignidade penal e da carência de tutela num sentido criminalizador, cf. a nossa posição infra, §§ 31. e 32.

¹³⁰¹ MÜLLER-DALHOFF, *Zur Abgrenzung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten*, p. 90. O A. louva-se assim da fórmula empregada por OTTO, “Strafwürdigkeit und Strafbefürdigkeit als eigenständige Deliktstypen?”, p. 55 e s., para caracterizar o princípio da dignidade penal: quanto mais elevado for o patamar de um bem jurídico na escala da ordem axiológica dos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados, mais digna de pena mostrar-se-á qualquer relevante colocação em perigo ou lesão desse bem jurídico; e inversamente, quanto menor for esse patamar menor será também a dignidade penal das ofensas que lhe sejam dirigidas. Em termos similares, tendo de igual modo a ordem de valores jurídico-constitucional como pano de fundo, ANGIONI, *Contenuto e Funzioni*, p. 206: “a gravidade da ofensa necessária para que esta adquira relevo penal é inversamente proporcional ao valor do bem constitucional objecto dessa ofensa; ou seja, quanto maior for a importância do bem constitucional tutelado, tanto menor será a medida mínima de gravidade (da ofensa) penalmente relevante”. As posições de fundo de Otto e de Angioni desenvolvem-se, porém, em sentido diametralmente oposto à de Müller-Dalhoff, pois enquanto este procura sustentar imposições de criminalização, aqueles colocam-se no plano da limitação do *ius puniendi*.

¹³⁰² Sobre o princípio da proibição da insuficiência, cf. infra, § 30.

¹³⁰³ CUNHA, Maria da Conceição, «Constituição e Crime», p. 303.

¹³⁰⁴ MÜLLER-DALHOFF, *Zur Abgrenzung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten*, p. 90 e ss.

física agravadas pelo resultado morte. A partir daqui, Müller-Dalhoff admite como mais questionável a identificação das infracções que ainda pertencem àquele núcleo. Propende, mesmo assim, por aí incluir aqueles tipos que formam uma espécie de corpo central do Código Penal, mais precisamente os factos legalmente qualificados como crime (*Verbrechen*; por oposição aos delitos), nos quais se contam as ofensas graves à integridade física, o roubo, certos crimes de perigo, como o crime de incêndio, os crimes contra a autodeterminação sexual e os crimes contra a administração da justiça¹³⁰⁵. Saber se além destes crimes existirão outros que ainda devam qualificar-se como parte do núcleo duro do direito penal é questão cuja resposta é para Müller-Dalhoff agora bem mais duvidosa, muito em virtude da constante evolução das valorações sociais, como se comprova através da controvérsia em redor da interrupção voluntária da gravidez. Tudo se torna ainda mais duvidoso e discutível perante os factos dolosos que entram na categoria dos delitos (*Vergehen*), acabando todavia por concluir que o núcleo do direito penal abrange as ofensas à integridade física simples dolosas, a burla e certos tipos de furto. Já os crimes negligentes devem na sua opinião considerar-se, em regra, dele excluídos, em virtude do menor grau de ilicitude e de culpa normalmente neles implicado.

A abordagem casuística adoptada por Müller-Dalhoff pouco avança, todavia, na explicitação do conteúdo do almejado âmbito nuclear do direito penal. Na medida em que praticamente se limita a enunciar tipos delituais que, *em sua opinião*, pertencem a esse núcleo, o seu esforço pode ter aplicação diante do eventual dilema legislativo de manter ou não a natureza criminal de certo facto, mediante possível conversão do mesmo em contra-ordenação. Mas já será inútil naqueles casos em que se trate de atribuir pela primeira vez tutela sancionatória a comportamentos socialmente danosos. Como o núcleo do direito penal é concretizado essencialmente através da identificação de crimes que já existem, com a proposta de Müller-Dalhoff ficará sempre sem resposta a dúvida sobre a questão de saber se perante um certo comportamento até aí penal e contra-ordenacionalmente irrelevante, e como tal – na caracterização do A. – necessariamente estranho ao núcleo penal, o legislador é livre de lhe conferir apenas tutela contra-ordenacional. Esta forma de densificação revela ainda uma compreensão estática do direito sancionatório, cristalizando no *seu* momento histórico aquilo que há-

¹³⁰⁵ Ainda neste sentido, ROXIN, ⁴AT, § 2, n.º m. 132, referindo-se a factos como o homicídio, o rapto ou o roubo, e MITSCH, ²Ordnungswidrigkeiten, § 3, n.º m. 14, aludindo aos crimes dolosos contra a vida, aos crimes de roubo, violação, incêndio e ofensas à integridade física grave.

de considerar-se como necessariamente penal, assim ficando inevitavelmente exposta a uma rápida obsolescência. Não pode, por último, deixar de assinalar-se a contradição de que enferma a classificação de Müller-Dalhoff na parte em que apela à distinção legal entre crimes e delitos, constante do § 12 do StGB, para coadjuvar uma delimitação do núcleo essencial do direito penal que pretende que seja qualitativa. Pois aquele preceito distingue crimes e delitos somente em função da medida da pena abstracta aplicável e por isso a diferença entre uns e outros é de cariz exclusivamente quantitativo, consoante seja maior ou menor a pena cominada¹³⁰⁶.

4.2 Mais frutuoso parece ser à partida o critério proposto por Hans-Ludwig Günther para traçar a fronteira qualitativa do âmbito nuclear direito penal cuja transposição está vedada ao direito de mera ordenação social. O retrato impiedoso que faz da evolução legislativa em matéria contra-ordenacional desde, pelo menos, meados da década de 1970, nomeadamente, desde a altura em que foi concluído o processo de conversão das contravenções em contra-ordenações – uma experiência que, segundo diz, revela serem cada vez mais enigmáticos os parâmetros de que o legislador se serve para classificar um facto como crime ou contra-ordenação e em que se acentuou a tendência para tratar o direito contra-ordenacional como um reservatório (*Sammelbecken*) para onde são remetidas as mais variadas espécies de conduta desde que a ameaça sancionatória contra-ordenacional se afigure conveniente¹³⁰⁷ – não impede Günther de procurar um critério qualitativo ainda compatível com o caótico estado de coisas que denuncia¹³⁰⁸.

Günther revê-se na tese qualitativa-quantitativa, mas ensaia uma caracterização *sui generis* do núcleo duro do direito penal, que, em boa verdade, até hoje e apesar das duas décadas já transcorridas desde a sua formulação não teve acolhimento nem sequer na doutrina que propugna aquela teoria mista. A ideia central de Günther é a de que dentro do espectro do direito público sancionatório só o direito penal está autorizado a intervir perante *lesões imediatas de bens jurídicos individuais*. Verificada esta dupla condição – *i*) bem jurídico individual; e *ii*) lesão imediata do mesmo¹³⁰⁹ – o direito de

¹³⁰⁶ FISCHER, ⁵⁸StGB, § 12, n.º m. 2.

¹³⁰⁷ GÜNTHER, “Das Recht der Ordnungswidrigkeiten”, p. 388.

¹³⁰⁸ Cf. GÜNTHER, “Das Recht der Ordnungswidrigkeiten”, p. 390 e ss., e em data mais recente “Die Ordnungswidrigkeit – Delikt ohne untrennbar verletztes individuelle Opfers”, in: Ulrich Sieber *et al.*, *Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht: Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtstatsachen. Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag*, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2008, p. 165 e ss.

¹³⁰⁹ GÜNTHER, “Die Ordnungswidrigkeit”, p. 167 e s.

mera ordenação social não pode actuar. Por isso, a contra-ordenação é descrita, através de uma fórmula curta, como uma infracção sem vítima individual imediatamente lesada¹³¹⁰. Para lá desta restrita circunscrição, o legislador goza de liberdade de conformação da natureza legal dos factos que pretenda proibir sob ameaça de pena ou de coima e a distinção é *quantitativa*. É o que sucede sempre que o bem jurídico tenha natureza supra-individual e em todos os casos em que pretenda conferir-se uma tutela antecipada a bens jurídicos individuais, através de infracções de perigo abstracto ou mesmo de perigo concreto¹³¹¹.

A favor da sua concepção, Günther invoca o exemplo de algumas tomadas de posição legislativas em matérias especialmente controvertidas e do regime processual contra-ordenacional, bem como ainda, como razão de fundo, os resultados da discussão penal e sociológica em torno do conceito de bem jurídico.

Em relação a este último ponto, crê que este debate tornou claro que a ambicionada compatibilidade entre o conteúdo das proibições e imposições objecto de tutela penal e as representações axiológicas dos cidadãos é tanto mais expectável quanto mais tangível for o bem jurídico protegido. Reversamente, quanto mais abstracta for a natureza do bem jurídico tanto menor será a probabilidade de êxito de uma consciencialização das normas de comportamento pelos cidadãos. É isso que explica, a seu ver, que perante lesões de bens jurídicos individuais o juízo de reprovação ético-social seja indiscutível, ao passo que é bem mais esbatido o relevo axiológico concedido pela consciência colectiva às ofensas à bens jurídicos supra-individuais, sobretudo quando assumam a forma de perigo abstracto. Neste sentido, conclui Günther que, independentemente da gravidade da ilicitude que lhes vai associada, nunca as lesões de bens jurídicos individuais podem ser objecto de tutela contra-ordenacional¹³¹². Neste domínio, a alternativa com que o legislador se confronta é a criminalização ou a pura e simples irrelevância sancionatória¹³¹³.

Günther vê no regime processual das contra-ordenações uma confirmação da sua tese, pois o modo como está delineado – v. g., a competência atribuída a órgãos

¹³¹⁰ É justamente este o título do referido trabalho de Günther publicado nos estudos de homenagem a Klaus Tiedemann: “Die Ordnungswidrigkeit – Delikt ohne unt mittelbar verletzte individuelle Opfers”.

¹³¹¹ GÜNTHER, “Das Recht der Ordnungswidrigkeiten”, p. 391, e “Die Ordnungswidrigkeit”, p. 167 e s.

¹³¹² GÜNTHER, “Das Recht der Ordnungswidrigkeiten”, p. 391.

¹³¹³ GÜNTHER, “Das Recht der Ordnungswidrigkeiten”, p. 167 e ss., dá como exemplo a discussão sobre exclusão da ilicitude da interrupção voluntária da gravidez no quadro de uma solução de prazos, no âmbito da qual nunca passou pela cabeça de ninguém adoptar um “meio termo” contra-ordenacional. Nesta conclusão, ainda JAKOBS, ²AT, 3/10.

administrativos, a natureza inquisitória do processo, a exclusão da participação processual da vítima ou o princípio da oportunidade – é demonstrativo de que não foi pensado para lidar com o processamento de factos que levem pressuposta a lesão de bens jurídicos como a vida, a liberdade, a propriedade ou a honra. E é nela que encontra justificação para a relutância com que o legislador sempre encarou a possibilidade de transformar em contra-ordenações os pequenos delitos ou contravenções contra a propriedade, como o furto formigueiro¹³¹⁴ ou, apesar da pressão de parte da doutrina, o furto cometido em estabelecimentos comerciais¹³¹⁵.

Como referimos, Günther permanece ainda hoje isolado nesta sua ideia de delimitação do âmbito nuclear do direito penal através do critério da lesão imediata de bens jurídicos individuais. A simplicidade da teoria de Günther faz dela uma concepção sedutora, até pela sua fácil operatividade, mas também a torna particularmente redutora.

Aos exemplos de renitência legislativa em atribuir natureza contra-ordenacional a condutas lesivas de bens jurídicos individuais aduzidos por Günther poderão contrapor-se casos em que o legislador previu como contra-ordenações factos que contendem com bens jurídicos individuais e podem ser considerados como autênticas infracções de dano¹³¹⁶. Também não se vê como possa alegar-se em abono daquela conclusão a circunstância de o direito processual contra-ordenacional não estar adaptado a uma efectiva tutela processual de interesses individuais quando se admite que o direito das contra-ordenações possa cobrir ofensas de perigo, abstracto e mesmo concreto, de bens jurídicos individuais, que, sobretudo os segundos, podem perfeitamente suscitar exigências processuais substancialmente equivalentes a factos que se traduzem na sua lesão. Por fim, e decisivamente, embora Günther pareça longe de pretender defender

¹³¹⁴ Ao contrário da generalidade das demais contravenções, em 1975, o furto formigueiro passou à categoria de delito e não de contra-ordenação (cf. GÜNTHER, “Das Recht der Ordnungswidrigkeiten”, p. 389).

¹³¹⁵ O legislador alemão nunca cedeu à reivindicação de um sector doutrinal, que vem já da década de 1970 (cf. sobretudo BAUMANN, Jürgen, “Über die notwendigen Veränderungen im Bereich des Vermögensschutzes”, *JZ*, 1972, p. 3 e s.), para que o problema dos pequenos furtos de produtos expostos em lojas ou supermercados fosse resolvido através da via do direito de mera ordenação social – sobre a questão, cf. HÜNERFELD, Peter, “A pequena criminalidade e o processo penal”, p. 29 e ss., manifestando-se contra a adopção da solução contra-ordenacional (p. 31 e s.), e FARIA, Maria Paula Ribeiro de, *A Adequação Social*, p. 398 e ss. (esp. p. 415 e ss.).

¹³¹⁶ Na legislação portuguesa, v. g.: o art. 38.º-1, *r*, do Decreto-Lei n.º 315/2009, de 29/10 (Regime jurídico da criação, reprodução e detenção de animais de companhia perigosos), referido infra, § 35.2, mais de espaço; e os arts. 3.º-2, 4.º-4 e 10.º-1 da Lei n.º 97/88, de 17/8, relativa à afixação e inscrição de mensagens de publicidade e propaganda, ao qualificar como contra-ordenação a afixação ou inscrição de mensagens de propaganda e de publicidade nos lugares ou espaços de propriedade particular sem consentimento do respectivo proprietário ou possuidor (para um entendimento de que vai aqui envolvida uma *lesão da propriedade privada*, cf. o Ac. do TC n.º 631/95, 11., e infra, § 33., 2.2).

que o direito penal deva ter o seu raio de acção limitado à tutela de lesões de bens jurídicos individuais, a correspondência fechada que estabelece entre o núcleo do direito penal e os bens jurídicos individuais representa uma compreensão exasperadamente individualista do direito penal que é de tal modo redutora que não pode de modo algum ser aceite¹³¹⁷.

5. A ideia clara de que haverá ofensas a bens jurídicos de elevado valor ético-social que será impensável submeter ao regime contra-ordenacional é acompanhada da consciência de que os limites do núcleo essencial do direito penal a que corresponde esse tipo de comportamentos são, por definição, difusos¹³¹⁸, muito dificilmente podendo ser capturados através de uma espécie de fórmula mágica¹³¹⁹. Tudo o que é possível é traçar linhas gerais de orientação que guiem o legislador ordinário e que permitam avaliar a legitimidade das decisões por ele tomadas. Daí o recurso aos princípios da dignidade penal e da carência de tutela penal de que lança mão boa parte da doutrina que sufraga a tese qualitativa-quantitativa.

Esses princípios contribuem, além do mais, para orientar a tarefa legislativa na escolha da natureza sancionatória de certa conduta fora daquele espaço natural do direito penal. Aí, na chamada zona de fronteira, a distinção é quantitativa: os factos mais graves tenderão a assumir carácter penal e os menos graves carácter contra-ordenacional¹³²⁰.

Era fundamentalmente sobre o princípio da *dignidade penal* que Jescheck assentava a diferenciação quantitativa entre crimes e contra-ordenações¹³²¹. Compreendendo a dignidade penal em função de três variáveis¹³²² – o valor do bem

¹³¹⁷ Sobre esta problemática, cf. infra, §§ 24. a 26., desenvolvidamente.

¹³¹⁸ JAKOBS, ²AT, 3/1.

¹³¹⁹ ³KK-ROGALL, antes do § 1, n.º m. 2.

¹³²⁰ Nesta direcção, JESCHECK, ¹¹LK, Introdução, § 11, e JESCHECK / WEIGEND, ⁵AT, § 7, V., 3, MAURACH / ZIPF, ⁸AT, § 1, n.º m. 35, GÜNTHER, “Das Recht der Ordnungswidrigkeiten”, p. 391 e s., JAKOBS, ²AT, 3/8 e ss., MÜLLER-DALHOFF, *Zur Abgrenzung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten*, p. 105 e s., WEBER, in: BAUMANN / WEBER / MITSCH, ¹¹AT, § 4, n.º m. 16, ³KK-ROGALL, antes do § 1, n.º m. 2, MITSCH, ²Ordnungswidrigkeiten, § 3, n.º m. 9 e ss., SCH / SCH / STREE / KINZIG²⁸, antes dos §§ 38 e ss., n.º m. 37, e GÖHLER / GÜRTLER, ¹⁶OWiG, antes do § 1, n.º m. 5.

Como se refere em texto, esta gradação é, em todo o caso, apenas tendencial, pois que se reconhece existirem tipos contra-ordenacionais cuja ilicitude é consideravelmente superior à de muitos tipos penais (WEIGEND, Thomas, in: Laufhütte / Saan / Tiedemann, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, 12.ª ed., I, Berlin, Walter de Gruyter, 2007, Introdução, n.º m. 19), como se admite também que em situações concretas a gravidade de uma contra-ordenação pode ser significativamente superior à de um facto penal (MITSCH, ²Ordnungswidrigkeiten, § 3, n.º m. 11).

¹³²¹ Cf. JESCHECK, ¹¹LK, Introdução, § 11, e JESCHECK / WEIGEND, ⁵AT, § 7, V., 3.

¹³²² JESCHECK / WEIGEND, ⁵AT, § 7, I.

jurídico, a perigosidade da ofensa que lhe é dirigida e a censurabilidade da atitude espiritual do agente (*Tätergesinnung*¹³²³) –, considerava que seria através do *menor significado* da ofensa ou da atitude implicadas no facto que a contra-ordenação se deixaria perceber¹³²⁴. À semelhança, porém, do facto penal, nela estaria sempre presente um grau de perigosidade para o bem jurídico ou uma ofensa à ordem e segurança públicas suficientemente relevantes para justificarem uma resposta sancionatória de natureza repressiva por parte do legislador. Só que, na comparação com o delito penal, o grau de perigosidade do facto contra-ordenacional seria *substancialmente inferior* ao do facto penal, regra geral correspondendo somente a infracções de perigo abstracto¹³²⁵. E mesmo – acrescentava Jescheck – naquelas situações excepcionais em que a contra-ordenação fosse conformada como infracção de dano o grau de lesão do objecto de acção¹³²⁶ afectado seria as mais das vezes insignificante¹³²⁷. À contra-ordenação faltaria, além do mais, aquele elevado grau de censurabilidade da atitude espiritual do agente que por si só é capaz de justificar o pesado desvalor ético-social da pena criminal¹³²⁸.

Se com Jescheck a diferenciação é perspectivada fundamentalmente a partir do princípio da dignidade penal, com Roxin é o *princípio da carência de tutela penal* que sobreleva. Para Roxin, “o direito de mera ordenação social deve portanto a sua existência ao princípio da subsidiariedade e ao carácter bagatelar das ofensas aos bens jurídicos”¹³²⁹ nele implicadas. Temos pois que no seu ponto de vista a concatenação entre o direito penal e o direito contra-ordenacional deve ser integrada por uma

¹³²³ A *Tätergesinnung*, pode, com COSTA, Faria, ³*Fragmenta*, Cap. 8, § 34, exprimir-se em língua portuguesa como a “atitude espiritual do agente perante o mundo, perante o direito”.

¹³²⁴ JESCHECK, ¹¹*LK*, Introdução, § 11.

¹³²⁵ JESCHECK, ¹¹*LK*, Introdução, § 11, e JESCHECK / WEIGEND, ⁵*AT*, § 7, V., 3. Ainda no sentido de que a generalidade das infracções do mera ordenação social corresponde a contra-ordenações de perigo abstracto, WEBER, *in*: ARZT / WEBER / HEINRICH / HILGENDORF, ²*BT*, § 35, n.º m. 48.

¹³²⁶ Note-se que para Jescheck a qualificação de um facto como delito de perigo ou de dano estaria relacionada não com a ofensa ao bem jurídico, mas sim ao *objecto da acção* – cf., por último, JESCHECK / WEIGEND, ⁵*AT*, § 26, II, 2.

¹³²⁷ Cf. JESCHECK, ¹¹*LK*, Introdução, § 11, e JESCHECK / WEIGEND, ⁵*AT*, § 7, V., com a concordância de MITSCH, ²*Ordnungswidrigkeiten*, § 3, n.º m. 10, que aponta às contra-ordenações uma menor gravidade em relação aos crimes, decorrente de um conteúdo de ilicitude e de culpa mais reduzido. Assim, ainda segundo Mitsch, a tutela de bens jurídicos pelo direito contra-ordenacional abrange as ofensas a bens jurídicos de menor relevo axiológico, mas também contempla casos que embora contendendo com bens jurídicos dignos de tutela penal (v. g., a vida ou a integridade física) possuem baixa intensidade ofensiva (v. g., perigo abstracto em vez de perigo concreto ou preparação em vez de tentativa).

¹³²⁸ JESCHECK, ¹¹*LK*, Introdução, § 11. Neste sentido, considera MITSCH, ²*Ordnungswidrigkeiten*, § 3, n.º m. 10, que a atitude espiritual reprovável, grave ou cruel que caracteriza o facto penal contrasta com a circunstância de o facto contra-ordenacional se fundar em regra em fraquezas humanas “normais” ou “socialmente correntes” como o desleixo, a indolência, a incerteza, a distração ou o esquecimento, sendo isso, aliás, que na sua óptica explica que a coima não tenha um efeito desonroso ou estigmatizante sobre o condenado.

¹³²⁹ ROXIN, ⁴*AT*, § 2, n.º m. 62.

consideração da contra-ordenação como um *minus*, e não como um *aliud*, em relação ao crime, assim se compreendendo a sua afirmação de que “a diferença entre factos penais e contra-ordenações é de natureza fundamentalmente quantitativa e não qualitativa”¹³³⁰. As contra-ordenações são por ele tidas geralmente como ofensas *menores* a bens jurídicos – o que, a seu ver e com a sua concordância, justificou a conversão da generalidade das contravenções em ilícitos de mera ordenação social – ou por vezes como factos que, apesar de comportarem um considerável dano para o bem jurídico, apresentam um *desvalor ético-social reduzido*¹³³¹.

Ligando sempre o direito contra-ordenacional a uma função de tutela de bens jurídicos, Roxin concebe-o fundamentalmente como um elemento que visa salvaguardar e viabilizar a natureza fragmentária e de *ultima ratio* do direito penal. A protecção de bens jurídicos não é tarefa que o direito penal deva enfrentar sozinho, devendo este contar para tal com a coadjuvação das demais formas de intervenção disponíveis na ordem jurídica. Aqui avulta precisamente o direito das contra-ordenações, não podendo o problema da delimitação entre os espaços penal e contra-ordenacional deixar de ser visto como um problema político-criminal associado à necessidade de criar as condições para que o direito penal só intervenha mesmo em *ultima ratio*, ficando resguardado para aqueles casos em que nenhum outro mecanismo sancionatório ou de outra ordem seja suficiente para responder à necessidade de protecção de um certo bem jurídico¹³³². Ora, na relação de complementaridade que deve ser mantida entre o direito penal e o direito contra-ordenacional o princípio rector deve ser justamente o da subsidiariedade, concebido no sentido de que “o legislador deve lançar mão da contra-ordenação e da coima em vez da criminalização e da pena ali onde uma certa perturbação social possa, na comparação com a pena, ser melhor ou pelo menos tão bem respondida com uma sanção menos severa (...) como é a sanção do direito contra-ordenacional”¹³³³. Estando o direito contra-ordenacional e o direito penal deste modo complementarmente associados numa função de tutela de bens jurídicos, a relação entre ambos não pode deixar de ser marcada por uma lógica gradativa. Ao primeiro caberá, regra geral, intervir desde logo nos referidos casos de menor perigosidade social e concomitantemente de menor desvalor ético-social cuja tutela *não carece por isso da*

¹³³⁰ ROXIN, ⁴AT, § 2, n.º m. 132.

¹³³¹ ROXIN, ⁴AT, § 2, n.ºs m. 99 e 131.

¹³³² ROXIN, ⁴AT, § 2, n.º m. 99 e s.

¹³³³ ROXIN, ⁴AT, § 2, n.º m. 130.

*pena criminal*¹³³⁴. Mas pode ainda competir-lhe actuar nas situações em que puder ser mais eficaz que o direito penal, designadamente, naqueles casos em que se afigure problemático o apuramento de responsabilidades individuais e assim se justifique o sancionamento de pessoas colectivas, a que o direito penal alemão ainda resiste¹³³⁵.

¹³³⁴ ROXIN, *AT*, § 2, n.º m. 130 e s.

¹³³⁵ ROXIN, *AT*, § 2, n.ºs m. 99 e 130.

PARTE III – OS RUMOS DA APROXIMAÇÃO ENTRE O DIREITO PENAL E O DIREITO CONTRA-ORDENACIONAL

CAPÍTULO I – A ASCENSÃO DO PARADIGMA DO ESTADO GARANTIDOR E O NOVO DIREITO CONTRA-ORDENACIONAL ECONÓMICO

Como fomos dando nota ao longo do nosso estudo, tanto em Portugal como nos outros países que o adoptaram, os antecedentes, a génese e a subsequente evolução do direito das contra-ordenações constituíram sempre, de certo modo, uma expressão do paradigma socio-económico de cada época e do papel que ao Estado aí foi sendo sucessivamente reservado. Também por isso, parece-nos que o desvelamento da função que hoje deve ser cometida ao ilícito contra-ordenacional e assim, do mesmo passo, a dilucidação da sua relação com o ilícito penal tem necessariamente de passar por uma compreensão do direito contra-ordenacional integrada no *actual* paradigma da estadualidade e das relações entre o Estado e a sociedade.

Se as contra-ordenações estão em todo o lado e as sanções que para boa parte delas se prevêem há muito que assumiram uma severidade considerável, tal ficou essencialmente a dever-se à emergência nas últimas três décadas de um novo paradigma de estadualidade e ao papel que nele foi atribuído ao direito contra-ordenacional.

As críticas que de vários quadrantes vêm sendo lançadas a esse rumo que entre nós foi dado ao direito de mera ordenação social, condensadas na denúncia de Frederico Costa Pinto de que a sua história entre nós é a da sua descaracterização¹³³⁶ e no reiterado lamento de Figueiredo Dias em relação àquilo que designa como contra-revolução contra-ordenacional¹³³⁷, parecem-nos exprimir uma pretensão de manter o problema contra-ordenacional amarrado a uma mundividência já superada¹³³⁸ e não podem por isso ser acompanhadas. Por certo que serão questionáveis muitas opções legislativas de concreta conformação do regime contra-ordenacional aplicável aos mais

¹³³⁶ PINTO, Frederico Costa, “O ilícito de mera ordenação social...”, p. 16 e *passim*.

¹³³⁷ Por último, DIAS, Figueiredo, ²DP-PG, I, 7.º Cap., § 6, com a concordância de CARVALHO, Taipa de, ²DP-PG, § 259.

¹³³⁸ Paradigmático, VELOSO, José António, “Boas intenções, maus resultados”, p. 74 e ss.

variados domínios. Mas o que julgamos não dever poder proceder são as tentativas de cristalizar o direito contra-ordenacional no momento histórico da sua génese e de assim fossilizá-lo e continuar a concebê-lo e apreciá-lo à luz de referentes constitucionais, político-criminais e dogmáticos que embora dominantes nesse tempo e acolhidos como justificação para o seu aparecimento se mostram hoje ultrapassados pela marcha da história.

Seria, na verdade, surpreendente que um direito sancionatório cujas raízes são essencialmente devedoras da mundivisão extremadamente liberal da teoria do direito penal administrativo, mas foi legislativamente criado para responder às necessidades sancionatórias do Estado interventor que, por toda a Europa ocidental, se impôs após a II Guerra Mundial sob o lema da *Daseinsvorsorge*¹³³⁹ pudesse ainda hoje ser explicado e integrado na estrutura da ordem jurídica com base num ideário formado a partir desse estranho *mix* que foi beber tanto ao paradigma do Estado liberal como ao do do Estado social. Deste modo, em ordem a uma correcta percepção do lugar agora ocupado pelo direito de mera ordenação social e das funções que actualmente desempenha, bem como a uma sua justa apreciação crítica, afigura-se-nos imprescindível procurar compreender os *traços essenciais* que hoje dão corpo ao Estado e às suas relações com a sociedade. Para tanto, será necessário como que passar a palavra à nova ciência do direito administrativo¹³⁴⁰ e do direito constitucional, pois que é nestes campos que, naturalmente, encontramos as reflexões mais aturadas e logradas sobre este extraordinariamente complexo problema de fundo.

Quando para aí nos viramos, torna-se, porém, de certa forma mais compreensível o referido desconforto que do lado ciência penal vem sendo manifestado em relação à evolução do direito das contra-ordenações. Não há muito tempo, com efeito, ainda no dealbar do novo milénio mesmo uma voz serena e nada dada a tremendismos como Gomes Canotilho referia-se assim a essa busca de novos modelos teóricos empreendida pela ciência do direito público: “procuram-se *desesperadamente* compreensões globais capazes de nos fornecer um enquadramento teórico e padrões de

¹³³⁹ Por todos, SOARES, Rogério Ehrhardt, *Direito Público e Sociedade Técnica*, Coimbra, Atlântida Editora, 1969, p. 63 e ss. e *passim*.

¹³⁴⁰ As expressões “nova ciência do direito administrativo” ou “novo direito administrativo” constituem hoje voz corrente na doutrina juspublicista – cf. CANOTILHO, J. J. Gomes, “O princípio democrático sobre a pressão dos novos esquemas regulatórios”, *Revista de Direito Público e Regulação*, n.º 1, 2009, p. 102, e ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Lições de Direito Administrativo*, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2010, p. 25 e s.

orientação no que respeita à justificação dos novos tipos de estatalidade e dos novos figurinos modernizadores da administração”¹³⁴¹. Ora, se aquela evolução do direito contra-ordenacional se inscreve numa ampla, profunda e hipercomplexa mutação de toda a nossa realidade social e económica¹³⁴² que conta já umas três décadas, mas que os cultores do direito público e das ciências políticas têm revelado enorme dificuldade em captar e sistematizar num paradigma teórico, não será de admirar que do lado da doutrina penal se continue a olhar para a questão contra-ordenacional essencialmente sob o prisma do paradigma em que o direito de mera ordenação social emergiu e por isso com um cepticismo misturado de um indisfarçado saudosismo por uma passado conceptual que oferecia uma chave de compreensão satisfatória para ela.

§ 20. A LIBERALIZAÇÃO ECONÓMICA NO QUADRO DA INTEGRAÇÃO EUROPEIA

O extraordinário alargamento do raio de acção do ilícito contra-ordenacional e a acentuação da gravidade das suas sanções correu a par e *foi consequência* de toda uma imparável dinâmica privatizadora e liberalizadora do mercado económico que começou a dar os seus primeiros passos na década de 1980¹³⁴³ e de um movimento que acompanhou essa tendência económica no sentido da definição de uma cada vez mais apertada malha normativa em âmbitos como os da protecção dos consumidores¹³⁴⁴, da segurança dos produtos, dos trabalhadores ou do meio ambiente¹³⁴⁵, agregados sob a

¹³⁴¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, “O direito constitucional passa: o direito administrativo passa também”, in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, p. 708 (it. nosso).

¹³⁴² PINTO, Frederico de Lacerda da Costa, “A supervisão no novo Código dos Valores Mobiliários”, *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários*, n.º 7, 2000, p. 91 e ss.

¹³⁴³ Cf. *Livro Verde sobre Serviços de Interesse Geral apresentado pela Comissão Europeia*, COM (2003) 270, de 21-05-2003, 5.: “Foi sobretudo a partir da *segunda metade dos anos de 1980* que inúmeros sectores que prestavam exclusiva ou essencialmente serviços de interesse económico geral foram gradualmente abertos à concorrência. Assim aconteceu com as *telecomunicações*, os *serviços postais*, os *transportes* e a *energia*. A liberalização estimulou a modernização, a interconexão e a integração destes sectores”.

¹³⁴⁴ Cf. DIAS, Augusto Silva, “Linhas gerais do regime jurídico dos crimes contra interesses dos consumidores no Anteprojecto de Código do Consumidor”, *Estudos de Direito do Consumidor*, 2005, p. 316, que, com inteira propriedade, a propósito da actividade legiferante neste amplo território do direito do consumidor fala na “*imensa floresta de leis* que nos rege e que é fruto de décadas de juridificação desenfreada e desordenada nos mais diversos domínios da vida social” (it. nosso).

¹³⁴⁵ De entre uma bibliografia nacional e estrangeira totalmente inabarcável, cf., na doutrina portuguesa, MOREIRA, Vital, *Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*, Coimbra, Almedina, 1997, p. 17 e ss., GONÇALVES, Pedro Costa, *Entidades Privadas com Poderes Públicos. O Exercício de Poderes Públicos de Autoridade por Entidades Privadas com Funções Administrativas*, Coimbra, Almedina,

designação, porventura imprópria¹³⁴⁶, de *regulação social*¹³⁴⁷. Nesses domínios que se deixam cobrir pelos conceitos de regulação económica e de regulação social, o direito das contra-ordenações foi erigido como instrumento sancionatório por excelência ao serviço da efectividade das suas prescrições¹³⁴⁸, aí acabando por residir a razão fundamental desse impressionante crescimento e endurecimento do direito contra-ordenacional.

1. Quando é introduzido no ordenamento jurídico português, o direito contra-ordenacional aparece umbilicalmente ligado a um movimento descriminalizador dirigido a uma purificação do direito penal, mas surge também imerso num modelo de Estado marcadamente dirigista e interventor na economia, inscrito num período em “que se efectuaram transformações profundas de estruturas económicas (nacionalizações dos sectores básicos da economia e dos latifúndios do sul do país) e [em] que se definiu um sentido caracterizadamente socialista, de pendor colectivista, para o projecto de transformação económica”¹³⁴⁹. Uma tendência que no modelo económico plasmado na Constituição de 1976 se exprimia na irreversibilidade das nacionalizações (art. 83.º-1) e na imposição constitucional de sectores vedados à iniciativa privada (85.º-2)¹³⁵⁰. Imposição esta que levou mesmo ao ponto de, por determinação legal (Lei n.º 46/77, de

2005, p. 137 e ss., FERREIRA, Eduardo Paz / MORAIS, Luís Silva, “A regulação sectorial da economia. Introdução e perspectiva geral”, in: Paz Ferreira *et al.*, *Regulação em Portugal: Novos Tempos, Novo Modelo?*, Coimbra, Almedina, 2009, p. 7 e ss., CATARINO, Luís, *Regulação e Supervisão dos Mercados de Instrumentos Financeiros*, p. 15 e ss. e *passim*, e FERREIRA, Eduardo Paz, “Em torno da regulação económica em tempos de mudança”, *C&R*, n.º 1, 2010, p. 31 e ss.

¹³⁴⁶ A denominação “regulação social” tem origem na experiência reguladora norte-americana, pretendendo abarcar domínios como aqueles que se referem em texto – cf. WILSON, Graham K., “Social regulation and explanations of regulatory failure”, *Political Studies*, 1984, XXXII, p. 203, e SANCHES, José Luís Saldanha, “A regulação: história breve de um conceito”, *ROA*, 2000, p. 12 e ss. Opondo-se ao conceito de regulação social, FERREIRA, Paz / MORAIS, Silva, “A regulação sectorial da economia”, p. 23 e s., e CALVETE, Victor, “Entidades administrativas independentes: *smoke & mirrors*”, *C&R*, n.º 7/8, 2012, p. 75, nota 36.

¹³⁴⁷ Como bem nota MOREIRA, Vital, *Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*, p. 44, a desregulação económica encetada na década de 1980 desenvolveu-se a par de um crescimento da área da regulação social: “a era da *economic deregulation* é ainda ao mesmo tempo a «era da *social regulation*»”.

¹³⁴⁸ Nesta direcção, FERREIRA, Paz / MORAIS, Silva, “A regulação sectorial da economia”, p. 32, e MONTE, Mário Ferreira, “A regulação no contexto do direito sancionatório. Em especial, os sectores da energia e do ambiente”, in: Maria Fernanda Palma *et al.* (coord.), *Direito Sancionatório das Autoridades Reguladoras*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 266 e s.

¹³⁴⁹ CANOTILHO, Gomes / MOREIRA, Vital, *4CRP*, I, p. 944. Cf. ainda SANTOS, António Carlos dos / GONÇALVES, Maria Eduarda / MARQUES, Maria Manuel Leitão, *Direito Económico*, 6.ª ed., Coimbra, Almedina, 2011, pp. 37 e s. e 135 e ss.

¹³⁵⁰ Assim, CANOTILHO, Gomes / MOREIRA, Vital, *4CRP*, I, p. 944, que todavia não deixam de acrescentar que nenhum destes traços essenciais da constituição económica originária “resistiu às sucessivas revisões constitucionais”.

8/7), se vedar à iniciativa privada um conjunto significativo de actividades económicas vitais, nomeadamente, as actividades bancária e seguradora, as actividades de produção, transporte e distribuição para consumo público de energia eléctrica, de gás e de água, o saneamento básico, as comunicações postais e telefónicas, os transportes aéreos e ferroviários, a exploração de portos marítimos e aeroportos e até os transportes públicos colectivos urbanos de passageiros nos principais centros populacionais. Uma proibição que foi inclusivamente alargada aos chamados sectores industriais de base, abarcando as indústrias de armamento, de refinação de petróleos, petroquímica, siderúrgica, adubeira e cimenteira.

Como vimos, foi também o caldo de cultura do Estado social que na Alemanha concorreu para a criação e expansão do direito de mera ordenação social, sendo o ideário da socialidade levado ao discurso legitimador do sistema contra-ordenacional em autores germânicos que tanto influenciaram o pensamento português como Gallas, Lange, Michels ou Jescheck¹³⁵¹. Não propriamente, é certo, uma socialidade como aquela para que enveredava a nossa Constituição de 1976, com largas concessões a um socialismo do tipo colectivista, mas antes uma com as feições da social-democracia da Alemanha ocidental do pós-guerra. Foi este modelo do Estado de direito social penetrado pela ideia rectora da *Daseinsvorsorge* em voga na Alemanha e nas demais democracias da Europa ocidental do pós-guerra que, não obstante a deriva colectivista na versão originária da nossa Constituição, foi claramente tido em vista pela doutrina portuguesa que impulsionou a criação entre nós de um direito de mera ordenação social¹³⁵² e estabeleceu as suas bases doutrinárias.

O nosso direito contra-ordenacional vai pois colher a sua legitimação não apenas ao ideário liberal que marca o movimento de purificação do direito penal, mas também ao ideário da socialidade caracterizador das sociais-democracias europeias. Nelas, o Estado deve acorrer a uma pretensão de bem-estar que é socialmente assimilada como desígnio fundamental da comunidade¹³⁵³. Numa das sínteses insuperáveis de Rogério Soares, agora “o homem médio não espera apenas que o Estado o socorra numa ocasião de infortúnio ou resgate os seus erros ou os das gerações passadas; mais: dá por assente que pode exigir dele a garantia dum certo padrão de vida, quer seja a título de

¹³⁵¹ Cf. supra § 5.

¹³⁵² CORREIA, Eduardo, “Direito penal e direito de mera ordenação social”, p. 268 e *passim*, e DIAS, Figueiredo, “A reforma do direito penal português”, p. 39 e ss.

¹³⁵³ Cf. FORSTHOFF, I, ¹⁰ *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, p. 368 e ss.

prestações concretas dos poderes públicos, quer seja por meio de providências legislativas que constringam outros particulares mais favorecidos, quer ainda pela extracção em via judicial das últimas consequências das afirmações constitucionais de direitos fundamentais de carácter positivo”¹³⁵⁴. Neste contexto, em que “ninguém tem o direito de ser infeliz”¹³⁵⁵, o Estado erige-se em Estado providência, um Estado que toma em suas próprias mãos o encargo de prover as necessidades existenciais dos seus cidadãos. Do *laissez-faire*, o Estado passa, assim, nas palavras de Vieira de Andrade, “para uma intervenção social activa e intensa (*faire*)”¹³⁵⁶.

Em contraste com o Estado liberal de oitocentos, que se limitava “quase só a estabelecer e garantir o respeito dos quadros institucionais da actividade económica”¹³⁵⁷, este Estado providência “é um Estado activo na área económica e social, tanto pela participação directa na produção e prestação de bens e serviços, como e sobretudo pela regulação da actividade económica”¹³⁵⁸. A produção e prestação *pública* de bens e serviços torna-se então um elemento integrante da cultura económica europeia¹³⁵⁹, tendo o Estado chamado a si o encargo de implementar e manter em funcionamento os chamados serviços públicos essenciais, abrangendo sectores como os da electricidade, da água, do gás, dos transportes, dos serviços postais ou das telecomunicações¹³⁶⁰ e envolvendo a criação e o desenvolvimento de complexas infra-estruturas de rede¹³⁶¹. Uma opção que inevitavelmente “conduziu a nacionalizações, à formação de monopólios públicos ou, pelo menos, de extensos sectores empresariais públicos”¹³⁶².

2. É este paradigma, no sentido próprio do termo, do *Estado como directo produtor e prestador de serviços* que deu corpo à ideia de socialidade no pós-guerra que vem a ser progressiva e irreversivelmente abandonado num amplo e complexo movimento

¹³⁵⁴ SOARES, Rogério, *Direito Público e Sociedade Técnica*, p. 89.

¹³⁵⁵ F. Werner, *Wandelt sich die Funktion des Rechts im sozialen Rechtsstaat?*, p. 161, *apud* SOARES, Rogério, *Direito Público e Sociedade Técnica*, p. 91.

¹³⁵⁶ ANDRADE, Vieira de, *Lições de Direito Administrativo*, p. 20.

¹³⁵⁷ MOREIRA, Vital, *Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*, p. 23.

¹³⁵⁸ MOREIRA, Vital, *Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*, p. 23.

¹³⁵⁹ A expressão é de FERREIRA, Paz, “Em torno da regulação económica...”, p. 37.

¹³⁶⁰ MOREIRA, Vital, *Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*, p. 38.

¹³⁶¹ Sobre o conceito de infra-estruturas de rede, cf. o *Livro Verde sobre Serviços de Interesse Geral*, 10., SÄCKER, Franz Jürgen, “Das Regulierungsrecht im Spannungsfeld von öffentlichem und Privatem Recht”, *AöR*, n.º 130, 2005, p. 183 e ss., e entre nós LOBO, Carlos Baptista, *Sectores em Rede: Regulação para a Concorrência. Enquadramento Jurídico-Económico das Redes Físicas (Telecomunicações, Energia e Transportes) e das Redes Virtuais*, Coimbra, Almedina, 2009, p. 23 e ss. e *passim*.

¹³⁶² FERREIRA, Paz / MORAIS, Silva, “A regulação sectorial da economia”, p. 14.

liberalizador que inicia o seu passo na década de 1980¹³⁶³ e chega até nós sobretudo no contexto da integração nacional no processo europeu¹³⁶⁴.

Como adverte a doutrina juspublicista alemã, este processo, correntemente apelidado de privatização, de modo algum deve ser encarado como se de apenas de um tipo de privatização se pudesse falar¹³⁶⁵. Bem pelo contrário, sob essa divisa abrigam-se “múltiplos processos de redistribuição do sector público ao privado”¹³⁶⁶, identificando-se ao menos quatro modelos típicos de desestadualização¹³⁶⁷, como *i) a privatização material*, dita entre nós *liberalização*, correspondente à abertura aos privados das actividades de fornecimento de produtos e serviços até aí reservadas ao sector público, *ii) a privatização patrimonial*, traduzida na transmissão do património público para as mãos dos privados, como sucede nos casos em que empresas públicas são vendidas ao sector privado, *iii) a privatização organizacional*, na qual o Estado continua a controlar determinada actividade, mas adopta para tal um modelo organizativo, *v. g.*, societário, de direito privado, também por isso chamada privatização meramente formal, ou *iv) a privatização funcional*, uma solução em que o Estado continua a reservar para si a prossecução de determinada função, mas transfere para os privados o encargo da sua execução¹³⁶⁸.

Estas várias formas de recuo da intervenção directa do Estado na economia, desnatando-o de um sem-número de funções até aí assumidas como suas, naquilo que passou a designar-se como processo de emagrecimento do Estado¹³⁶⁹, tiveram como forças motrizes decisivas *o ascendente* adquirido pelas *teorias económicas neoliberais*,

¹³⁶³ Sobre as privatizações em Portugal, desenvolvidamente, SANTOS, António Carlos dos / GONÇALVES, M.^a Eduarda / MARQUES, M.^a Manuel Leitão, *Direito Económico*, p. 143 e ss.

¹³⁶⁴ Cf. a “Comunicação da Comissão: Os Serviços de Interesse Geral na Europa”, *JO C 281/3*, de 26-09-1996, dando ênfase aos serviços de interesse económico geral no âmbito dos sectores dos transportes, telecomunicações, serviços postais, electricidade, rádio e televisão.

¹³⁶⁵ SCHOCH, Friedrich, “Gewährleistungsverwaltung: Stärkung der Privatrechtsgesellschaft?”, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 2008, p. 243.

¹³⁶⁶ VOßKUHLE, Andreas, “«Concetti chiave» della riforma del diritto amministrativo nella Repubblica Federale Tedesca”, *Diritto Pubblico*, 2000, n.º 3, p. 737.

¹³⁶⁷ SCHOCH, Friedrich, “Gewährleistungsverwaltung”, p. 243.

¹³⁶⁸ Cf. VOßKUHLE, Andreas, “«Concetti chiave»...”, p. 738 e s., SCHOCH, Friedrich, “Die staatliche Einbeziehung Privater in die Wahrnehmung von Sicherheitsaufgaben”, *Juridica International*, 2009, n.º 1, p. 16 e s., e com maiores desenvolvimentos, na doutrina nacional, GONÇALVES, Pedro, *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, pp. 321 e ss. e 345 e ss. Ainda na direcção do texto, referindo-se a várias das formas adoptadas pelo Estado para se retirar de certas áreas, ANDRADE, Vieira de, *Lições de Direito Administrativo*, p. 23, e SILVA, Suzana Tavares da, *O Sector Eléctrico perante o Estado Incentivador, Orientador e Garantidor*, Coimbra, FDUC, 2008, p. 6 e ss.

¹³⁶⁹ GONÇALVES, Pedro, *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, p. 150, e SILVA, Suzana Tavares da, *O Sector Eléctrico*, p. 3, ambos na senda da expressão “Estado magro” (*schlanker Staat*) muito cara à doutrina juspublicista alemã – cf. VOßKUHLE, Andreas, “«Concetti chiave»...”, p. 707.

representadas à cabeça, nos EUA, pela Escola Económica de Chicago de Milton Friedman¹³⁷⁰ e, na Europa, pela London School of Economics, e *o seu acolhimento político* nos programas económicos e sociais dos líderes dos governos norte-americano e inglês chegados ao poder na viragem da década de 70 para a década de 80 do século XX, Ronald Reagan e Margaret Thatcher¹³⁷¹.

Numa época que ainda conhecia uma divisão global entre os blocos capitalista e soviético, a “contra-revolução neoliberal”¹³⁷² que uns e outros protagonizaram exerceu doravante uma óbvia e marcante influência sobre a conformação das políticas económicas dos Estados e organizações da Europa ocidental¹³⁷³, bem como, num programa de actuação cunhado como Consenso de Washington, de instituições internacionais como o FMI e o Banco Mundial¹³⁷⁴ e mais tarde da Organização Mundial do Comércio¹³⁷⁵. E surgiu claramente integrada nas políticas da então Comunidade Europeia, aquelas que mais contribuíram para que esta ideologia económica florescesse e se materializasse também entre nós, dirigidas à implementação de um mercado interno até 1992¹³⁷⁶.

¹³⁷⁰ Para a revista *Economist*, 23-02-2006, Milton Friedman “foi o economista mais influente da segunda metade do século XX (Keynes morreu em 1946), possivelmente até de todo o século” (http://www.economist.com/node/8313925?story_id=8313925). Embora o vezo da Escola Económica de Chicago fosse eminentemente monetarista, o seu *caput scholæ* constituiu uma das figuras emblemáticas da ideologia anglo-saxónica do individualismo liberal da segunda metade do século XX – cf. sobretudo FRIEDMAN, Milton, *Capitalism and Freedom*, Chicago, University of Chicago Press, 1962, pp. 1 e ss., 22 e ss., e *passim*.

¹³⁷¹ GIDDENS, Anthony, *The Third Way: The Renewal of Social Democracy*, Cambridge, Polity Press, 1998, p. 3 e ss., e CATARINO, Luís, *Regulação e Supervisão dos Mercados de Instrumentos Financeiros*, pp. 34 e s. e 197 e ss.

¹³⁷² MOREIRA, Vital, *Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*, p. 19.

¹³⁷³ Como esclarece WRIGHT, Vincent, “The administrative systems and market regulation in western Europe: continuities, exceptionalism and convergence”, *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1992, n.º 4, p. 1034, os novos ventos liberais não sopraram apenas nos EUA e no Reino Unido, tendo feito sentir-se também um pouco por toda a Europa ocidental: “outros governos europeus, em maior ou menor medida, procuraram afastar o Estado da esfera económica: políticas de desregulação, de liberalização e de privatização foram prosseguidas com vários níveis de entusiasmo por todos os governos europeus, às claras ou às ocultas”.

¹³⁷⁴ O Consenso de Washington, formulação proposta por WILLIAMSON, John, “What Washington means by policy reform”, in: J. Williamson, *Latin American Adjustment: How Much Has Happened?*, Washington, Institute for International Economics, 1990, designa a visão partilhada por vários dos órgãos federais fundamentais dos EUA (v. g., o Congresso, o Governo Federal, a Reserva Federal, etc.) e por organizações internacionais sedeadas em Washington, como o FMI e o Banco Mundial, sobre quais deveriam ser os instrumentos de política económica a adoptar pelos programas económicos dos países da América Latina e dos demais que apelassem à sua intervenção no âmbito de crises de dívida. Entre os dez instrumentos identificados e explicitados por John Williamson avultavam a *privatização dos sectores económicos estaduais*, dada a “crença de que as empresas privadas são geridas mais eficientemente dos que as empresas estaduais”, e a *desregulação da economia*.

¹³⁷⁵ VOßKUHLÉ, “«Concetti chiave» della riforma...”, p. 715 e s.

¹³⁷⁶ Assim, SILVA, João Nuno Calvão da, *Mercado e Estado. Serviços de Interesse Económico Geral*, Coimbra, Almedina, 2008, p. 255: “Até ao Tratado de Amesterdão (1997), a lógica do mercado

3. De acordo com Paz Ferreira e Silva Morais, a crise em que entrou o “modelo europeu de Estado proprietário e gestor directo de actividades empresariais” foi motivada fundamentalmente por duas grandes ordens de razões: “(i) razões de ordem económica-institucional (geral) e outras razões (ii) intrinsecamente ligadas à dinâmica jurídica e económica da integração comunitária”¹³⁷⁷.

3.1 Na década de 1970, época de crises petrolíferas e de choques monetários, apareceram os primeiros sinais de travagem dos espectaculares índices de crescimento económico das décadas do pós-guerra que abriram caminho a esse modelo. O aumento do desemprego, a subida da taxa de inflação e a recessão económica¹³⁷⁸ criaram uma janela de oportunidade para as teorias económicas de matriz liberal que de, desde o pós-guerra e em contracorrente, procuravam demonstrar economicamente as fragilidades e ineficiências das orientações de intervenção estatal directa no mercado.

Destacou-se aí a visão crítica da *Public Choice Theory*, lançada por James Buchanan e Gordon Tullock, que, nas palavras do próprio Tullock, adoptou como objecto de análise o comportamento de governação e, em particular, os comportamentos dos indivíduos em relação à governação¹³⁷⁹. Guiada por uma desconfiança visceral em relação aos políticos e aos servidores públicos, que, na sua perspectiva, antes que o interesse público procuram, isso sim, satisfazer os seus próprio interesses particulares e os interesses dos sectores sociais que asseguram o seu poder¹³⁸⁰, a *Public Choice Theory* contrapôs às *market failures*, regra geral invocadas para justificar a intromissão do Estado na economia, as *government failures*. Com isso, esta teoria sustentava o princípio de que as imperfeições do mercado não teriam necessariamente de implicar o recurso a uma intervenção estadual na economia, dado que esta própria estaria longe de se mostrar imune a ineficiências¹³⁸¹. A *Public Choice Theory* constituiu-se assim, “ao longo das últimas décadas, a principal crítica teórica de outra corrente (...) que

prevaleceu no Direito Comunitário: só o movimento de privatizações e de liberalizações, incluindo dos SIEG, permitia a construção do Mercado Único”.

¹³⁷⁷ FERREIRA, Paz / MORAIS, Silva, “A regulação sectorial da economia”, p. 15. Assim também, tendo em mira a experiência alemã, SCHOCH, Friedrich, “Gewährleistungsverwaltung”, p. 243.

¹³⁷⁸ Cf. DREYFUS, F. G. / MARX, Roland / POIDEVIN, Raymond, *História Geral da Europa*, III, Mem Martins, Publicações Europa-América, 1996, p. 483 e ss.

¹³⁷⁹ TULLOCK, Gordon, “The Theory of Public Choice”, in: G. Tullock / A. Seldon / G. L. Brady, *Government Failure: A Primer in Public Choice*, Washington, Cato Institute, p. 3.

¹³⁸⁰ TULLOCK, Gordon, “The Theory of Public Choice”, *passim*.

¹³⁸¹ TULLOCK, Gordon, “The Theory of Public Choice”, p. 12.

fundamenta a intervenção do Estado na economia – a economia do bem-estar (*welfare economics*)”¹³⁸², com o que, mesmo perante um consenso de que se encontra mais próxima de um lema de *melhor Estado* do que de *menos Estado*¹³⁸³, acabou, *nolens volens*¹³⁸⁴, por caucionar as políticas de pendor liberal que, a partir da década de 1980, induziram a um bater em retirada do Estado como produtor e prestador directo de bens e serviços em numerosos sectores da economia¹³⁸⁵.

3.2 Se parece certo que as ideologias de cariz neoliberal constituem o pano de fundo da mutação do paradigma da estadualidade na Europa ocidental, também se nos afigura correcta a ideia, avançada por Paz Ferreira e Silva Morais, de que a efectiva concretização dessa transformação na ordem económico-social portuguesa ficou fundamentalmente a dever-se ao processo de integração comunitária¹³⁸⁶, como aliás em geral sucedeu também nos demais Estados-Membros da UE¹³⁸⁷.

Essa nova via de reconformação substancial do papel do Estado poderia intuir-se logo com as linhas programáticas preconizadas pela Comissão Europeia, então presidida por Jacques Delors, no seu Livro Branco “Completing the Internal Market”¹³⁸⁸, de 1985. Tinha-se nelas em conta as reformas necessárias a realizar na Comunidade e nos Estados-Membros para a concretização de um mercado comum¹³⁸⁹, entendido, nos termos do Acto Único Europeu¹³⁹⁰ de 1986, como um espaço sem fronteiras internas de

¹³⁸² PEREIRA, Paulo Trigo, “A teoria da escolha pública (*public choice*): uma abordagem neoliberal?”, *Análise Social*, vol. XXXII, 141, 1997, p. 420.

¹³⁸³ PEREIRA, Paulo Trigo, “A teoria da escolha pública”, p. 437 e ss. Nesta direcção, considera TULLOCK, Gordon, “The Theory of Public Choice”, p. 12, que a comprovação das imperfeições estaduais além de colocar um freio à tendência para alargar o papel do Estado em ordem a corrigir as falhas de mercado tem ainda como consequência um desejo de acção incidente sobre os processos de governação com vista a melhorar a eficiência estadual.

¹³⁸⁴ Como ressalva PEREIRA, Paulo Trigo, “A teoria da escolha pública”, p. 420, “naturalmente a *public choice* foi aproveitada ideologicamente por todos aqueles que defendem uma menor intervenção do Estado na economia, em particular pelos neoliberais”.

¹³⁸⁵ FERREIRA, Paz / MORAIS, Silva, “A regulação sectorial da economia”, p. 15 e ss., e SILVA, Suzana Tavares da, *O Sector Eléctrico*, p. 3 e ss.

¹³⁸⁶ FERREIRA, Paz / MORAIS, Silva, “A regulação sectorial da economia”, p. 17 e ss. Já nesta direcção, GONÇALVES, Pedro, “Direito administrativo da regulação”, *Sep. de Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Marcello Caetano no Centenário do seu Nascimento*, Lisboa, Ed. FDUL / Coimbra Editora, 2006, p. 536.

¹³⁸⁷ WRIGHT, Vincent, “The administrative systems and market regulation...”, p. 1040 e s.

¹³⁸⁸ *Completing the Internal Market. White Paper from the Commission to the European Council (Milan, 28-29 June 1985)*, COM (85) 310, de 14-06-1985, in: http://europa.eu/documentation/official-docs/white-papers/index_pt.htm.

¹³⁸⁹ Cf., de novo, SILVA, João Nuno Calvão da, *Mercado e Estado*, p. 255.

¹³⁹⁰ Sobre o papel crucial do Acto Único Europeu para a liberalização e europeização dos serviços de interesse económico geral, BAUBY, Pierre, “From Rome to Lisbon: SGIs in Primary Law”, in: E.

livre circulação das mercadorias, das pessoas, dos serviços e dos capitais¹³⁹¹. Já aí, com efeito, a Comissão Europeia apontava para a necessidade de definição de uma nova estratégia que fosse coerente não apenas com o objectivo de criação de um mercado interno enquanto tal, como ainda também com a prossecução dos objectivos subsequentes de expansão e de flexibilização do mercado. Estratégia que não deveria, portanto, contentar-se apenas com uma remoção das barreiras técnicas ao comércio, mais do que isso deveria aspirar a oferecer um contributo para um aumento da eficiência e da competitividade empresariais¹³⁹². Neste âmbito, os sectores da energia, transportes, água e comunicações foram identificados pela Comissão como *sectores-chave* da economia europeia¹³⁹³, fazendo-se fé na liberalização dos mercados públicos nos domínios dos serviços públicos em toda a Comunidade como factor vital para o futuro da economia comunitária¹³⁹⁴.

“A realização progressiva deste programa do grande mercado único europeu acabou, pois, por vir a ter como resultado uma radical reestruturação das relações entre o Estado e o mercado”¹³⁹⁵. O desmantelamento dos monopólios económicos estaduais e a abertura à iniciativa privada ou o reforço da sua presença em sectores fundamentais da economia resultou tanto da acção directa de legislação comunitária a isso especificamente dirigida, como das consequências tiradas pelas instituições comunitárias, *maxime* pela Comissão Europeia e pelo Tribunal de Justiça, do princípio de uma economia de mercado aberto e de livre concorrência plasmado pelo Tratado de Maastricht de 1992 no Tratado que institui a Comunidade Europeia¹³⁹⁶. Ao entenderem e fazerem prevalecer a tese de que posições estaduais directas ou indirectas em sectores do mercado ou em empresas instaladas no mercado poderiam contender com aquele

Szysczak *et. al.*, *Developments in Services of General Interest*, The Hague, T.M.C. Asser Press, 2011, p. 24 e ss.

¹³⁹¹ Resolução da AR n.º 32/86, *in: DR, I Série*, n.º 296, de 26-12-1986, p. 3818 e ss.

¹³⁹² *Completing the Internal Market*, COM (85) 310, 62.

¹³⁹³ *Completing the Internal Market*, COM (85) 310, 86.

¹³⁹⁴ *Completing the Internal Market*, COM (85) 310, 87., que preconizava ainda o levantamento das fronteiras no âmbito dos serviços tradicionais, designadamente, da banca, dos seguros e dos transportes (100.), e a liberalização dos serviços financeiros, dada a necessidade de assegurar a livre circulação dos produtos financeiros (101).

Referindo-se neste contexto às iniciativas da Comissão como “ofensivas neoliberais de Bruxelas”, SILVA, João Nuno Calvão da, *Mercado e Estado*, p. 257 e s.

¹³⁹⁵ FERREIRA, Paz / MORAIS, Silva, “A regulação sectorial da economia”, p. 17.

¹³⁹⁶ Nesta direcção, FERREIRA, Paz / MORAIS, Silva, “A regulação sectorial da economia”, p. 18 e ss., MARQUES, Maria Manuel Leitão, *Um Curso de Direito da Concorrência*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, p. 69 e ss., e SILVA, Miguel Moura e, *Direito da Concorrência. Uma Introdução Jurisprudencial*, Coimbra, Almedina, 2008, p. 29.

princípio e com os demais direitos e liberdades consagrados nos Tratados, como a livre circulação de capitais e o direito de estabelecimento, as instituições comunitárias acabaram assim por empurrar os Estados para fora de amplas áreas do mercado¹³⁹⁷.

§ 21. O MOVIMENTO REGULATÓRIO E A ASCENSÃO DO MODELO DAS ENTIDADES REGULADORAS

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

É hoje consensual que os fenómenos de alargamento da área de intervenção e de estreitamento da malha normativa da *regulação* constituíram como que o reverso da medalha dos movimentos económicos de privatização e de liberalização do economia¹³⁹⁸. Assim sucedeu, porque com a liberalização e com a retirada do Estado do mercado e a entrega aos privados da exploração dos serviços públicos, houve a necessidade de regular todo um sem-número de aspectos indispensáveis ao seu correcto e eficiente funcionamento e à tutela das posições jurídicas das pessoas que neles interagem¹³⁹⁹. De modo que “a privatização e a liberalização dos sectores económicos

¹³⁹⁷ Na visão de NIZZO, Carlo, *National Public Administrations and European Integration*, <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/nispacee/unpan007286.pdf>, 1999, p. 3 e s., foi graças à jurisprudência do Tribunal de Justiça que a regulação dos serviços públicos nacionais conheceu um movimento de passagem de um regime de monopólio para um regime de liberdade empresarial e de concorrência.

O problema tem sido colocado, por exemplo, a propósito das acções do capital social de empresas privatizadas com direitos societários especiais que os Estados frequentemente reservam para si no âmbito dos processos de privatização, as famosas *golden-shares* – sobre a questão, detidamente, SILVA, João Nuno Calvão da, *Mercado e Estado*, p. 71 e ss., e SANTOS, António Carlos dos / GONÇALVES, M.^a Eduarda / MARQUES, M.^a Manuel Leitão, *Direito Económico*, p. 155 e ss.

¹³⁹⁸ Assim, logo WRIGHT, Vincent, “The administrative systems and market regulation...”, p. 1034 e ss., e depois, na doutrina nacional, por todos, MOREIRA, Vital, *Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*, p. 43 e ss., e CANOTILHO, Gomes, “O direito constitucional passa...”, p. 715 e ss., e na alemã VOßKUHLE, “«Concetti chiave» della riforma...”, p. 735 e ss., e FRANZIUS, Claudio, “Der «Gewährleistungsstaat» – ein neues Leitbild für den sich wandelnden Staat?”, *Der Staat*, 2003, p. 499.

¹³⁹⁹ São aqui paradigmáticas as seguintes considerações do legislador português vertidas no Preâmbulo do diploma que aprovou o Código do Mercado de Valores Mobiliários, o Decreto-Lei n.º 142-A/91, de 10/4:

reservados ao Estado foram em muitos casos acompanhadas de uma forte regulação pública das correspondentes actividades”¹⁴⁰⁰. Regulação provida tanto da parte do Estado propriamente dito, como das autoridades administrativas independentes que houve necessidade de criar para regular e supervisionar os sectores económicos entretanto privatizados ou liberalizados¹⁴⁰¹. Todo um processo, pois, que, na fórmula de Anthony Giddens, mostrou que “*after privatisation comes publicisation*”¹⁴⁰².

Atento o contexto em que surge esta nova vocação regulatória do Estado, a regulação de que aqui se trata, pese embora a pluralidade de significados que o conceito conhece¹⁴⁰³, é aquela que tem por objecto actividades no campo económico às quais é estranha uma participação directa do Estado. Constitui portanto uma “categoria conceptual que identifica uma *intervenção estadual externa (hetero-regulação)* na esfera da economia, do mercado e, em geral, das actividades privadas desenvolvidas em contexto concorrencial”¹⁴⁰⁴. Por definição, o esquema de regulação é aquele que, a partir de fora, visa incidir sobre o mercado, condicionando o desenvolvimento dos processos económicos em ordem à promoção do seu funcionamento equilibrado e

“É evidente que este processo de desestatização e liberalização, com todos os benefícios que dele resultam, designadamente em termos de profissionalização, desburocratização e dinamização do mercado de valores mobiliários, não poderia ter lugar sem que os interesses públicos em jogo fossem simultaneamente acautelados, quer através de um quadro legal e regulamentar naturalmente mais desenvolvido, quer através de um sistema adequado de supervisão e fiscalização das actividades que nesse mercado se exercem. (...) *Privatizar ou liberalizar não significa necessariamente desregular; muito pelo contrário*, quando, em áreas de manifesto interesse geral da comunidade, como o mercado de capitais, a iniciativa privada se substitui ao Estado ou a acção dos agentes económicos deixa de ficar dependente de prévia autorização administrativa *é natural (e, as mais das vezes, como aqui sucede, imperativo) que a regulamentação se adense*, como única forma de que nesse caso se dispõe para assegurar os interesses gerais referidos”.

¹⁴⁰⁰ MOREIRA, Vital, *Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*, p. 43.

¹⁴⁰¹ Segundo WRIGHT, Vincent, “The administrative systems and market regulation...”, p. 1035, as novas agências reguladoras que no Reino Unido foram criadas nos sectores das comunicações, do gás e da água começaram logo por interferir na vida das empresas sob sua alçada em medida muito superior àquela do que alguma vez os ministérios da tutela se atreveram.

¹⁴⁰² GIDDENS, Anthony, “The progressive agenda”, in: *Progressive Futures: New Ideas for the Centre-Left*, London, Policy Network, 2003, www.policy-network.net/publications, p. 11.

¹⁴⁰³ MOREIRA, Vital, *Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*, p. 34 e ss., e FERREIRA, Paz / MORAIS, Silva, “A regulação sectorial da economia”, p. 21 e ss.

¹⁴⁰⁴ GONÇALVES, Pedro, “Direito administrativo da regulação”, p. 540. Substancialmente neste sentido, ainda MOREIRA, Vital, *Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*, p. 34 e ss., FERREIRA, Paz / MORAIS, Silva, “A regulação sectorial da economia”, p. 21 e ss., e FERREIRA, Paz, “Em torno da regulação económica...”, p. 33, que por isso sublinha que “a regulação está associada a um determinado modelo económico que é necessariamente o da economia de mercado”. E na linha desta última ideia, SANCHES, Saldanha, “A regulação: história breve de um conceito”, p. 17.

eficiente e à protecção de interesses públicos e particulares que sem essa tutela regulatória poderiam resultar comprometidos¹⁴⁰⁵.

Dada esta sua lata amplitude, a regulação, considerada em sentido amplo, compreende assim, na classificação de Paz Ferreira, tanto um regime regulatório, como um processo regulatório¹⁴⁰⁶, categorias que englobam “o estabelecimento de regras para um determinado sector de actividade (“regulação normativa”), a respectiva implementação ou aplicação, a vigilância ou fiscalização do acatamento delas pelos destinatários, bem como a punição dos infractores (“regulação administrativa”)¹⁴⁰⁷. Nesta linha, o *regime regulatório* corresponde a uma categoria de regulação em sentido estrito, traduzida na emanção de normas, legais e regulamentares, dirigidas à definição dos princípios e das regras de actuação cuja observância será devida pelos agentes económicos que intervenham no sector de actividade em apreço. E é logo *nesta dimensão que o direito contra-ordenacional adquire expressão no âmbito do direito regulatório*, designadamente, quando a violação dessas normas seja qualificada como contra-ordenação. O *processo regulatório* é, por seu turno, formado pelas actividades, via de regra levadas a cabo por uma autoridade administrativa independente, de controlo prévio à admissão no sector do tráfico, de vigilância, de fiscalização e de sancionamento dos factos ilícitos detectados, correspondendo, em suma, à actividade de *supervisão*¹⁴⁰⁸.

2. A implantação deste modelo coenvolveu a criação de novas entidades administrativas, normalmente sob a forma de *autoridades administrativas independentes* (v. g., CMVM, ANACOM, ERSE, etc.)¹⁴⁰⁹, a quem foram atribuídas

¹⁴⁰⁵ Seguimos aqui sobretudo MOREIRA, Vital, *Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*, p. 34 e ss.

¹⁴⁰⁶ FERREIRA, Paz, “Em torno da regulação económica...”, p. 33.

¹⁴⁰⁷ GONÇALVES, Pedro, *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, p. 169; e já substancialmente assim, MOREIRA, Vital, *Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*, p. 36 e s.

¹⁴⁰⁸ Confrontando o processo administrativo de fiscalização e o processo sancionatório, afirmam DIAS, Augusto Silva / RAMOS, Vânia Costa, *O Direito à Não Auto-Inculpação (Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare) no Processo Penal e Contra-Ordenacional Português*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 46 e s., que “na ordem jurídica portuguesa, a solução da articulação de ambos os tipos de processo forma o paradigma dominante”.

¹⁴⁰⁹ Como esclarece FERREIRA, Paz, “Em torno da regulação económica...”, p. 45 e ss., nem todas as entes administrativos a quem entre nós são confiados poderes de supervisão sectorial configuram, todavia, aquilo que correntemente se designa por *autoridade administrativa independente*, entendida, *grosso modo*, como entidade que não se encontra por directa dependência do Governo e não está assim sujeita a interferências governamentais no exercício da sua actividade – no essencial desta direcção, MOREIRA, Vital, *Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*, p. 51 e ss., e GONÇALVES, Pedro, “Direito administrativo da regulação”, p. 548 e ss.

funções tanto na esfera do regime regulatório, como do processo regulatório, nelas assim confluindo simultaneamente manifestações típicas dos três poderes tradicionais do Estado.

Na medida em que podem congrega uma *função “legislativa”* de produção de normas através de regulamentos, uma *função executiva* no âmbito do controlo e vigilância a que submetem os agentes económicos sob supervisão e ainda uma *função para-judicial* em sede de processamento contra-ordenacional, há mesmo “quem proponha a sua qualificação *sui generis* de quarto poder público”¹⁴¹⁰. Uma natureza *sui generis* que se deve, no fundo, ao facto de estes novos entes administrativos corresponderem a uma tradição estranha à da experiência administrativa da Europa continental, sendo fruto do modelo norte-americano das agências reguladoras. Não gera, por isso, perplexidade que no início e até à introdução em 1997 de uma credencial constitucional no art. 267.º-3 da CRP hajam sido suscitadas dúvidas quanto à legitimidade constitucional destas autoridades¹⁴¹¹.

Na realidade, tal como os processos de liberalização e de privatização tiveram como fonte mais próxima a dinâmica da integração europeia, também esta tendência para a criação de autoridades administrativas independentes, em boa verdade uma decorrência natural daqueles processos, de igual modo resultou essencialmente da influência mais ou menos explícita das instituições comunitárias¹⁴¹². Isso mesmo foi expressamente admitido pela Comissão Europeia, para quem a criação de autoridades reguladoras independentes constituiu mesmo uma *exigência* da legislação comunitária aplicável às indústrias de rede, “para garantir a prestação de serviços de interesse geral, criar condições para uma concorrência leal, prevenir perturbações no serviço ou no aprovisionamento e garantir níveis adequados de protecção do consumidor”¹⁴¹³.

Isso o que se não confunde com o problema de saber se, apesar da denominação, as autoridades independentes são, *de facto*, independentes, como CALVETE, Victor, “Entidades administrativas independentes”, p. 91 e ss. e *passim*, deixa bem patente, num notável exercício crítico que o leva a concluir que “difícilmente as nossas entidades administrativas independentes com intervenção no domínio económico se podem considerar um exemplo de independência ou transparência” (p. 97 e s.).

¹⁴¹⁰ FERREIRA, Paz / MORAIS, Silva, “A regulação sectorial da economia”, p. 31.

¹⁴¹¹ SILVA, Paula Costa e, “As autoridades independentes”, p. 546 e s.

¹⁴¹² MORAIS, Carlos Blanco de, “As autoridades administrativas independentes na ordem jurídica portuguesa”, *ROA*, 2001, p. 116 e s., GONÇALVES, Pedro, “Direito administrativo da regulação”, p. 550 e s., SILVA, João Nuno Calvão da, *Mercado e Estado*, p. 134 e ss., FERREIRA, Paz, “Em torno da regulação económica...”, p. 37, e SANTOS, António Carlos dos / GONÇALVES, M.ª Eduarda / MARQUES, M.ª Manuel Leitão, *Direito Económico*, p. 119 e ss.

¹⁴¹³ *Livro Verde sobre Serviços de Interesse Geral*, 34.

O modelo induzido pela Comunidade Europeia não foi, porém, um de tipo europeu, mas antes, claramente, o de uma “*American-style regulation*”¹⁴¹⁴ formada por agências reguladoras independentes¹⁴¹⁵, que, como é sabido, concentram tradicionalmente em si aqueles três poderes de criação de normas, de controlo e vigilância e de sancionamento. Por isso que pôde Vital Moreira concluir que, em geral, as autoridades administrativas independentes que por cá e por outros países europeus se criaram “não passam de réplicas das comissões reguladoras independentes dos Estados Unidos”¹⁴¹⁶.

3. Não é difícil intuir o relevo para o direito de mera ordenação social resultante da adopção entre nós deste modelo regulatório assente em autoridades administrativas independentes desenhadas de acordo com as linhas-mestras da experiência das agências de regulação norte-americanas. Pretendendo-se – ou mesmo devendo-se, nas situações em que a própria legislação comunitária impôs ou induziu esquemas regulatórios baseados em entidades reguladoras independentes¹⁴¹⁷ – reservar à autoridade administrativa reguladora a parte de leão do poder sancionatório dirigido às violações das normas legais e regulamentares do seu sector, percebe-se que a escolha da via contra-ordenacional para garantir tal tutela sancionatória se tenha apresentado ao legislador português quase como uma inevitabilidade. E é também assim que se compreende que a predisposição natural para o acolhimento de um modelo sancionatório eminentemente contra-ordenacional próprio do domínio regulatório tenha de algum modo contribuído para uma expansão do direito de mera ordenação social também naquelas áreas que vieram a receber uma modelação normativa de feições regulatórias não obstante, de início, não revelarem uma especial apetência para tal.

Vem sucedendo, com efeito, uma expansão do domínio regulatório a áreas que nos primeiros anos da sua implantação entre nós se poderiam julgar imunes à sua

¹⁴¹⁴ CATARINO, Luís, *Regulação e Supervisão dos Mercados de Instrumentos Financeiros*, p. 202.

¹⁴¹⁵ MOREIRA, Vital / MAÇAS, Fernanda, *Autoridades Reguladoras Independentes. Estudo e Projecto de Lei-Quadro*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 17 e ss., CATARINO, Luís, *Regulação e Supervisão dos Mercados de Instrumentos Financeiros*, p. 202 e ss., FERREIRA, Paz / MORAIS, Silva, “A regulação sectorial da economia”, p. 26 e ss., SILVA, João Nuno Calvão da, *Mercado e Estado*, p. 134 e ss., e ainda, quanto ao caso específico da CMVM e sua inspiração na *Securities and Exchange Commission (SEC)* norte-americana, CÂMARA, Paulo, “Regulação e valores mobiliários”, p. 134 e s.

¹⁴¹⁶ MOREIRA, Vital, *Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*, p. 50.

¹⁴¹⁷ Detalhadamente, SILVA, João Nuno Calvão da, *Mercado e Estado*, p. 135 e s., nota 348, CÂMARA, Paulo, “Regulação e valores mobiliários”, p. 134 e ss., e FERREIRA, Paz, “Em torno da regulação económica...”, p. 38, este último concluindo pela existência de “uma injunção comunitária no sentido da criação pelos Estados membros de entidades reguladoras independentes”.

influência. Se numa fase inicial o fenómeno da regulação esteve fundamentalmente ligado ao movimento de desestadualização dos serviços de interesse económico geral¹⁴¹⁸ e das respectivas infra-estruturas de rede e de liberalização dos sectores da banca, dos valores mobiliários e dos seguros¹⁴¹⁹⁻¹⁴²⁰, na última década conheceu um alastramento a novos domínios que emprestou à realidade regulatória portuguesa “um carácter pioneiro em termos europeus”¹⁴²¹. Foi o caso, desde logo, do sector da saúde, em que, fruto da empresarialização hospitalar e da crescente abertura à iniciativa privada através de parcerias público-privadas no âmbito do SNS, o Estado optou pela criação da Entidade Reguladora do Sistema de Saúde (ERS)¹⁴²², para regulação, supervisão e acompanhamento da actividade dos estabelecimentos de cuidados de saúde¹⁴²³. Como foi ainda depois o caso da Entidade Reguladora para a Comunicação Social (ERC)¹⁴²⁴, já consideravelmente distante da pura esfera de regulação económica que começou por animar o nosso movimento regulatório e tida mesmo como “muito mais do que uma

¹⁴¹⁸ Para uma definição do conceito de serviços de interesse geral e de conceitos conexos, cf. *Comunicação da Comissão: Um Enquadramento de Qualidade para os Serviços de Interesse Geral na Europa*, COM (2011) 900, de 20-12-2011, p. 3 e s.; e na doutrina nacional, CANOTILHO, Gomes / MOREIRA, Vital, *CRP*, I, p. 1019 e ss., SILVA, João Nuno Calvão da, *Mercado e Estado*, p. 255 e ss., e SILVA, Suzana Tavares da, *O Sector Eléctrico*, p. 21 e ss.

As expressões *serviços de interesse geral* e suas subdimensões *serviços de interesse económico geral* e *serviços sociais de interesse geral* são de criação comunitária, visando introduzir uma terminologia comum entre os Estados-Membros para denominar de modo uniforme realidades objecto de designações variadas nos diversos países da União, como *public services*, *public utilities*, *service public*, *öffentliche Dienstleistungen*, *Daseinsvorsorge*, etc. – assim, BAUBY, Pierre, “From Rome to Lisbon: SGIs in Primary Law”, p. 20 e ss., com uma excelente síntese de toda a evolução do direito comunitário nesta matéria.

¹⁴¹⁹ PEREIRA, José Nunes, “Regulação e supervisão dos mercados de valores mobiliários e das empresas de investimentos: alguns problemas actuais”, *Separata do Boletim de Ciências Económicas*, 1997, p. 14 e ss., MOREIRA, Vital, *Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*, p. 49 e s., e FERREIRA, Paz, “Em torno da regulação económica...”, p. 38 e ss.

¹⁴²⁰ A concentração inicial do domínio regulatório nos sectores referida em texto é confirmada pela lista das entidades reguladoras então existentes em Portugal enunciadas nos Estatutos da Autoridade da Concorrência aprovados pelo Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18/1 (art. 6.º-4): a) Banco de Portugal (BP); b) Instituto de Seguros de Portugal (ISP); c) Comissão do Mercado de Valores Mobiliários (CMVM); d) Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos (ERSE); e) ICP - Autoridade Nacional de Comunicações (ICP-ANACOM); f) Instituto Regulador das Águas e Resíduos (IRAR, que, entretanto, com o Decreto-Lei n.º 207/2006, deu lugar à ERSAR – Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos); g) Instituto Nacional do Transporte Ferroviário (INTF – posteriormente integrado no Instituto da Mobilidade e Transportes, por determinação do Decreto-Lei n.º 126-C/2011); h) Instituto Nacional de Aviação Civil (INAC); e i) Instituto dos Mercados de Obras Públicas e Particulares e do Imobiliário (IMOPPI – agora INCI – Instituto da Construção e do Imobiliário).

Sobre este conjunto de entidades, tidas como “uma nebulosa que integra realidades muito distintas”, FERREIRA, Paz, “Em torno da regulação económica...”, p. 45 e ss.

¹⁴²¹ FERREIRA, Paz, “Em torno da regulação económica...”, p. 41.

¹⁴²² Decreto-Lei n.º 309/2003, de 10/12, revogado e substituído pelo Decreto-Lei n.º 127/2009, de 27/5.

¹⁴²³ FERREIRA, Paz, “Em torno da regulação económica...”, p. 40 e s.

¹⁴²⁴ Lei n.º 53/2005, de 8/11.

mera entidade reguladora de sectores económicos”¹⁴²⁵, mostrando-se “predominantemente vocacionada para a defesa dos direitos e liberdades fundamentais”¹⁴²⁶.

O espírito regulatório não se manifestou, porém, apenas num alargamento do número de entidades reguladoras no sentido próprio do termo, isto é, de autênticas autoridades administrativas independentes. Mais do que isso, parece ter contagiado os termos em que foram moldadas entidades administrativas integradas na administração directa do Estado ou ainda na dependência do Governo, que embora herdeiras de antigos institutos e inspecções-gerais detentores de poderes de fiscalização e de sancionamento contra-ordenacional passaram frequentemente a ser designadas como autoridades (v. g., a ASAE – Autoridade de Segurança Alimentar e Económica¹⁴²⁷; a ACT – Autoridade para as Condições do Trabalho¹⁴²⁸; ou o INFARMED – Autoridade Nacional do Medicamento e Produtos de Saúde¹⁴²⁹), numa espécie de mimetismo das verdadeiras entidades reguladoras. Esse contágio fez-se sentir ainda no próprio *modus operandi* adoptado por algumas dessas novas autoridades, com destaque para a ASAE, que nos seus primeiros tempos de existência foram imbuídas de uma fúria fiscalizadora que rapidamente atraiu os holofotes dos *media*, quando não mesmo chamaram as televisões para acompanharem ao vivo as suas acções inspectivas¹⁴³⁰, e as tornou conhecidas de todos. Um tipo de comportamento paradigmático da primeira das várias fases que a ciência económica norte-americana identificou no ciclo de vida das agências reguladoras¹⁴³¹, uma fase de juventude dominada pela lógica do interesse público e

¹⁴²⁵ ROQUE, Miguel Prata, “Os poderes sancionatórios da ERC – Entidade Reguladora para a Comunicação Social”, in: Maria Fernanda Palma *et. al.* (coord.), *Direito Sancionatório das Autoridades Reguladoras*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 388.

¹⁴²⁶ Ac. do TC n.º 613/2008.

¹⁴²⁷ Criada pelo Decreto-Lei n.º 237/2005, de 30/12, e agora regulada pelo Decreto-Lei n.º 194/2012, de 23/8.

¹⁴²⁸ Instituída pelo Decreto-Lei n.º 211/2006, de 27/10.

¹⁴²⁹ Antes designado como Instituto Nacional da Farmácia e do Medicamento, com o Decreto-Lei n.º 269/2007, de 26/7, o INFARMED passou a denominar-se *Autoridade Nacional do Medicamento e Produtos de Saúde*.

¹⁴³⁰ Foi o caso do famoso raide inspectivo da ASAE aos restaurantes chineses, em 2006, que culminou no encerramento de uma larga parte deles, por determinação directa da ASAE ou pela fuga de clientes após o choque mediático causado pela divulgação da chamada “Operação Oriente”.

¹⁴³¹ A teoria do ciclo de vida das autoridades reguladoras, *maxime* da sua captura pelos regulados encontra-se rodeada de enorme controvérsia e contestação, não tivesse ela estado ela durante décadas bem no centro da discussão económica em torno da regulação (WRIGHT, Vincent, “The administrative systems and market regulation...”, p. 1040) e constituído um dos esteios teóricos do discurso neoliberal em prol da diminuição drástica das interferências do Estado na economia, atentos os apontados efeitos nocivos da regulação sobre a eficiência do funcionamento dos mercados (fundamental, STIGLER, George J., “The theory of economic regulation”, *The Bell Journal of Economics and Management Science*, 1971, p. 3 e

caracterizada por uma vontade de mostrar serviço e assim pelo vigor no confronto com os supervisionados, à qual se segue um processo de envelhecimento que culmina na captura do regulador pelos regulados¹⁴³².

Esta assimilação da filosofia reguladora por entidades administrativas que carecem da autonomia perante o Governo caracterizadora das autoridades administrativas independentes vai, no fundo, ao encontro da concepção ampla de regulação que vem fazendo curso entre nós na própria doutrina da regulação, favorável ao acolhimento no seu seio da chamada regulação social, dirigida à protecção dos trabalhadores, dos consumidores ou do ambiente¹⁴³³. Conferida esta larga latitude à regulação, deixa ela de ficar circunscrita aos domínios para os quais foram instituídas autoridades administrativas independentes e com isso, no plano doutrinal, passam a poder inscrever-se no espaço da regulação as actividades de vigilância e sancionamento confiadas a entidades administrativas que vivem ainda na órbita do Governo e às quais faltam poderes de autónoma produção normativa. Com isso, torna-se ainda também possível englobar no domínio regulatório uma área como a da concorrência¹⁴³⁴, frequentemente contraposta à da regulação¹⁴³⁵.

Sendo o domínio regulatório encarado sob este amplo perfil acaba ele por admitir uma segmentação como aquela que é proposta por Pedro Gonçalves, que distingue entre uma regulação do tipo sectorial e uma regulação do tipo transversal¹⁴³⁶.

ss., que enuncia como sua tese central a ideia de que, “em regra, a regulação é capturada pelas empresas e é definida e posta em prática fundamentalmente para seu benefício”). Nesta perspectiva liberal, a regulação é vista como a “negação da mão invisível” (SANCHES, Saldanha, “A regulação: história breve de um conceito”, p. 5) e deve por isso ser combatida.

¹⁴³² WILSON, Graham, “Social regulation and explanations of regulatory failure”, p. 204.

¹⁴³³ Assim, MOREIRA, Vital, *Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*, p. 39, CANOTILHO, Gomes, “O direito constitucional passa...”, p. 719, SILVA, João Nuno Calvão da, *Mercado e Estado*, p. 100 e ss., e GONÇALVES, Pedro Costa, “Estado de garantia e mercado”, *RFDUP*, 2010, pp. 116 e s. e 120 e s. Mesmo autores que se opõem ao uso da expressão “regulação social” – como FERREIRA, Paz / MORAIS, Silva, “A regulação sectorial da economia”, p. 23 e s., e CALVETE, Victor, “Entidades administrativas independentes”, p. 75, nota 36 – parecem, na verdade, concordar com a ideia de que os domínios como aqueles referidos em texto que correntemente são levados à conta desse conceito devem ser englobados no espaço regulatório, pois é justamente a ideia de que a chamada regulação económica também deve integrar dimensões de protecção do ambiente, dos consumidores, etc., que os leva a contestar a necessidade de atribuir autonomia à denominada regulação social.

¹⁴³⁴ Cf., v. g., GONÇALVES, Pedro, “Direito administrativo da regulação”, p. 540 e ss., SÄCKER, Franz Jürgen, “Das Regulierungsrecht...”, pp. 188 e s. e 220, e infra, § 22.3.

¹⁴³⁵ É que, como esclarece FERREIRA, Paz, “Em torno da regulação económica...”, p. 48, “enquanto com a defesa da concorrência se procura apenas o funcionamento do mercado nas melhores condições possíveis, com a regulação visa-se quer assegurar a criação de mercados, quer garantir objectivos que não resultariam apenas do funcionamento do mercado em condições de total liberdade, quer até substituir o mercado, criando uma espécie de «mercado virtual»”.

¹⁴³⁶ GONÇALVES, Pedro, “Direito administrativo da regulação”, p. 539 e ss.

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

Essas esferas são dotadas de corpos legislativos próprios que agregam normas dos vários ramos do ordenamento jurídico, por vezes dando lugar, na expressão de Frederico Costa Pinto, a verdadeiras codificações sectoriais¹⁴³⁷.

Além disso, é nelas desenvolvida pela autoridade reguladora uma actividade de supervisão virtualmente permanente sobre os agentes económicos do sector¹⁴³⁸, sendo por isso um tipo de regulação que “apresenta uma tendência de «carácter dirigista», de condução da acção dos actores privados em certo sentido”¹⁴³⁹. Um tal acompanhamento implica uma relação de carácter duradouro entre supervisor e supervisionado, no âmbito da qual são incontornáveis, sob pena de inviabilidade da própria supervisão, constantes deveres de colaboração e de informação a cargo do particular, não raro sob a cominação de coima¹⁴⁴⁰. Tanto assim que, de acordo com o nosso Tribunal Constitucional, “a obrigação de prestar informações e entregar documentos à entidade reguladora surge como uma condição de eficácia da efectiva salvaguarda da necessidade de regulação, supervisão e fiscalização da actividade económica, num domínio em que a colaboração dos agentes económicos se torna fundamental para o exercício de tais funções de excepcional relevância pública”¹⁴⁴¹.

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

¹⁴³⁷ PINTO, Frederico Costa, “As codificações sectoriais...”, p. 95 e ss.

¹⁴³⁸ Nesta direcção, no âmbito da regulação do mercado de valores mobiliários, CÂMARA, Paulo, “Regulação e valores mobiliários”, p. 155.

¹⁴³⁹ GONÇALVES, Pedro, “Direito administrativo da regulação”, p. 541.

¹⁴⁴⁰ Cf. *infra*, § 35.5.

¹⁴⁴¹ Ac. do TC n.º 78/2013 – foi precisamente em função das razões enunciadas em texto que o Tribunal considerou legítima a atribuição de relevância contra-ordenacional à violação do dever de colaboração no caso imposto a uma empresa supervisionada pela ANACOM.

regulador, em tese, acompanhar praticamente em tempo real a dinâmica de actuação empresarial do supervisionado, na regulação transversal o acompanhamento regulatório via de regra ocorre *ex post*, já após haver notícia de uma possível infracção, como tipicamente sucede nos domínios laboral, da protecção do consumidor ou da concorrência¹⁴⁴².

§ 22. O ESTADO GARANTIDOR

Todo este largo conjunto de transformações sociais e económicas que varreram o mundo ocidental nas últimas três décadas teria de levar, como levou, a profundas e diversificadas reflexões da mais variada ordem acerca dos paradigmas contemporâneos da estadualidade e da socialidade. Sem a sua correcta percepção não será possível, julgamos nós, caracterizar adequadamente a actual função do direito de mera ordenação social e a sua contraposição ao direito penal. Como começámos por adiantar, ainda não há muito Gomes Canotilho fazia eco da busca desesperada por novos modelos de compreensão dos novos tipos de estatalidade em que por todo o lado se assistia¹⁴⁴³. Já nessa altura, porém, germinavam ideias que, pela sua consistência e capacidade de rendimento, acabaram entretanto por se impor, nomeadamente, no âmbito da doutrina do direito público alemão e em data mais recente, por directa influência desta, também em parte da nossa ciência juspublicista. Trata-se de uma corrente que no pensamento alemão começou a ganhar corpo a partir dos últimos anos do século passado e converge num modelo (*Leitbild*¹⁴⁴⁴) de Estado como *Estado Garantidor* (*Gewährleistungsstaat*), no qual nos revemos e que, no fundo, corresponde à concepção de Estado integrado no *modelo social europeu* impulsionado pela União Europeia. Entre nós, esta nova visão do Estado de Garantia foi lançada por Pedro Gonçalves¹⁴⁴⁵ e vem sendo acolhida e

¹⁴⁴² GONÇALVES, Pedro, “Direito administrativo da regulação”, p. 541 e s.

¹⁴⁴³ CANOTILHO, Gomes, “O direito constitucional passa...”, p. 708.

¹⁴⁴⁴ Cf. SCHOCH, Friedrich, “Gewährleistungsverwaltung”, p. 241.

¹⁴⁴⁵ GONÇALVES, Pedro, *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, pp. 158 e ss. e 1101 e ss., “Direito administrativo da regulação”, *passim*, e “Estado de garantia e mercado”, *passim*.

trabalhada também por Vieira de Andrade¹⁴⁴⁶, Suzana Tavares da Silva¹⁴⁴⁷ e ainda, embora com reservas não despidiendas, por Gomes Canotilho¹⁴⁴⁸.

§ 22.1 A Terceira Via

1. O modelo do Estado Garantidor tem as suas raízes naquele que foi o movimento intelectual, mas também assumidamente político, que na década de 1990 maior projecção granjeou na reacção à ideologia neoliberal que esteve por trás do programa de desestadualização, a Terceira Via (*The Third Way*)¹⁴⁴⁹, impulsionada fundamentalmente pelo sociólogo britânico Anthony Giddens¹⁴⁵⁰. Como este próprio acabou por reconhecer, a Terceira Via surgiu sobretudo como uma ideologia reactiva ao pensamento neoliberal¹⁴⁵¹, mas, tendo sido embora assim, o certo é que logrou emergir e, ao menos durante alguns anos, impor-se como corrente doutrinária com maior acolhimento na tentativa de densificação de um novo princípio de socialidade no novo horizonte de compreensão da economia liberal de mercado que progressiva e inexoravelmente tomou conta do espaço europeu.

Muito conotada, em larga medida também por vontade sua¹⁴⁵², com as forças políticas de centro-esquerda que no fim dos anos de 1990 dominavam quase por completo o espectro político europeu – com particular relevo para o New Labour de Tony Blair, que fez dela o seu manifesto ideológico, sendo também notória, no nosso caso, a sua influência sobre o Governo do Partido Socialista de António Guterres – a Terceira Via foi objecto de uma oposição e até de uma animosidade que em muito transcendeu o plano teórico, vendo-se atacada na esfera mediática por sectores políticos tanto do lado da esquerda estatista tradicional, como do lado da direita

¹⁴⁴⁶ ANDRADE, Vieira de, *Lições de Direito Administrativo*, p. 22 e ss.

¹⁴⁴⁷ SILVA, Suzana Tavares da, *O Sector Eléctrico*, pp. 3 e ss. e 68 e ss., e *Direitos Fundamentais na Arena Global*, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2011, 99 e ss.

¹⁴⁴⁸ CANOTILHO, Gomes, *Direito Constitucional*, p. 351 e ss., “O direito constitucional passa...”, p. 708 e ss., “O Estado Garantidor. Claros – escuros de um conceito”, in: Avelãs Nunes / Jacinto Coutinho (coord.), *O Direito e o Futuro – o Futuro do Direito*, Coimbra, Almedina, 2008, p. 571 e ss., e “O princípio democrático sobre a pressão dos novos esquemas regulatórios”, p. 99 e ss.

¹⁴⁴⁹ A associação entre a Terceira Via e o conceito de Estado Garantidor é também identificada por FRANZIUS, Claudio, “Der «Gewährleistungsstaat» – ein neues Leitbild...”, p. 493, e CANOTILHO, Gomes, “O Estado Garantidor”, p. 572.

¹⁴⁵⁰ GIDDENS, Anthony, *The Third Way: The Renewal of Social Democracy*, cit., 1998.

¹⁴⁵¹ GIDDENS, Anthony, “The progressive agenda”, p. 9: “a Terceira Via foi desenvolvida acima de tudo como uma crítica à direita neoliberal”.

¹⁴⁵² Basta atentar no título e no subtítulo da obra colectiva, de 2003, coordenada por Anthony Giddens, para o perceber: *The Progressive Manifesto: New Ideas for the Centre-Left*.

neoliberal¹⁴⁵³. A queda e substituição da generalidade dos governos europeus de centro-esquerda por outros de direita ou de centro-direita ditou o declínio da Terceira Via enquanto tal, como programa destinado a oferecer um novo enquadramento dogmático para o papel do Estado nas sociedades contemporâneas. A um ponto de hoje não faltarem *requiems* dedicados à Terceira Via¹⁴⁵⁴. Como quer que seja, é aí, na Terceira Via de Anthony Giddens, que se divisam já algumas das principais linhas de força do modelo de Estado Garantidor que faz agora o seu curso¹⁴⁵⁵, não só, aliás, na doutrina, como também, inclusivamente, no plano político, como se vê pelo seu acolhimento no programa eleitoral com que o Partido Social Democrata se apresentou, em 2011, às nossas eleições legislativas¹⁴⁵⁶.

Na realidade, proposições que se tornaram conceitos-chave do Estado Garantidor são já reconhecíveis nas teorizações da Terceira Via. A partilha de responsabilidade entre sector público e sector privado¹⁴⁵⁷, o Estado como Estado da sociedade civil¹⁴⁵⁸ e activador das forças privadas¹⁴⁵⁹, a neutralidade em relação a uma preferência pela entrega das actividades económicas de interesse público à iniciativa privada ou ao Estado¹⁴⁶⁰, a diluição das fronteiras entre as esferas das actividades pública e privada¹⁴⁶¹, a necessidade de integrar uma nova categoria de auto-regulação

¹⁴⁵³ GIDDENS, Anthony, *The Third Way and Its Critics*, Cambridge, Polity Press, 2000, p. 7 e ss.

¹⁴⁵⁴ V. g., RYNER, Magnus, “An Obituary for the Third Way: The Financial Crisis and Social Democracy in Europe”, *The Political Quarterly*, vol. 81, n.º 4, 2010, p. 554 e ss.

¹⁴⁵⁵ Uma relação essa, a do pensamento da Terceira Via com a da concepção alemã do *Gewährleistungsstaat*, que, acrescente-se, foi de duplo sentido. A participação activa de Gunnar Folke Schuppert, uma das figuras proeminentes da corrente alemã, nos debates sobre a Terceira Via promovidos por Anthony Giddens, levou mesmo a que este tivesse transitado de uma perspectiva do Estado como *Enabling State* para uma de Estado como *Ensuring State* – cf. GIDDENS, Anthony, “The progressive agenda”, p. 18 e ss., e SCHUPPERT, Folke, “The Ensuring State”, in: *Progressive Futures: New Ideas for the Centre-Left*, London, Policy Network, 2003, www.policy-network.net/publications, p. 71 e ss.

¹⁴⁵⁶ *Recuperar a Credibilidade e Desenvolver Portugal. Programa Eleitoral do Partido Social Democrata às Eleições Legislativas de 2011*, http://www.psd.pt/archive/doc/programa_eleitoral_psd_2011_0.pdf, p. 32: “O PSD pretende realizar progressivamente o Estado de Garantia, assegurando que os objectivos sociais definidos são efectivamente alcançados. A realização deste Estado de Garantia permite que, por exemplo, nos sectores sociais da saúde e da educação, a par dos prestadores públicos, a oferta nacional seja também composta por prestadores de outra natureza, nomeadamente do sector não lucrativo (IPSS e Misericórdias), a qual, no entanto, *deve ser sujeita a regulação independente* que garanta a separação da actividade de financiamento da de prestação dos serviços”.

¹⁴⁵⁷ SCHUPPERT, Folke, “The Ensuring State”, p. 73 e s., GONÇALVES, Pedro, *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, p. 139 e ss., e SCHOCH, Friedrich, “Gewährleistungsverwaltung”, p. 244.

¹⁴⁵⁸ FRANZIUS, Claudio, “Der «Gewährleistungsstaat» – ein neues Leitbild...”, p. 493.

¹⁴⁵⁹ SCHOCH, Friedrich, “Gewährleistungsverwaltung”, p. 242.

¹⁴⁶⁰ FRANZIUS, Claudio, “Der Gewährleistungsstaat”, *Verwaltungsarchiv*, 2008, p. 352, e CANOTILHO, Gomes / MOREIRA, Vital, *4CRP*, I, p. 972 e s.

¹⁴⁶¹ SCHUPPERT, Folke, “The Ensuring State”, p. 92 e s.

regulada entre a regulação legal e a auto-regulação tradicionais¹⁴⁶², a recusa tanto da polaridade do Estado mínimo do pensamento neoliberal como da do Estado máximo da ideologia da esquerda tradicional¹⁴⁶³, o fomento da eficiência e da competitividade do mercado, a protecção dos valores ambientais e de valores sociais imbricados nos direitos dos trabalhadores e dos consumidores¹⁴⁶⁴, *etc.*, são proposições que inspiram e conformam o modelo do Estado de Garantia e que encontramos igualmente no pensamento da Terceira Via¹⁴⁶⁵.

2. A Terceira Via foi concebida por Anthony Giddens como um sistema destinado a contrastar e rivalizar ponto por ponto com a agenda neoliberal da nova direita e com a mundivisão da velha esquerda¹⁴⁶⁶, sem pretender todavia instituir-se como uma espécie de *via per mezzo*¹⁴⁶⁷. Adoptando uma atitude descomplexada, mas também não demasiadamente comprometida em relação à iniciativa privada, preconizou uma reforma do Estado dirigida a torná-lo mais ágil e eficaz, de modo a dar resposta às necessidades de maior transparência e diversidade reclamadas pela sociedade, sempre com uma preocupação de sustentabilidade do investimento público, baseado na disciplina fiscal e determinado pela aspiração de melhoria das condições de competitividade económica. O Estado é assim, antes de mais, projectado como *Enabling State*, que assume como missão ajudar as pessoas a ajudarem-se a si próprias¹⁴⁶⁸ e é portanto basicamente concebido como uma organização facilitadora, visando o *empowerment* dos cidadãos e proporcionando-lhes recursos que lhes permitam desenvolver as suas próprias vidas, em vez de os instruir quanto ao que fazer e como fazer¹⁴⁶⁹. Estas orientações são acompanhadas de um apelo a um novo contrato de cidadania¹⁴⁷⁰ fundado nos princípios de que não há direitos sem responsabilidades e

¹⁴⁶² VOßKUHLE, Andreas, “«Concetti chiave...»”, p. 745 e ss.

¹⁴⁶³ FRANZIUS, Claudio, *Gewährleistung im Recht: Grundlagen eines europäischen Regelungsmodells öffentlicher Dienstleistungen*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2009, p. 636.

¹⁴⁶⁴ SCHUPPERT, Folke, “The Ensuring State”, p. 73 e s., GONÇALVES, Pedro, “Estado de Garantia e mercado”, p. 116 e ss., e ANDRADE, Vieira de, “Os direitos dos consumidores como direitos fundamentais...”, p. 142 e ss.

¹⁴⁶⁵ Cf. GIDDENS, Anthony, “After the left’s paralysis”, *New Statesman*, vol. 127, n.º 4383, 1998, p. 18 e ss., *The Third Way: The Renewal of Social Democracy*, e “The progressive agenda”, p. 3 e ss., e KAY, John, “The embedded market”, in: *Progressive Futures: New Ideas for the Centre-Left*, London, Policy Network, 2003, www.policy-network.net/publications, p. 47 e ss.

¹⁴⁶⁶ GIDDENS, Anthony, “After the left’s paralysis”, p. 18 e s.

¹⁴⁶⁷ GIDDENS, Anthony, “The progressive agenda”, p. 4.

¹⁴⁶⁸ GIDDENS, Anthony, “The progressive agenda”, p. 6.

¹⁴⁶⁹ GIDDENS, Anthony, “The progressive agenda”, p. 18 e s.

¹⁴⁷⁰ GIDDENS, Anthony, “The progressive agenda”, p. 6.

de que a autoridade deve ser exercida no quadro da democracia: “*no rights without responsibilities, no authority without democracy*”¹⁴⁷¹.

Movendo-se do *providing* para o *enabling*, o Estado abre espaço à iniciativa privada e segue a linha de que não há razão para que o desenvolvimento de determinada actividade económica deva *a priori* ficar reservada para o Estado ou para os privados. Repudiando as reacções de hostilidade em relação aos movimentos de privatização, para Anthony Giddens a atitude certa deveria ser a de que “não temos de tomar posição sobre saber se o Estado é em geral superior ao mercado ou vice-versa”¹⁴⁷², importando, isso sim, qual dos dois, num determinado contexto, está em melhores condições para alcançar o interesse público. O que, em derradeira instância, interessa então é o resultado, e não o processo ou os meios usados para o obter, donde a eficiência e a eficácia são os critérios a considerar na opção entre serviço público e serviço privado¹⁴⁷³, ficando aberta a porta a soluções compósitas de actuação conjunta e coordenada de ambos os sectores. Nesta *new mixed economy*, como Giddens a designa, o caminho a seguir deve ser pois o das “sinergias entre os sectores público e privado, utilizando o dinamismo dos mercados, mas tendo o interesse público em mente”¹⁴⁷⁴.

Deste ambiente resulta um esbatimento dos limites entre o que é a actividade do Estado e o que é a actividade dos privados¹⁴⁷⁵, bem como uma recusa de fazer incidir apenas sobre o Estado o desígnio da prossecução do bem comum. Além do Estado, também os privados, quando agem no mercado, devem incorporar uma preocupação de satisfação dos interesses comunitários. Não devendo haver direitos sem responsabilidades, é socialmente legítimo esperar dos agentes económicos, *maxime* das empresas, que assumam a sua parte da responsabilidade que a todos deve tocar de promover o bem comum. Assim, mais do que de uma divisão de responsabilidades, o que aqui avulta é uma *partilha de responsabilidades* entre o público e o privado¹⁴⁷⁶.

Significa isto que os agentes económicos têm a obrigação de adoptar códigos de conduta penetrados por uma filosofia de responsabilidade social¹⁴⁷⁷. O cumprimento de tal dever não pode, todavia, ser simplesmente cometido à auto-regulação privada, pois,

¹⁴⁷¹ GIDDENS, Anthony, *The Third Way: The Renewal of Social Democracy*, p. 65 e s.

¹⁴⁷² GIDDENS, Anthony, “The progressive agenda”, p. 13.

¹⁴⁷³ KAY, John, “The embedded market”, p. 52 e s.

¹⁴⁷⁴ GIDDENS, Anthony, *The Third Way: The Renewal of Social Democracy*, p. 100.

¹⁴⁷⁵ KAY, John, “The embedded market”, p. 50 e ss.

¹⁴⁷⁶ GIDDENS, Anthony, “The progressive agenda”, p. 23.

¹⁴⁷⁷ GIDDENS, Anthony, “The progressive agenda”, p. 14 e ss.

na expressão acutilante de John Kay, “sem elementos de regulação externa, a auto-regulação rapidamente degenera numa autocongratulação”¹⁴⁷⁸. Sucede, porém, que se o Estado pretende enveredar por um caminho de responsabilidades partilhadas e de actuações concertadas com o sector privado também não pode, por outro lado, confiar apenas nos mecanismos tradicionais de hetero-regulação, compostos por prescrições que proíbem ou impõem certos comportamentos sob ameaça de sanções. Se o ambiente ideal para fazer frutificar a acção conjunta de Estado e particulares é o da relativa informalidade que em geral caracteriza as relações entre os agentes económicos privados, base determinante para o desenvolvimento da economia de mercado, o desafio decisivo está em encontrar um plano onde tal tipo de relacionamento possa efectivamente ter lugar sem que todavia fique aberta a porta à corrupção e à arbitrariedade. A resposta estará num funcionamento equilibrado e de complementaridade entre a auto- e a hetero-regulação, que do mesmo passo abra caminho à chamada *auto-regulação regulada*, um modelo que joga os seus trunfos na confiança de que os agentes económicos efectivamente interiorizem como válidas as regras que conformam a sua actividade e por sua própria iniciativa segreguem e excluam das suas relações comerciais de mercado aqueles agentes que dão mostras de um comportamento desalinhado de um padrão socialmente responsável¹⁴⁷⁹.

Está isto longe, porém, de querer significar que na perspectiva da Terceira Via o recuo do Estado tenha ou sequer deva redundar em um Estado mínimo¹⁴⁸⁰. Bem pelo contrário, para Anthony Giddens subsiste sempre um irreduzível dimensão de hetero-regulação, se necessário de matriz sancionatória, na relação entre o Estado e o mercado. E tal sucede justamente porque o Estado é quem tem ao seu dispor um poder sancionatório sobre os agentes económicos conferido pela ordem jurídica¹⁴⁸¹. Giddens contesta o dogma neoliberal de que o Estado e a sua intervenção regulatória constituem inimigos da liberdade e contrapõe que a liberdade individual depende de recursos colectivos e por isso um bom governo é condição essencial para o seu desenvolvimento e expansão. O poder regulatório apresenta-se, por isso, como indispensável para garantir tanto a liberdade, como a prosperidade, devendo assim inevitavelmente assumir como missão a protecção de um vasto e diversificado conjunto de interesses. Contam-se aí

¹⁴⁷⁸ KAY, John, “The embedded market”, p. 68.

¹⁴⁷⁹ KAY, John, “The embedded market”, p. 66 e ss.

¹⁴⁸⁰ GIDDENS, Anthony, “The progressive agenda”, p. 12.

¹⁴⁸¹ GIDDENS, Anthony, “After the left’s paralysis”, p. 20.

interesses especificamente económicos, ligados à necessidade de assegurar que os mercados funcionem efectivamente em condições de livre concorrência, prevenindo e reprimindo através da regulação a formação de monopólios, criando e mantendo as bases institucionais de funcionamento dos mercados¹⁴⁸² e fazendo deles um campo de actuação nivelado que garanta oportunidades iguais de sucesso a todos os agentes económicos, o chamado *level playing field*¹⁴⁸³. Mas contam-se aí ainda também interesses sociais como a salvaguarda da segurança dos produtos alimentares, a protecção do ambiente ou a tutela da saúde e da posição contratual dos trabalhadores¹⁴⁸⁴.

§ 22.2 A emergência do modelo do Estado Garantidor como nova paradigma da estadualidade

1. É o cerne de todo este património de ideias que dão corpo ao pensamento da Terceira Via que, no fim de contas, vemos ser assumido pela dogmática juspublicista alemã no modelo de Estado Garantidor por si actualmente preconizado como *novo paradigma* da estadualidade¹⁴⁸⁵. Uma comunhão de ideias que é transcendida pela corrente alemã ao introduzir no tratamento do problema uma discursividade jurídica penetrada por um conceito fundamental, o *conceito de garantia*.

Com a ideia de garantia, o Estado deixa de ser visto apenas como um mero Estado facilitador, o denominado *Enabling State*, e passa a ser encarado também como um Estado garantidor¹⁴⁸⁶, que não lava as suas mãos a partir do momento em que investe os privados no exercício das actividades que até aí reservava para si, abandonando-as à sua sorte. O dever estadual de garantia¹⁴⁸⁷, de raiz constitucional¹⁴⁸⁸, implicado no modelo de Estado Garantidor significa, bem pelo contrário, que o Estado continua comprometido com as metas de interesse público ainda quando passem a ser os privados aqueles que, em primeira linha, ficam incumbidos da sua prossecução. É esta

¹⁴⁸² GIDDENS, Anthony, *After the left's paralysis*, p. 19 e s., e "The progressive agenda", p. 12 e s.

¹⁴⁸³ KAY, John, "The embedded market", p. 51

¹⁴⁸⁴ GIDDENS, Anthony, *After the left's paralysis*, p. 19 e s.

¹⁴⁸⁵ Referindo-se aqui a uma verdadeira mudança de paradigma, CANOTILHO, Gomes, "O direito constitucional passa...", p. 718, e ANDRADE, Vieira de, *Lições de Direito Administrativo*, p. 22, e *Os Direitos Fundamentais*, p. 66.

¹⁴⁸⁶ SCHUPPERT, Folke, "The Ensuring State", p. 75.

¹⁴⁸⁷ FRANZIUS, Claudio, "Der «Gewährleistungsstaat» – ein neues Leitbild...", p. 499, e GONÇALVES, Pedro, *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, p. 158 e ss.

¹⁴⁸⁸ GONÇALVES, Pedro, *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, p. 159, e infra, §§ 28. a 32.

discursividade jurídica¹⁴⁸⁹ que se mostrava largamente arredada da teorização da Terceira Via e é introduzida pela dogmática alemã na discussão do problema que impulsiona o salto qualitativo dado pela doutrina do Estado Garantidor. Como bem intui Gomes Canotilho, nesta “o problema não é o de reiterar, de forma saturada e improdutivo, o slogan de mais ou menos Estado, mas o de *legitimar* novas formas e uma nova qualidade da actividade do Estado”¹⁴⁹⁰.

O paradigma do Estado Garantidor irrompe, antes de mais, como fruto da constatação das profundas transformações da realidade social e económica que supra delineámos a traço grosso. O seu horizonte de compreensão é pois o do recuo do Estado e o da aquisição de um novo protagonismo pelos privados. Uma nova realidade que é dada como adquirida e é tomada como objecto para o qual é necessário encontrar um novo enquadramento dogmático.

O modelo parte da ideia de que ao abrir mão de um significativo conjunto de actividades económicas que, fruto do espírito da *Daseinsvorsorge*, havia reservado para si, o Estado passou a atribuir aos privados responsabilidades sociais que até aí lhes eram substancialmente estranhas. Agora, o particular “assume ou é convocado a assumir um novo papel de *actor* que partilha com o Estado a missão de realizar o interesse público”¹⁴⁹¹. O conceito de *partilha de responsabilidades* adquire assim um significado fundamental para toda a construção¹⁴⁹², dele irradiando consequências várias para as relações entre o Estado e a sociedade e para o papel que cada um deve desempenhar no domínio económico-social.

Neste contexto, mais do que revigorado, sai reforçado o propósito de garantir e promover a autonomia do sector privado. O desmantelamento do aparelho empresarial estadual ficou substancialmente a dever-se ao pensamento de que, na comparação com o sistema de actuação concorrencial dos privados em economia de mercado, estes levavam em geral a melhor nos índices de eficiência e eficácia económica, tal como em matéria de inovação e inventividade de produtos e serviços e dos seus modelos de produção e de distribuição. Pretendendo-se que a produção e o fornecimento dos bens e

¹⁴⁸⁹ A necessidade de integrar o modelo do Estado Garantidor na rede normativa do ordenamento jurídico é sublinhada por SCHOCH, Friedrich, “Gewährleistungsverwaltung”, p. 242 e s., e CANOTILHO, Gomes, “O Estado Garantidor”, p. 572 e s.

¹⁴⁹⁰ CANOTILHO, Gomes, “O Estado Garantidor”, p. 574 (it. nosso).

¹⁴⁹¹ GONÇALVES, Pedro, *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, p. 150 e s.

¹⁴⁹² SCHUPPERT, Folke, “The Ensuring State”, p. 73 e s., GONÇALVES, Pedro, *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, p. 139 e ss., e SCHOCH, Friedrich, “Gewährleistungsverwaltung”, p. 244.

serviços essenciais para a vida comunitária passasse a beneficiar dessa dinâmica criadora de valor e de inovação característica do funcionamento da economia de mercado em regime de concorrência, compreende-se que os valores da autonomia privada e da livre concorrência hajam visto reforçada a sua importância e sido erigidos a interesses fundamentais da realidade socio-económica contemporânea.

Como estabelece a nossa Constituição, constitui incumbência prioritária do Estado no âmbito económico e social “assegurar o funcionamento eficiente dos mercados, de modo a garantir a equilibrada concorrência entre as empresas, a contrariar as formas de organização monopolistas e a reprimir os abusos de posição dominante e outras práticas lesivas do interesse geral” (art. 81.º, f))¹⁴⁹³. A amálgama de missões em que no art. 81.º da nossa Lei Fundamental se vê integrada (mais) esta missão prioritária poderia levar a relativizar a sua relevância. Quando, porém, é ela alinhada com os textos que, na realidade, verdadeiramente formam a nossa constituição económica¹⁴⁹⁴, o Tratado da União Europeia e o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia¹⁴⁹⁵, logo se percebe que tal incumbência avulta actualmente como uma missão maior, senão mesmo a maior, que ao Estado é cometida no plano económico.

Mais, é nítida a convergência entre o modelo do Estado de Garantia e as políticas económicas e sociais da União dirigidas à criação e desenvolvimento do chamado *modelo social europeu*, detectável através dos tratados e demais legislação comunitária e bem espelhada em documentos síntese da lavra da Comissão Europeia, como o *Livro Verde sobre Serviços de Interesses Geral*. Nele vê-se reiterada a “profissão de fé” de que “geralmente o mercado garante uma afectação óptima dos recursos em benefício de toda a sociedade”¹⁴⁹⁶, sem deixar de se reconhecer que, todavia, nem sempre o mercado dá uma resposta socialmente satisfatória às necessidades básicas das populações. Entende a Comissão Europeia que foi essa a razão pela qual “incumbiu sempre às autoridades públicas garantir a satisfação de tais necessidades colectivas e qualitativas essenciais e a salvaguarda dos serviços de interesse geral sempre que as forças do mercado não o podem fazer”¹⁴⁹⁷. Só que, com o

¹⁴⁹³ Sobre a protecção constitucional da concorrência, MARQUES, M.^a Manuel Leitão, *Um Curso de Direito da Concorrência*, p. 44 e ss.

¹⁴⁹⁴ NABAIS, Casalta J., “O estatuto constitucional dos consumidores”, *RLJ*, 138.º ano, 2009, n.º 3954, p. 144, esp. nota 22.

¹⁴⁹⁵ Cf. SANTOS, António Carlos dos / GONÇALVES, M.^a Eduarda / MARQUES, M.^a Manuel Leitão, *Direito Económico*, p. 81 e ss.

¹⁴⁹⁶ *Livro Verde sobre Serviços de Interesse Geral*, 22.

¹⁴⁹⁷ *Livro Verde sobre Serviços de Interesse Geral*, 22.

tempo, mudou a forma como os Estados cumprem as suas obrigações para com os cidadãos e actualmente as autoridades públicas “tendem a confiar a prestação de tais serviços a empresas públicas ou privadas ou a parcerias públicas-privadas, limitando-se a definir objectivos públicos, a acompanhar e a regulamentar e, se necessário, a financiar a prestação de tais serviços”¹⁴⁹⁸. Uma tendência que, todavia, sublinha a Comissão, integrando no seu pensamento a ideia central do paradigma do Estado de Garantia, “não significa que as autoridades públicas renunciaram à sua responsabilidade de garantir o cumprimento dos objectivos de interesse geral. Através de instrumentos regulamentares adequados, as autoridades públicas deveriam estar aptas a configurar as políticas nacionais, regionais e locais na área dos serviços de interesse geral e a garantir a sua aplicação”¹⁴⁹⁹.

2. Ao Estado Garantidor cumpre, destarte, assegurar um equilíbrio, por definição difícil e complexo, entre as necessidades de não tolher a iniciativa privada a um ponto que possa comprometer a sua competitividade e a sua dinâmica inovadora¹⁵⁰⁰ e de criar e manter as condições para que exista um efectiva economia de mercado e de garantir que esta se desenvolva em regime de concorrência e em função do interesse público¹⁵⁰¹. Por isso se caracteriza o Estado como Estado activador das forças privadas¹⁵⁰² e – numa caracterização que, todavia, sentimos dificuldade em acompanhar, conhecido que é o Estado que *de facto* temos – diz-se até que é um Estado mais subtil e inteligente¹⁵⁰³, dado que não procura fazer tudo sozinho e proscreeve modelos únicos de intervenção na economia, preferindo antes adaptar as suas formas de abordagem às especificidades de cada sector a que se dirige¹⁵⁰⁴. Na concretização exemplificadora de Friedrich Schoch, aquilo que pode fazer sentido no sector das telecomunicações pode já não o fazer em matéria de distribuição de água às populações. De maneira que, em sede de serviços de interesse geral, o ponto está não em “saber *se* o Estado deve ou não prestar aqueles

¹⁴⁹⁸ *Livro Verde sobre Serviços de Interesse Geral*, 23.

¹⁴⁹⁹ *Livro Verde sobre Serviços de Interesse Geral*, 24.

¹⁵⁰⁰ GONÇALVES, Pedro, “Estado de Garantia e mercado”, p. 114 e s.

¹⁵⁰¹ Cf. SÄCKER, Franz Jürgen, “Das Regulierungsrecht...”, p. 188 e s., SCHOCH, Friedrich, “Gewährleistungsverwaltung”, p. 241 e s., SILVA, Suzana Tavares da, *O Sector Eléctrico*, p. 16 e ss., e MAUNZ / DÜRIG / MÖSTL, *GG*, Art. 87f, n.º m. 73.

¹⁵⁰² SCHOCH, Friedrich, “Gewährleistungsverwaltung”, p. 242, e SILVA, Suzana Tavares da, *Direitos Fundamentais na Arena Global*, p. 113.

¹⁵⁰³ FRANZIUS, Claudio, “Der Gewährleistungstaat”, p. 351, e ANDRADE, Vieira de, *Os Direitos Fundamentais*, p. 66.

¹⁵⁰⁴ SCHOCH, Friedrich, “Gewährleistungsverwaltung”, p. 242.

serviços, mas antes na construção do modelo *mais eficiente, sustentável e socialmente justo* de garantia da efectiva prestação desses serviços à população”¹⁵⁰⁵.

O cultivo do princípio da responsabilidade partilhada pela prossecução do bem comum abre ainda espaço a *novas formas de colaboração entre o Estado e os privados*, aliás frequentemente acompanhadas de uma transferência para o sector público das formas de organização e dos métodos de trabalho do sector privado, num movimento fomentado sobretudo pela corrente do *New Public Management*. Assim, a concertação de forças entre o Estado e a iniciativa privada passa a ser vista como uma dimensão fundamental do novo paradigma da estadualidade¹⁵⁰⁶.

Sob a filosofia de que a realização do interesse público sairá frequentemente a ganhar com uma conjugação de esforços públicos e privados, são criados e modelados os mais variados tipos de *parcerias público-privadas*, alcandoradas a protótipo da *governance* contemporânea¹⁵⁰⁷. Daí não resulta, naturalmente, o apagamento de outras formas mais musculadas e mais directas de intervenção da administração do Estado na sociedade e na economia¹⁵⁰⁸, mas tal acaba inevitavelmente por levar a colocar em primeiro plano manifestações de normatividade em que há um notório esbatimento do *ius imperium* do Estado¹⁵⁰⁹. É o caso, designadamente, da ascensão da *auto-regulação regulada (regulierte Selbstregulierung)*¹⁵¹⁰ a expressão normativa por excelência do novo quadro jurídico global onde se movem as relações entre o Estado e os particulares¹⁵¹¹, como consequência natural dos esquemas de acção concertada que entre eles passam a ter lugar e da concomitante diluição das fronteiras entre as actuações pública e privada. E não se pense que é esta uma tendência que fica à porta dos domínios sancionatórios do direito contra-ordenacional ou até mesmo do direito penal.

¹⁵⁰⁵ SILVA, Suzana Tavares da, *O Sector Eléctrico*, p. 3. Em termos próximos, CANOTILHO, Gomes / MOREIRA, Vital, ⁴*CRP*, I, p. 1019 e s.

¹⁵⁰⁶ SCHUPPERT, Folke, “The Ensuring State”, p. 77, e GONÇALVES, Pedro, “Estado de Garantia e mercado”, p. 98 e s.

¹⁵⁰⁷ SCHUPPERT, Folke, “The Ensuring State”, p. 81 e s., e “Governance – a legal perspective”, in: D. Jansens (org.), *New Forms of Governance in Research Organizations*, Dordrecht, Springer, 2007, p. 49 e s., e SÄCKER, Franz Jürgen, “Das Regulierungsrecht...”, p. 187; e numa linha próxima, GONÇALVES, Pedro, “Estado de Garantia e mercado”, p. 126 e ss., considerando que a colaboração público-privada constitui “um meio de configurar e de implementar a própria ideia de Estado de Garantia”.

¹⁵⁰⁸ SCHOCH, Friedrich, “Gewährleistungsverwaltung”, p. 243.

¹⁵⁰⁹ Como salienta ANDRADE, Vieira de, *Lições de Direito Administrativo*, p. 23, “o Estado é, em cada vez menos sectores, o Estado tradicional de *autoridade*”.

¹⁵¹⁰ Sobre este conceito, arredo a caracterizações rígidas e no qual se abrigam diversificadas formas de regulação, desenvolvidamente, VOßKUHLE, Andreas, “«Concetti chiave»...”, p. 745 e ss., e GONÇALVES, Pedro, *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, p. 170 e ss.

¹⁵¹¹ Assim, claramente, SCHUPPERT, Folke, “The Ensuring State”, p. 86 e s., e “Governance – a legal perspective”, p. 42 e ss.

Bem pelo contrário, o clamor por uma efectiva assumpção de responsabilidades sociais pelos privados fundada no *topos* da responsabilidade partilhada na demanda do interesse público e a conseqüente aproximação dos actores públicos e privados vem franqueando o caminho a um cada vez maior protagonismo dos programas de auto-regulação regulada na atribuição da responsabilidade penal e contra-ordenacional, *maxime* em sede de responsabilidade das pessoas colectivas. Isso o que leva a que o apuramento da responsabilidade passe a centrar-se na verificação do cumprimento de regras de *compliance* destinadas a instituir procedimentos empresariais imbuídos do espírito do *good corporate citizen* dirigidos à prevenção da prática de crimes e de contra-ordenações no curso da actividade empresarial¹⁵¹².

Sendo este o quadro dentro do qual vive e se nutre de conteúdo o pensamento do Estado Garantidor, o modelo só fica completo e ganha um espaço próprio, designadamente, por exemplo, no confronto com o movimento da Terceira Via, quando nele é integrada a ideia que é a sua pedra-de-toque, a do *conceito de garantia*. Representa ela o comprometimento indeclinável do Estado para com o interesse público, entendido no sentido amplo de interesse colectivo e de interesse individual socialmente relevante, ainda quando as actividades dirigidas à sua realização passem a ser confiadas ao sector privado¹⁵¹³. Trata-se, para o Estado, de uma autêntica obrigação, à qual ele está portanto juridicamente vinculado e que por isso tem o significado de uma responsabilidade pública de garantia¹⁵¹⁴. Ou seja, o Estado recua, mas não sai de cena. Daí que, perante a *obrigação de resultado* imanente à responsabilidade de garantia¹⁵¹⁵, se tenha tornado num lugar comum dizer que o emagrecimento do Estado não implicou

¹⁵¹² Paradigmático, ENGELHART, Marc, *Sanktionierung von Unternehmen und Compliance: eine rechtsvergleichende Analyse des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts in Deutschland und den USA*, 2.^a ed., Berlin, Duncker & Humblot, 2012, p. 601 e ss.

¹⁵¹³ SCHUPPERT, Folke, “The Ensuring State”, p. 75, SCHOCH, Friedrich, “Gewährleistungsverwaltung”, p. 241 e *passim*, CANOTILHO, Gomes, “O direito constitucional passa...”, p. 717 e s., e ANDRADE, Vieira de, *Lições de Direito Administrativo*, p. 20 e ss.

CANOTILHO, Gomes, “O Estado Garantidor”, p. 574, não deixa, porém, de exprimir o seu cepticismo em relação à ideia central do modelo do Estado de Garantia, parecendo não ver nela mais do que uma operação de charme e nela divisando uma das várias ambigüidades que a construção encerra: “A terceira ambigüidade é esta: «garantir» e «activar» é uma operação de charme destinada a sugerir que, por um lado, o «Estado-garantidor» é um «Estado social» e, por outro lado, que ainda é uma tarefa pública social garantir a capacidade de prestação das empresas fornecedoras de serviços de interesse geral. E o charme desta operação é tanto maior quando se insinua tratar-se de uma «fórmula garantidora» de uma situação de *win-win* entre Estado e sujeitos privados”.

¹⁵¹⁴ GONÇALVES, Pedro, *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, p. 166, e “Direito administrativo da regulação”, p. 536 e s., e SCHOCH, Friedrich, “Gewährleistungsverwaltung”, p. 243 e ss.

¹⁵¹⁵ No sentido de que a responsabilidade pública de garantia coenvolve uma obrigação de resultado, SCHOCH, Friedrich, “Gewährleistungsverwaltung”, p. 245, FRANZIUS, Claudio, “Der Gewährleistungstaat”, p. 355, e GONÇALVES, Pedro, “Estado de Garantia e mercado”, p. 104.

um regresso ao *laissez-faire* e que de modo algum pode o novo paradigma da estadualidade ser conotado com o ideário do Estado mínimo¹⁵¹⁶. Na verdade, diversamente do Estado liberal de oitocentos, o Estado contemporâneo está longe de poder ser qualificado como um Estado abstencionista que não interfere na economia senão praticamente só para traçar e assegurar os quadros institucionais da actividade económica¹⁵¹⁷. Bem pelo contrário, não raro é ele hoje visto e, frequentemente com razão, criticado pela sua intromissão tantas vezes sufocante e exasperante na vida quotidiana dos cidadãos e das empresas.

A responsabilidade pública de garantia não esgota, porém, as formas típicas de responsabilidade estadual. A par dela é inequívoca a existência de uma *responsabilidade pública de execução* ali onde continue – e em certos casos não pode mesmo deixar de continuar – a competir ao Estado levar a cabo por si próprio as actividades de (ou com relevo para o) interesse público¹⁵¹⁸; tal como se admite, embora com dúvidas quanto à sua autonomia em relação à responsabilidade de garantia¹⁵¹⁹, uma *responsabilidade estadual de reserva*, traduzida no dever do Estado de se manter em prevenção e preparado para actuar no lugar dos privados no caso de o desempenho destes não cumprir as exigências de qualidade que o interesse público reclama¹⁵²⁰. A responsabilidade estadual transcende, assim, e em larga medida, a responsabilidade de garantia. E todavia, continua a fazer sentido conceber o Estado contemporâneo sob um novo paradigma de Estado *de Garantia*. É que de entre as várias dimensões da responsabilidade estadual é a de garantia aquela que, no seu confronto com o Estado, avulta para os particulares no contexto das suas actividades em prossecução de interesses privados e/ou públicos e assim também no das relações entre privados.

¹⁵¹⁶ SCHOCH, Friedrich, “Gewährleistungsverwaltung”, p. 247, FRANZIUS, Claudio, “Der Gewährleistungstaat”, p. 355, SILVA, Suzana Tavares da, *O Sector Eléctrico*, p. 3 e s., e GONÇALVES, Pedro, “Estado de Garantia e mercado”, p. 102.

¹⁵¹⁷ MOREIRA, Vital, *Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*, p. 23, e GONÇALVES, Pedro, “Direito administrativo da regulação”, p. 535 e s.

¹⁵¹⁸ SCHUPPERT, Folke, “The Ensuring State”, p. 75 e s., GONÇALVES, Pedro, *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, p. 165 e ss., e SCHOCH, Friedrich, “Gewährleistungsverwaltung”, p. 244.

¹⁵¹⁹ GONÇALVES, Pedro, “Direito administrativo da regulação”, p. 535.

¹⁵²⁰ Cf. SCHUPPERT, Folke, “The Ensuring State”, p. 75 e s., SCHOCH, Friedrich, “Gewährleistungsverwaltung”, p. 244. As intervenções estaduais nos mercados financeiros após o eclodir da grande crise financeira de 2008 constituem um exemplo da activação deste tipo de responsabilidade subsidiária (assim, GONÇALVES, Pedro, “Estado de Garantia e mercado”, p. 104 e s.).

§ 22.3 As finalidades da responsabilidade pública de garantia

1. Sendo a materialização das actividades económicas confiada fundamentalmente aos privados, delas estando assim em regra arredadas acções estaduais de feições executivas, o dever público de garantia manifesta-se então *prima facie* na definição de estruturas jurídicas de enquadramento e de regulação, não raro minuciosa, dos diversos sectores do tráfico económico e das actividades neles desenvolvidas. Por isso se entende, com razão, que *a responsabilidade estadual de garantia se cumpre essencialmente através do direito regulatório*; que, por outras palavras, o direito da regulação é, por definição, o direito do Estado Garantidor¹⁵²¹. Um direito com uma amplitude tão lata e diversificada e com uma teia normativa tão apertada e tão volátil – abrangendo planos como o dos esquemas organizatórios dos privados, o dos seus processos produtivos e de funcionamento, o da segurança e qualidade dos bens e serviços comercializados no mercado, o dos preços e tarifas, o da acessibilidade dos serviços, o das relações entre empresas, o das relações laborais, o das relações com utentes e consumidores, o do equilíbrio ambiental, etc. – que dificilmente se deixa arrumar em quadros dogmáticos estáveis e completos e é por natureza propenso ao aparecimento de soluções normativas incoerentes, assistemáticas e desencontradas entre os inúmeros domínios que nele se integram.

Neste contexto, na definição de Friedrich Schoch, a regulação tem o significado de um qualquer deliberado influxo estadual nos processos sociais e económicos determinado por uma específica teleologia de ordenação que transcenda as particularidades de um caso concreto e encontre no direito tanto o seu meio de actuação fundamental como as fronteiras vinculativas da sua acção¹⁵²². Deste modo, como aliás foi logo antecipado por Anthony Giddens¹⁵²³, o direito regulador deve ser assumido não

¹⁵²¹ Nestes termos, FRANZIUS, Claudio, “Der «Gewährleistungsstaat» – ein neues Leitbild...”, p. 498 e ss., SCHUPPERT, Folke, “Governance – a legal perspective”, p. 44 e ss., SCHOCH, Friedrich, “Gewährleistungsverwaltung”, p. 245, e GONÇALVES, Pedro, *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, p. 169 e s., e “Direito administrativo da regulação”, p. 538.

¹⁵²² SCHOCH, Friedrich, “Gewährleistungsverwaltung”, p. 245.

¹⁵²³ Cf., de novo, GIDDENS, Anthony, “After the left’s paralysis”, p. 20: “*Individual freedom depends on collective resources and implies social justice. Government is not, as neoliberal say, the enemy of freedom; on the contrary, good government is essential for its development and expansion*”. Não seguramente por acaso, é esta mundividência – dita *progressista* no jargão político anglo-saxónico, em contraponto com a ideologia (neo)liberal – que vemos espelhada no programa político apresentado pelo Presidente dos EUA Barack Obama no seu discurso de abertura do seu segundo mandato, de Janeiro de 2013, em passagens como “*Together, we discovered that a free market only thrives when there are rules to ensure competition and fair play*”, “*preserving our individual freedoms ultimately requires collective*

apenas como um instrumento de limitação da liberdade, mas também como um instrumento de protecção e de viabilização da liberdade¹⁵²⁴. Por esta via – numa expressão que, como melhor se explicitará infra, de há muito faz curso no pensamento constitucional dos direitos fundamentais – o Estado passa a ser visto como um amigo e protector das liberdades fundamentais e não, como tradicionalmente ocorria, como uma para elas.

Ao ser incrustado no paradigma do Estado de Garantia, o direito regulatório adquire uma unidade de sentido que lhe não divisamos nos tratamentos doutrinários desenvolvidos sob a perspectiva do direito económico, de carácter mais descritivo que legitimador¹⁵²⁵. Com a sua integração no modelo do Estado Garantidor, a regulação adquire a teleologia da responsabilidade de garantia que a este é imanente e passa a ser vista como elemento-chave do programa garantidor, sendo como tal erigida a instrumento crucial de prossecução do interesse público. O mesmo é dizer, na linguagem corrente do direito sancionatório, a meio de tutela de bens jurídicos individuais e colectivos socialmente relevantes.

A compreensão do direito regulatório e das várias dimensões de que ele se compõe – incluindo naturalmente as de carácter sancionatório, onde, quase como que por definição, se conta o direito contra-ordenacional – implica assim necessariamente a sua interpenetração no modelo do Estado Garantidor, atendendo sobretudo aos *fins que nele conformam a responsabilidade pública de garantia*¹⁵²⁶. Aí encontramos algumas das coordenadas fundamentais que caracterizam a realidade social e económica actual e vemos que as obrigações de tutela inerentes à responsabilidade de garantia determinam regra geral a entrada em cena do direito contra-ordenacional. Sob esta perspectiva, torna-se claro que o direito das contra-ordenações é substancialmente mais do que um simples direito de *mera* ordenação social, não só não lhe sendo estranha uma função de protecção de interesses socialmente valiosos, como devendo até antes ser concebido como instrumento sancionatório imprescindível à tutela de valores individuais e colectivos fundamentais na vida económico-social contemporânea. Atenta a sua

action” ou “Now, more than ever, we must do these things together, as one nation and one people” (Inaugural Address by President Barack Obama, 21-01-2013, in: <http://www.whitehouse.gov/the-press-office/2013/01/21/inaugural-address-president-barack-obama>).

¹⁵²⁴ FRANZIUS, Claudio, “Der «Gewährleistungsstaat» – ein neues Leitbild...”, p. 515, e SCHOCH, Friedrich, “Gewährleistungsverwaltung”, p. 245.

¹⁵²⁵ Cf. CANOTILHO, Gomes, “O Estado Garantidor”, p. 574.

¹⁵²⁶ Fundamental, GONÇALVES, Pedro, “Estado de Garantia e mercado”, p. 105 e ss.

essencialidade, estão em causa, via de regra, valores com um indiscutível referente constitucional, frequentemente assumindo o estatuto de direitos fundamentais, o que não poderá deixar de repercutir-se na apreciação das relações e do critério de distinção entre o direito contra-ordenacional e o direito penal. Não será, assim, de estranhar a conexão estreita que alguma doutrina juspublicista procura estabelecer entre o modelo do Estado de Garantia e o pensamento constitucional dos direitos fundamentais¹⁵²⁷.

Sobrevém então aqui como tema de primordial importância a identificação e densificação dos fins do Estado de Garantia, que, dito com Pedro Gonçalves, correspondem fundamentalmente à “garantia do fornecimento de serviços essenciais; [à] garantia e protecção dos direitos dos utilizadores desses mesmos serviços; [à] garantia, protecção e promoção da concorrência; [e à] garantia de outros bens jurídicos”¹⁵²⁸. Para cumprimento de todos eles a ordem jurídica nacional lança mão do direito contra-ordenacional como meio privilegiado, e por vezes até exclusivo, da tutela sancionatória imprescindível à sua prossecução.

2. De entre as várias finalidades do Estado Garantidor associadas à responsabilidade estadual de garantia aquela que de imediato entra em cena é a que se prende com os *serviços de interesse geral*, sobretudo com a sua subdimensão dos *serviços de interesse económico geral*. E assim é porque foi fundamentalmente a partir do movimento privatizador das empresas públicas e liberalizador dos mercados fornecedores desses serviços que surgiu e floresceu o conceito de Estado de Garantia. Como resulta de tudo quanto neste contexto avançamos já, propósito basilar do Estado Garantidor é assegurar que, não obstante a retirada estadual dos respectivos mercados, os serviços essenciais ao normal desenrolar da vida quotidiana dos cidadãos e das empresas sejam uma realidade e sejam prestados em condições de qualidade, de segurança, de acessibilidade e de universalidade¹⁵²⁹. Seria, na verdade, impensável que nas sociedades coevas o Estado se desinteressasse e abandonasse por completo ao livre

¹⁵²⁷ Cf. FRANZIUS, Claudio, “Der «Gewährleistungsstaat» – ein neues Leitbild...”, p. 507 e ss., GONÇALVES, Pedro, *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, p. 160, SILVA, Suzana Tavares da, *Direitos Fundamentais na Arena Global*, p. 99 e ss.; e no mesmo sentido, a nossa posição adoptada infra, § 34.1.

¹⁵²⁸ GONÇALVES, Pedro, “Estado de Garantia e mercado”, p. 106.

¹⁵²⁹ Cf. CANOTILHO, Gomes / MOREIRA, Vital, ⁴CRP, I, p. 1019 e s., GONÇALVES, Pedro, “Estado de Garantia e mercado”, p. 106 e ss., SCHOCH, Friedrich, “Gewährleistungsverwaltung”, p. 245, LOBO, Carlos Baptista, *Sectores em Rede*, p. 163 e ss., e SANTOS, António Carlos dos / GONÇALVES, M.^a Eduarda / MARQUES, M.^a Manuel Leitão, ⁶Direito Económico, p. 341 e ss.

jogo das forças do mercado actividades económicas de produção, distribuição e fornecimento ao público de produtos e serviços tão básicos e absolutamente imprescindíveis ao pulsar quotidiano que se encontram a cargo do sector privado como a electricidade, o gás, as telecomunicações, as redes e os serviços de transportes, os serviços postais, a recolha e gestão de resíduos, a radiodifusão do sinal televisivo, *etc.*

O relevo destas actividades é pois um tal que justifica plenamente que as leis fundamentais que conformam o ordenamento jurídico nacional, designadamente, a Constituição da República e o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia prevejam injunções de variada ordem dirigidas ao(s) Estado(s) no sentido de fiscalizar o cumprimento das obrigações pelas empresas que prossigam actividades de interesse económico geral (art. 86.º-1 da CRP) e de zelar por que esses serviços funcionem com base em princípios e em condições, nomeadamente, económicas e financeiras, que lhes permitam cumprir as suas missões (art. 14.º do TFUE).

A previsão de uma responsabilidade pública de garantia inerente aos serviços de interesse económico geral no próprio *direito primário* da União é pois fruto do reconhecimento da importância transcendental destes serviços para toda a vida económica e social da contemporaneidade. Na análise lapidar da Comissão Europeia, “tais serviços são *essenciais para o dia-a-dia dos cidadãos e empresas e espelham o modelo de sociedade europeu*. Desempenham um importante papel no cimentar da coesão social, económica e territorial da UE e são *vitais para o desenvolvimento sustentável da União, traduzido em maiores níveis de emprego, inclusão social, crescimento económico e qualidade do ambiente*”¹⁵³⁰. Foi, por certo, por perfilharem este significado atribuído pela Comissão aos serviços de interesse geral, tanto de natureza económica como social, que os Estados-Membros foram paulatinamente integrando nos Tratados fundamentais da União disposições de ordem geral a eles respeitantes que têm legitimado e orientado um largo programa de políticas económico-sociais nesta matéria. Concretizadas e explicitadas através do direito derivado da União, tais políticas acabam inevitavelmente por ganhar corpo nas legislações dos ordenamentos nacionais, como é o caso do nosso.

¹⁵³⁰ *Comunicação da Comissão: Os Serviços de Interesse Geral, incluindo os Serviços Sociais de Interesse Geral: um Novo Compromisso Europeu*, COM (2007) 725, de 20-11-2007, p. 3 (it. nosso), englobando no conceito de serviços de interesse geral “um amplo leque de actividades, dos grandes sectores que operam redes, como a produção e distribuição de energia, as telecomunicações, os transportes, a radiodifusão e os serviços postais, à educação, abastecimento de água, gestão de resíduos, serviços de saúde e serviços sociais”.

Além do já referido art. 14.º do TFUE, os serviços de interesse económico geral são objecto do art. 36.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia¹⁵³¹ – “A União reconhece e respeita o acesso a serviços de interesse económico geral tal como previsto nas legislações e práticas nacionais, de acordo com os Tratados, a fim de promover a coesão social e territorial da União” – e de um protocolo constante do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia¹⁵³², o Protocolo n.º 26 relativo aos serviços de interesse geral, introduzido pelo Tratado de Lisboa¹⁵³³.

No art. 1.º deste Protocolo n.º 26 do TFUE, os Estados-Membros proclamaram como valores comuns da União no que respeita aos *serviços de interesse económico geral*, “um elevado nível de qualidade, de segurança e de acessibilidade de preços, a igualdade de tratamento e a promoção do acesso universal e dos direitos dos utilizadores”. Na perspectiva da Comissão Europeia, com este Protocolo é criado “um quadro coerente que irá guiar a intervenção da UE e servir de referência para todos os níveis da governação”¹⁵³⁴.

Aquele segmento do Protocolo n.º 26 do TFUE representa a síntese acabada das finalidades da responsabilidade pública de garantia do Estado para com os serviços de interesse económico geral disponibilizados pelo sector privado. Com efeito, mostram-se nele vertidas e condensadas as marcas fundamentais das exigências a dirigir à prestação desses serviços para tutela do interesse público resultantes das reflexões que desde meados da década de 1990¹⁵³⁵ vêm sendo promovidas pelas instituições comunitárias em torno dos serviços de interesse geral, reunindo os mais diversos contributos não só dos órgãos comunitários, como também da sociedade civil¹⁵³⁶. No Protocolo n.º 26,

¹⁵³¹ Recorde-se que desde o Tratado de Lisboa a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia tem o mesmo valor jurídico dos Tratados (art. 61.º-1 do Tratado da União Europeia), detendo por isso o estatuto de direito primário da União – cf. GORJÃO-HENRIQUES, Miguel, *Direito da União*, 6.ª ed., Coimbra, Almedina, 2010, pp. 122 e 308 e s.

¹⁵³² Por força do art. 51.º do TUE, “os Protocolos e Anexos dos Tratados fazem deles parte integrante”, sendo por isso considerados direito primário da União Europeia – de novo, GORJÃO-HENRIQUES, Miguel, *Direito da União*, p. 309.

¹⁵³³ Esclarece BAUBY, Pierre, “From Rome to Lisbon: SGIs in Primary Law”, p. 32 e s., que este Protocolo n.º 26 foi resultado de uma exigência da Holanda em ordem a ultrapassar um diferendo com a Comissão Europeia relacionado com a qualificação de serviços de habitação social como serviços de interesse económico geral.

¹⁵³⁴ *Comunicação da Comissão: Os Serviços de Interesse Geral*, de 2007, p. 9.

¹⁵³⁵ Cf. logo a “Comunicação da Comissão: Os Serviços de Interesse Geral na Europa”, *JO C 281/3*, de 26-09-1996.

¹⁵³⁶ Cf., sucessivamente, o *Livro Verde sobre Serviços de Interesse Geral*, de 2003, o *Livro Branco sobre os Serviços de Interesse Geral*, COM (2004) 374, de 12-05-2004, também da autoria da Comissão Europeia, a *Comunicação da Comissão: Os Serviços de Interesse Geral, incluindo os Serviços Sociais de*

temos portanto, de uma banda, a exigência aos serviços de interesse económico geral de “*um elevado nível de qualidade, de segurança e de acessibilidade de preços*” e, de outra banda, igualmente coberta pelo art. 36.º da Carta dos Direitos Fundamentais, a necessidade de garantir “*a igualdade de tratamento e a promoção do acesso universal e dos direitos dos utilizadores*”. Em nosso modo de ver, é pois para esta dupla ordem de preocupações que devem convergir as atenções e as acções regulatórias do Estado Garantidor no âmbito dos sectores económicos de rede cruciais para a vida económico-social actual, em observância da responsabilidade de garantia que sobre o Estado impende.

Os propósitos que aqui vão imanentes têm, em todo o caso, uma amplitude mais geral, não estando de modo algum confinados aos serviços de interesse económico geral. Pois, desde logo por força das injunções constitucionais dirigidas à protecção dos direitos dos consumidores (art. 60.º e 81.º, *i*), da CRP), estão em causa exigências que na sua maioria valem igualmente para *todas* as demais actividades económicas¹⁵³⁷.

2.1 A primeira vertente das finalidades da responsabilidade estadual de garantia nesta sede é assim constituída pelo propósito de assegurar que essas actividades económicas essenciais sejam desenvolvidas de acordo com determinados padrões de *qualidade, de segurança e de acessibilidade de preços*. Naturalmente que a diversidade de tais actividades e a elevada dinâmica que as caracteriza, não estivessem elas na linha da frente da adopção do progresso tecnológico, tornam-nas avessas a uma regulamentação rígida e uniforme para todas elas. Uma certa margem de uniformidade poderá, quando muito, ser lograda em relação às linhas e objectivos fundamentais orientadores das respectivas legislações sectoriais.

Os padrões de *qualidade* abrangem um sem-número de aspectos dos produtos e serviços objecto do fornecimento e do próprio modo como eles são produzidos e prestados. Por exemplo, nas comunicações electrónicas¹⁵³⁸, a exigência de um certo

Interesse Geral: um Novo Compromisso Europeu, de 2007, e a *Comunicação da Comissão: Um Enquadramento de Qualidade para os Serviços de Interesse Geral na Europa*, de 2011.

¹⁵³⁷ Cf. MONTE, Mário Ferreira, *Da Protecção Penal do Consumidor. O Problema da (Des)criminalização no Incitamento ao Consumo*, Coimbra, Almedina, 1996, p. 63 e ss., ANDRADE, Vieira de, “Os direitos dos consumidores como direitos fundamentais...”, p. 144 e ss., DIAS, Silva, “Linhas gerais do regime jurídico dos crimes contra interesses dos consumidores...”, p. 316 e ss., e MIRANDA, Jorge, ²*Constituição Portuguesa Anotada*, I, Art. 60.º, p. 1171 e ss.

¹⁵³⁸ Na definição do art. 3.º, *ee*), da Lei das Comunicações Electrónicas (Lei n.º 5/2004, de 10/2), serviço de comunicação electrónica é “o serviço oferecido em geral mediante remuneração, que consiste total ou

tempo máximo para o estabelecimento de chamadas telefónicas¹⁵³⁹; nos serviços postais, a imposição de distribuição em todos os dias úteis da semana¹⁵⁴⁰; ou na energia, a obrigação de continuidade do serviço¹⁵⁴¹, impondo-se ao prestador que assegure um fornecimento sem interrupções e que em caso de ruptura na distribuição promova a sua reposição com a máxima celeridade. A par destes deveres de continuidade e de segurança de abastecimento dirigidos aos actores privados, são ainda de destacar deveres de correcção e transparência da facturação, de divulgação fidedigna das gamas de serviços ou de facilitação de mudança de operador¹⁵⁴². Por seu turno, sobre os actores públicos recai o dever de garantir que a definição das condições de prestação de serviços se faça de modo a dar aos operadores incentivos suficientes para manter níveis adequados de investimento a longo prazo¹⁵⁴³ e de obtenção de rentabilidade pelas actividades desenvolvidas.

Absolutamente prioritária deve ser a garantia de *segurança* dos serviços e dos processos de fornecimento desses serviços. Os elevados níveis de qualidade e segurança dos serviços de interesse económico geral a que se refere o Protocolo n.º 26 constante do TFUE compreendem uma irreduzível dimensão da “segurança física dos consumidores e dos utentes, de todas as pessoas que intervêm na produção e na prestação desses serviços”¹⁵⁴⁴.

Por último, ainda nesta primeira vertente, cumpre ao Estado garantir que os *preços e tarifas* aplicáveis ao fornecimento dos serviços essenciais para a vida das populações e para o funcionamento da economia se mantenham a níveis comportáveis para a generalidade das pessoas e das empresas, de modo a evitar exclusões no acesso a esses serviços que, por sua vez, ditem fenómenos de exclusão social ou de perda de competitividade empresarial. Avulta aqui a ideia de relação qualidade-preço e fica aberto um espaço para a admissão de soluções diferenciadas de discriminação positiva de estratos da população mais desfavorecidos ou vulneráveis¹⁵⁴⁵. E são estas também

principalmente no envio de sinais através de redes de comunicações electrónicas, incluindo os serviços de telecomunicações e os serviços de transmissão em redes utilizadas para a radiodifusão”.

¹⁵³⁹ Cf. o art. 40.º e e o Anexo da Lei das Comunicações Electrónicas.

¹⁵⁴⁰ Cf. o art. 12.º-4 da Lei dos Serviços Postais (Lei n.º 17/2012, de 26/4).

¹⁵⁴¹ Cf., v. g., o art. 5.º-3, a), do Decreto-Lei n.º 29/2006, de 15/2, que estabelece as bases gerais da organização e funcionamento do sistema eléctrico nacional.

¹⁵⁴² *Livro Verde sobre Serviços de Interesse Geral*, 55. e ss.

¹⁵⁴³ Nestes termos, o *Livro Branco sobre os Serviços de Interesse Geral*, p. 9.

¹⁵⁴⁴ *Livro Branco sobre os Serviços de Interesse Geral*, p. 9.

¹⁵⁴⁵ Cf. *Comunicação da Comissão: Os Serviços de Interesse Geral*, de 2007, p. 10.

razões que justificam a elevada relevância que no domínio regulatório é atribuída à regulação e supervisão dos preços e tarifas praticados pelos operadores¹⁵⁴⁶.

2.2 Uma segunda ordem de finalidades da responsabilidade de garantia é aquela que corresponde ao intuito de assegurar a *igualdade de tratamento*¹⁵⁴⁷ e a *promoção do acesso universal e dos direitos dos utilizadores* dos serviços de interesse económico geral, também ela com assento no Protocolo n.º 26 do TFUE.

Desiderato fundamental do Estado Garantidor deve ser, nestes termos, o de garantir que o sector privado das indústrias de rede assegure um *serviço universal*, isto é, “a oferta de um determinado *conjunto mínimo* de serviços a *todos* os utilizadores finais, a um preço acessível”¹⁵⁴⁸. Isso o que implica uma imposição de cobertura do serviço por todo o território, de modo a que não haja populações dele excluídas, mesmo que os custos inerentes à expansão da rede para zona periféricas ou escassamente povoadas sobrelevem consideravelmente as receitas expectáveis¹⁵⁴⁹.

Acresce ainda, na perspectiva da *protecção dos utilizadores e utentes*, dada a essencialidade dos serviços em questão para que a sua vida possa desenvolver-se com níveis mínimos de qualidade e de bem-estar, a particular acuidade que aqui adquirem princípios da mais variada ordem de tutela dos consumidores e utentes em geral, alguns deles já anteriormente apontados como finalidades autónomas do Estado Garantidor, como “a boa qualidade do serviço, elevados níveis de protecção da saúde e de segurança física dos serviços, transparência (em matéria de tarifas, contratos, escolha e financiamento dos operadores), escolha do serviço, escolha do operador, concorrência real entre operadores, existência de entidades reguladoras, disponibilidade de

¹⁵⁴⁶ Cf. LOBO, Carlos Baptista, *Sectores em Rede*, p. 399 e ss., SANTOS, António Carlos dos / GONÇALVES, M.ª Eduarda / MARQUES, M.ª Manuel Leitão, *Direito Económico*, p. 341 e ss., e no caso particular do sector energético, SILVA, Suzana Tavares da, *Direito da Energia*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 167 e ss.

¹⁵⁴⁷ Sobre o relevo deste princípio no âmbito do programa legislativo antidiscriminatório, moldado fundamentalmente sob influxo do direito da União Europeia, cf. *infra*, § 35.3.

¹⁵⁴⁸ Directiva 2002/22/CE, de 07-03-2002, relativa ao serviço universal e aos direitos dos utilizadores em matéria de redes e serviços de comunicações electrónicas (directiva serviço universal), *JO L 108/51*, Considerando n.º 4. Encontramos definição semelhante no art. 86.º-1 da nossa Lei das Comunicações Electrónicas (Lei n.º 5/2004): “O serviço universal consiste no conjunto mínimo de prestações definido no presente capítulo, de qualidade especificada, disponível para todos os utilizadores finais, independentemente da sua localização geográfica e a um preço acessível”.

¹⁵⁴⁹ Cf., v. g., o art. 3.º-1 da Directiva 2002/22/CE.

mecanismos de recurso, representação e participação activa dos consumidores e dos utilizadores na definição dos serviços e escolha das formas de pagamento”¹⁵⁵⁰.

3. A prossecução destas duas ordens de finalidades da responsabilidade pública de garantia no âmbito das actividades económicas essenciais para a realidade económico-social contemporânea é levada a cabo entre nós fundamentalmente através de um direito regulatório que tem como fonte privilegiada o direito da União Europeia, por acção mediata ou até mesmo imediata no caso dos regulamentos da União. E não são só as linhas programáticas da nossa política legislativa regulatória que se mostram directa e essencialmente tributárias dos ditames da União. A influência do direito da União neste domínio vai muito mais longe. É nele que, regra geral, se filia o grosso da definição e densificação dos princípios, regras e deveres a observar pelos operadores das indústrias de rede determinados pela legislação nacional, num fenómeno que se estende a todos os demais domínios da actividade económica, sobretudo para tutela da qualidade e segurança dos produtos e serviços.

A abordagem da União Europeia e assim, conseqüentemente, do legislador português em relação ao direito regulatório dos serviços de interesse económico geral tem ido no sentido de adoptar modelos de intervenção regulatória sectoriais para cada um dos grandes domínios desses serviços – v. g., energia¹⁵⁵¹, telecomunicações ou serviços postais, aqueles que invariavelmente surgem à cabeça das análises constantes das comunicações da Comissão Europeia nesta sede – em detrimento de uma intervenção unidireccional de carácter geral assente, por exemplo, numa directiva-quadro¹⁵⁵². Nessa linha, a política regulatória comunitária tem vindo a ser consubstanciada na emissão de directivas de carácter sectorial que visam criar um quadro regulatório relativamente uniforme no âmbito dos Estados-Membros naqueles vários domínios e que pretende ir ao encontro das finalidades de garantia que acabaram por ser plasmadas no referido Protocolo n.º 26 do TFUE relativo aos serviços de interesse económico geral. Deparamo-nos, assim, por exemplo, com uma directiva da

¹⁵⁵⁰ *Livro Verde sobre Serviços de Interesse Geral*, 63.

¹⁵⁵¹ Para uma consideração do direito da energia como disciplina jurídica típica do “*Estado Regulador de Garantia*”, SILVA, Suzana Tavares da, *Direito da Energia*, p. 17 e ss., que o refere ainda como “ramo jurídico especialmente exposto aos efeitos da europeização e internacionalização do direito público, em particular do direito administrativo” (p. 23).

¹⁵⁵² *Livro Branco sobre os Serviços de Interesse Geral*, p. 12 e s.

electricidade¹⁵⁵³, uma directiva do gás natural¹⁵⁵⁴, uma directiva das comunicações electrónicas¹⁵⁵⁵, uma directiva dos serviços postais¹⁵⁵⁶, etc.

Toda esta legislação comunitária de natureza sectorial nestes vários domínios dos serviços de interesse económico geral contém disposições que, de forma mais ou menos intensa, pretendem conduzir os Estados-Membros à adopção *de modelos sancionatórios centrados nas entidades reguladoras*. Assim sucede, por exemplo, nas directivas da electricidade e do gás natural, que, além de reiterarem a obrigação de os Estados-Membros se encontrarem dotados de entidades reguladoras nacionais independentes, lhes impõem a obrigação de atribuir a essas entidades a competência para imporem sanções efectivas, proporcionadas e dissuasivas às empresas do sector que não cumpram as obrigações que lhes incumbem ou para propor a um tribunal que imponha essas sanções¹⁵⁵⁷. Mais impositiva se afigura ainda a directiva-quadro para as redes e serviços de comunicações electrónicas, que, no quadro regulatório por si definido, determina que os Estados-Membros devem prever sanções adequadas, eficazes, proporcionais e dissuasivas em caso de infracção às disposições nacionais que procedam à transposição dessa directiva-quadro e das directivas específicas a ela

¹⁵⁵³ Directiva 2009/72/CE, de 13-07-2009, *JO L 211/55*, de 14-08-2009, que revogou e substituiu a Directiva 2003/54/CE, que, por sua vez, havia sucedido à Directiva 96/92/CE. Dada esta sucessão de diplomas e o seu enlace com as directivas gás natural, usa-se integrar aquela Directiva 2009/72/CE no chamado *Terceiro Pacote Energético*, formado pelas directivas e regulamentos publicadas no *JO, L 211*, de 14-08-2009 – para uma visão de conjunto, cf. *Comunicação da Comissão: Uma Política Energética para a Europa*, COM (2007) 1, de 10-01-2007, e SILVA, Suzana Tavares da, *Direito da Energia*, pp. 32 e ss. e 76 e ss.

¹⁵⁵⁴ Directiva 2009/73/CE, de 13-07-2009, *JO L 211/94*, de 14-08-2009, que tomou o lugar da Directiva 2003/55/CE.

¹⁵⁵⁵ Directiva 2002/21/CE, relativa a um quadro regulamentar comum para as redes e serviços de comunicações electrónicas (directiva-quadro), de 07-03-2002, *JO L 108/33*, de 24-04-2002, complementada por várias directivas específicas: Directiva 2002/20/CE, relativa à autorização de redes e serviços de comunicações electrónicas (directiva autorização); Directiva 2002/19/CE, relativa ao acesso e interligação de redes de comunicações electrónicas e recursos conexos (directiva acesso); Directiva 2002/22/CE, relativa ao serviço universal e aos direitos dos utilizadores em matéria de redes e serviços de comunicações electrónicas (directiva serviço universal); e Directiva 97/66/CE, relativa ao tratamento de dados pessoais e à protecção da privacidade no sector das telecomunicações. Para uma compreensão integrada desta regulação comunitária, cf. CABO, Sérgio Gonçalves do, “Regulação e concorrência no sector das comunicações electrónicas”, in: Paz Ferreira *et al.*, *Regulação em Portugal: Novos Tempos, Novo Modelo?*, Coimbra, Almedina, 2009, p. 234 e ss.

¹⁵⁵⁶ Directiva 2008/6/CE, de 20-02-2008, que altera a Directiva 97/67/CE no respeitante à plena realização do mercado interno dos serviços postais da Comunidade, *JO L 52/3*, de 27-02-2008.

¹⁵⁵⁷ Cf. art. 37.º-4, *d*), da Directiva 2009/72/CE (directiva electricidade) e art. 41.º-4, *d*), da Directiva 2009/73/CE (directiva gás natural). Em ambos os preceitos se prevê que as sanções em apreço deverão poder ir até 10% do volume de negócios anual do operador, sendo estas as fontes da actual disciplina do art. 32.º-2 do Regime Sancionatório do Sector Energético (Lei n.º 9/2013, de 28/1).

subordinadas¹⁵⁵⁸. E dizemos mais impositiva, porque a ausência de especificação sobre o poder das entidades reguladoras para aplicar sanções ou, como se prevê nas directivas do sector energético, para propor a sua aplicação por um tribunal parece querer significar uma preferência de princípio pela atribuição de competência sancionatória exclusiva às autoridades administrativas reguladoras. Nesse sentido depõem, pelo menos, os considerandos da Directiva 2009/140/CE, nos quais se consigna que, para exercerem as suas funções, as autoridades reguladoras nacionais “deverão ter o poder de investigar e de *impor sanções financeiras* em casos de incumprimento” (46.) e ainda que essas mesmas autoridades “deverão poder agir eficazmente para monitorizar e assegurar o cumprimento dos termos e condições das autorizações gerais ou dos direitos de utilização, *devendo inclusivamente ter poder* para impor *sanções financeiras* ou *sanções administrativas* eficazes em caso de violação desses termos e condições” (72.).

Independentemente das opções que o direito da União Europeia possa eventualmente deixar em aberto aos Estados-Membros, parece-nos manifesta a sua marcante influência sobre aquela que invariavelmente vem sendo a opção de fundo do legislador português quanto à regulação das indústrias de rede. Em todas elas, e de há longa data, a política legislativa nacional tem sido a de criar entidades reguladoras independentes, de as dotar de amplos poderes sancionatórios e concomitantemente de qualificar como contra-ordenações a esmagadora maioria das infracções às normas legais e regulamentares prescritas no âmbito desses sectores económicos.

Este *status quo* é exactamente aquele com que nos confrontamos nas três indústrias de rede cobertas pelas várias directivas enunciadas supra e que formam o núcleo duro dos serviços de interesse económicos geral, designadamente, os domínios da energia (electricidade e gás natural), das comunicações electrónicas (telecomunicações, internet, *etc.*) e dos serviços postais.

3.1 Para os sectores da electricidade e do gás natural temos a Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos (ERSE)¹⁵⁵⁹, cuja actividade regulatória “tem por finalidade

¹⁵⁵⁸ Cf. art. 21.º-A da Directiva 2002/21/CE, na redacção introduzida pela Directiva 2009/140/CE, de 25-11-2009, *JO L 337/37*, de 18-12-2009.

¹⁵⁵⁹ Criada e inicialmente designada Entidade Reguladora do Sector Eléctrico pelo Decreto-Lei n.º 187/95, de 27/7, a ERSE tem o seu estatuto e o seu quadro de actuação actualmente definidos pelo Decreto-Lei n.º 97/2002, de 12/4. Para mais desenvolvimentos, MOREIRA, Vital / MAÇÃS, Fernanda, *Autoridades Reguladoras Independentes*, p. 188 e ss., MONTE, Mário Ferreira, “A regulação no contexto do direito sancionatório”, p. 244 e ss., e SILVA, Suzana Tavares da, *Direito da Energia*, p. 159 e ss.

promover a eficiência e a racionalidade das actividades dos sectores regulados, em termos objectivos, transparentes, não discriminatórios e concorrenciais, através da sua contínua supervisão e acompanhamento, integrados nos objectivos do mercado interno e dos mercados ibéricos, da electricidade e do gás natural”¹⁵⁶⁰. Para tanto, além de outras competências genéricas típicas da regulação, os seus estatutos legais atribuem-lhe uma competência sancionatória¹⁵⁶¹, recentemente densificada pelo Regime Sancionatório do Sector Energético aprovado pela Lei n.º 9/2013. Neste diploma é reiterada a atribuição de um poder sancionatório à ERSE e são tipificadas infracções leves, graves e muito graves às quais foi conferida natureza contra-ordenacional (art. 27.º e ss.). Apesar de salvaguardar a possibilidade de imputação de responsabilidade penal por práticas ilícitas ocorridas no domínio energético, o certo é que o único crime aí previsto é o de desobediência a ordens ou decisões da ERSE. Tudo o mais é remetido para a esfera contra-ordenacional.

Tendo como pano de fundo as exigência sancionatórias das Directivas 2009/72/CE (art. 37.º-4, *d*)) e 2009/73/CE (art. 37.º-4, *d*)), os limites máximos das coimas aplicáveis àquelas contra-ordenações leves, graves e muito graves praticadas por pessoas colectivas foram, em regra, feitos coincidir com um valor de 10%, 5% e 2%, respectivamente, do volume de negócios do infractor realizado no exercício imediatamente anterior à decisão final condenatória proferida pela ERSE (art. 32.º, n.ºs 2, 3 e 4, da Lei n.º 9/2013). Trata-se do primeiro regime contra-ordenacional de regulação sectorial que coloca os limites máximos da moldura da coima na dependência do volume de negócios do agente, numa solução já antes adoptada no âmbito das contra-ordenações anticoncorrenciais¹⁵⁶². A possibilidade de a sanção abstractamente cominada ascender a valores estratosféricos, na ordem das centenas de milhões de euros, até mesmo em casos de infracções leves, estará longe de constituir uma miragem. Para o admitir como cenário plausível, bastará atentar em alguns dos potentados económicos que operam no sector energético¹⁵⁶³, com volumes de negócios anuais na casa dos milhares de milhões de euros. Mesmo que um regime assim delineado possa, no contraste com as penas aplicáveis às pessoas colectivas, fazer aparecer as multas criminais como reacções sancionatórias relativamente benignas e por isso acabar por

¹⁵⁶⁰ Art. 3.º-1 do Estatutos da ERSE constantes do Decreto-Lei n.º 97/2002.

¹⁵⁶¹ Arts. 8.º-1 e 19.º dos Estatutos da ERSE.

¹⁵⁶² Primeiro, pelo art. 43.º do Regime Jurídico da Concorrência aprovado Lei n.º 18/2003, de 11/6; e agora pelo art. 69.º do Novo Regime Jurídico da Concorrência introduzido pela Lei n.º 19/2012, de 8/5.

¹⁵⁶³ Cf. SILVA, Suzana Tavares da, *Direito da Energia*, p. 96 e s.

infundir as maiores dúvidas sobre a sua conformidade com os princípios constitucionais da proporcionalidade em sentido estrito e da legalidade contra-ordenacional¹⁵⁶⁴, não deixa ele de constituir expressão paradigmática de um programa legislativo de extremo endurecimento do direito das contra-ordenações que, com a reiterada cobertura do Tribunal Constitucional¹⁵⁶⁵, tem sido posto em prática entre nós e ao qual a nossa discussão não pode ficar imune.

3.2 A regulação dos dois outros sectores-chave da economia de rede, o das comunicações electrónicas e o dos serviços postais, encontra-se confiada a uma outra entidade reguladora¹⁵⁶⁶, a Autoridade Nacional de Comunicações (ANACOM)¹⁵⁶⁷. E também a ela é cometido o poder de “instaurar e instruir os processos sancionatórios e punir as infracções que sejam da sua competência”¹⁵⁶⁸, tendo o legislador inclusivamente sentido a necessidade de criar um Regime Quadro das Contra-Ordenações do Sector das Comunicações (Lei n.º 99/2009, de 4/9) para as infracções contra-ordenacionais cujo processamento e punição seja da competência da ANACOM. Tal poder conhece aplicação em qualquer um daqueles sectores de rede, dada a escolha neles de uma tutela sancionatória praticamente exclusiva de direito contra-ordenacional.

Com efeito, de acordo com a Lei das Comunicações Electrónicas – a já referida em nota Lei n.º 5/2004, que realiza a transposição da Directiva-Quadro 2002/21/CE para as redes e serviços de comunicações electrónicas e das suas directivas complementares¹⁵⁶⁹ – *todas* as infracções imputáveis aos operadores económicos do sector das comunicações electrónicas por violação dos princípios e normas nela plasmados são puníveis como contra-ordenações, ameaçadas com coimas cujo limite

¹⁵⁶⁴ Pronunciando-se no sentido de uma violação da exigência de determinabilidade do princípio da legalidade em relação a sanção idêntica do direito da concorrência alemão, ACHENBACH, “Die «großen» Wirtschafts-Ordnungswidrigkeiten”, p. 106.

¹⁵⁶⁵ Recorde-se que o Tribunal Constitucional já por várias vezes se deparou com questões de constitucionalidade suscitadas no âmbito da concorrência em torno de contra-ordenações puníveis com limites máximos de coima indexados ao volume de negócios e todavia, mesmo contando com os amplos poderes de cognição conferidos pelo art. 79.º-C da Lei do Tribunal Constitucional, nunca sequer equacionou a possibilidade de tal critério de fixação da moldura abstracta contender com os princípios constitucionais enunciados em texto – cf. Acs. do TC n.ºs 353/2011 e 461/2011, *AcsTC* 82.º, p. 275 e ss.

¹⁵⁶⁶ Cf. MOREIRA, Vital / MAÇÃS, Fernanda, *Autoridades Reguladoras Independentes*, p. 183 e ss., CABO, Gonçalves do, “Regulação e concorrência no sector das comunicações electrónicas”, p. 225 e ss., SANTOS, António Carlos dos / GONÇALVES, M.ª Eduarda / MARQUES, M.ª Manuel Leitão, *Direito Económico*, p. 344 e ss.

¹⁵⁶⁷ Instituído pelo Decreto-Lei n.º 309/2001, de 7/12.

¹⁵⁶⁸ Art. 9.º, f), dos Estatutos da ANACOM (Decreto-Lei n.º 309/2001).

¹⁵⁶⁹ Cf. CABO, Gonçalves do, “Regulação e concorrência no sector das comunicações electrónicas”, p. 250 e ss.

máximo abstracto pode chegar aos 5 milhões de euros (art. 113.º). Curiosamente, o único crime que aí se prevê tem a ver com os chamados dispositivos ilícitos, equipamentos ou programas susceptíveis de defraudar os interesses dos agentes económicos do sector por permitirem o acesso indevido a serviços cuja fruição se encontra condicionada à sua contratação e pagamento (art. 104.º). Isto apesar de parecer hoje incontrovertido que as telecomunicações se apresentam, “na economia moderna, como o elemento-chave do desenvolvimento económico”¹⁵⁷⁰. Na realidade, dito ainda com Carlos Baptista Lobo, “a prestação de serviços de transmissão de voz e dados é hoje fulcral, constituindo a verdadeira base dos sistemas económicos”, bem podendo esses serviços considerar-se, juntamente com as redes de *hardware* e *software* informático, como “os motores do actual modelo desenvolvimento económico global”¹⁵⁷¹. Trata-se, pois, como concluiu já também o Tribunal Constitucional, “de um sector de extraordinária relevância social”¹⁵⁷².

À exacta semelhança do regime das comunicações electrónicas, também o diploma que entre nós procedeu à transposição da Directiva dos Serviços Postais, a Directiva 2008/6/CE, a Lei n.º 17/2012, de 26/4, que traça como objectivos *a)* definir as condições de prestação de serviços postais em plena concorrência, *b)* assegurar a prestação eficiente e sustentável de um serviço postal universal, e *c)* estabelecer os direitos e interesses dos utilizadores, em especial dos consumidores (art. 2.º), enveredou pelo direito das contra-ordenações como resposta sancionatória única para as violações às prescrições nele contidas.

4. Os exemplos poderiam continuar *ad nauseam*, mas julgamos neste ponto podermos ficar por aqui, convencidos de que os exemplos avançados são suficientes para revelar a realidade normativa que pretendemos iluminar, designadamente, que no eixo central dos sectores de rede, justamente considerados como “a base da economia moderna”¹⁵⁷³, é ao direito das contra-ordenações que o

¹⁵⁷⁰ LOBO, Carlos Baptista, *Sectores em Rede*, p. 23.

¹⁵⁷¹ LOBO, Carlos Baptista, *Sectores em Rede*, p. 23.

¹⁵⁷² Ac. do TC n.º 78/2013, que, todavia, nenhuma consequência daí extrai no plano da caracterização da culpa contra-ordenacional – ainda e sempre qualificada, com Figueiredo Dias, como uma “imputação do facto à responsabilidade social do seu autor pela violação da proibição legalmente estabelecida ou pelo incumprimento do dever imposto por lei” – e da coima. Esta continua a ser vista como “uma mera admonição ou especial advertência”... mesmo que possa ascender a 5 milhões de euros, como acontece com a coima em apreço!

¹⁵⁷³ LOBO, Carlos Baptista, *Sectores em Rede*, p. 23.

legislador apela como mecanismo sancionatório omnipresente para assegurar a prossecução das finalidades fundamentais da responsabilidade pública de garantia que a eles respeita. Finalidades essas que, na síntese gravada no Protocolo n.º 26 do TFUE, são “um elevado nível de qualidade, de segurança e de acessibilidade de preços” na prestação dos serviços de interesse económico geral, bem como “a igualdade de tratamento e a promoção do acesso universal e dos direitos dos utilizadores”.

5. Outra finalidade crucial do Estado Garantidor é a protecção e promoção da *concorrência*, tida como bem jurídico digno de tutela sancionatória, inclusivamente penal¹⁵⁷⁴.

5.1 Agora, como dantes, o compromisso com a salvaguarda e o fomento de um *processo concorrencial efectivo* encontra-se no coração da política económica da União e dos Estados-Membros, Portugal incluído, obviamente¹⁵⁷⁵. Tanto assim que, sintomaticamente¹⁵⁷⁶, logo à cabeça dos preceitos do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia que visam orientar a política económica e financeira da União e dos Estados-Membros encontramos a *livre concorrência* como seu princípio conformador: “Para alcançar os fins enunciados no artigo 3.º do Tratado da União Europeia, a acção dos Estados-Membros e da União implica, nos termos do disposto nos Tratados, a adopção de uma *política económica* baseada na estreita coordenação das políticas económicas dos Estados-Membros, no mercado interno e na definição de objectivos comuns, e *conduzida* de acordo com o princípio de uma economia de mercado aberto e de *livre concorrência*” (art. 119.º-1 do TFUE).

Dúvidas não há de que, durante décadas, o principal factor impulsionador da edificação de um sistema europeu da concorrência foi a ambição da construção de um

¹⁵⁷⁴ Cf. TIEDEMANN, Klaus, “Wettbewerb als Rechtsgut des Strafrechts”, in: Guido Britz *et. al.*, *Grundfragen staatlichen Strafrechts. Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag*, München, C. H. Beck, 2001, p. 905 e ss.

¹⁵⁷⁵ Note-se, aliás, de novo, que a nossa Constituição erige como incumbência prioritária do Estado “assegurar o funcionamento eficiente dos mercados, de modo a *garantir a equilibrada concorrência entre as empresas*” e ainda que, além disso, aponta a “concorrência salutar dos agentes mercantis” como um dos objectivos da política comercial (arts. 81.º, *f*), e 99.º, *a*), respectivamente).

¹⁵⁷⁶ Sublinhando o carácter simbólico da referência à concorrência logo no preceito (art. 119.º) que abre o título do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia dedicado à política económica e financeira da União (Título VIII da Parte III do Tratado), PARRET, Laura, “Shouldn’t we know what we are protecting? Yes we should! A plea for a solid and comprehensive debate about the objectives of EU competition law and policy”, *European Competition Journal*, vol. 6, n.º 2, 2010, p. 345.

mercado interno¹⁵⁷⁷. Expressão disso mesmo era a referência, entretanto desaparecida com o Tratado de Lisboa, do art. 3.º, g), do Tratado da Comunidade Europeia a “um regime que garanta que a concorrência não seja falseada no mercado interno” como compromisso de acção da Comunidade em ordem à prossecução dos fins traçados no art. 2.º desse Tratado. A protecção e o aprofundamento do mercado comum não deixam hoje, naturalmente, de ser encarecidos no âmbito da definição das finalidades da política da concorrência (cf. arts. 101.º e 102.º do TFUE e Protocolo n.º 27, “relativo ao mercado interno e à concorrência”, anexo ao TUE e ao TFUE)¹⁵⁷⁸. Como também o são a liberdade económica, as políticas industriais, a protecção das pequenas e médias empresas ou a tutela da justiça, da equidade e da não discriminação no campo económico¹⁵⁷⁹.

Simplesmente, parecem prevalecer agora como metas cimeiras da política da concorrência a promoção do bem-estar e da eficiente afectação dos recursos¹⁵⁸⁰. Tal é sugerido pelo art. 120.º-1 do TFUE, que, na explicitação de quais devam ser os objectivos da política económica dos Estados-Membros, associa o favorecimento de uma *repartição eficaz dos recursos* ao princípio de uma economia de mercado aberto e de livre concorrência; e é abertamente assumido pela Comissão Europeia, a instituição da União que está na linha da frente da protecção da concorrência. Para a Comissão, o que aqui fundamentalmente importa é “a protecção de um verdadeiro processo de concorrência e não a mera protecção dos concorrentes”¹⁵⁸¹, em ordem a “reforçar o bem-estar dos consumidores e assegurar uma eficiente afectação de recursos”¹⁵⁸². Nas palavras da própria Comissária Europeia para a Concorrência Neelie Kroes acerca da

¹⁵⁷⁷ Cf. GORJÃO-HENRIQUES, Miguel, *Da Restrição da Concorrência na Comunidade Europeia: a Franquia de Distribuição*, Coimbra, Almedina, 1998, p. 95 e ss., MARQUES, M.ª Manuel Leitão, *Um Curso de Direito da Concorrência*, p. 44 e ss., KORAH, Valentine, *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, 9.ª ed., Oxford, Hart Publishing, 2007, p. 2 e ss., SILVA, Miguel Moura e, *Direito da Concorrência*, p. 27 e ss., e PARRET, Laura, “Shouldn’t we know what we are protecting?”, p. 344.

¹⁵⁷⁸ Assim, PARRET, Laura, “Shouldn’t we know what we are protecting?”, p. 346 e s.

¹⁵⁷⁹ KORAH, Valentine, *An Introductory Guide to EC Competition Law*, p. 10 e ss., e PARRET, Laura, “Shouldn’t we know what we are protecting?”, p. 345 e ss.

¹⁵⁸⁰ Nesta direcção, SILVA, Miguel Moura e, *Direito da Concorrência*, p. 27, GOMES, José Luís Caramelo, *Lições de Direito da Concorrência*, Coimbra, Almedina, 2010, p. 111 e s., e PARRET, Laura, “Shouldn’t we know what we are protecting?”, p. 355 e ss. Cf., todavia, PINA, Maria Tavares de, “A criminalização dos cartéis pelo direito da União Europeia”, *RPCC*, 3/2010, nota 3, ressaltando que “os objectivos da União são mais amplos dos que os definidos no novo artigo 3º do TUE”.

¹⁵⁸¹ “Comunicação da Comissão: Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82.º do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante”, *JO C 45/7*, de 24-02-2009, 6.

¹⁵⁸² “Comunicação da Comissão: Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado”, *JO C 101/97*, de 27-04-2007, 13.

missão da Comissão nesta matéria, “o nosso propósito é simples: proteger a concorrência no mercado como um meio para melhorar o bem-estar do consumidor e assegurar uma eficiente afectação dos recursos. Uma abordagem baseada nos efeitos, fundada numa sólida teoria económica, assegura que o cidadão goze dos benefícios de uma economia de mercado competitiva e dinâmica... a concorrência não é um fim em si mesmo, mas um instrumento para atingir o bem-estar do consumidor e a eficiência”¹⁵⁸³.

Neste quadro, parece-nos que mais do que nunca a livre concorrência é assumida pelo direito da União e assim necessariamente pela constituição económica portuguesa¹⁵⁸⁴ como estrutura basilar de toda a política económica do Estado e como um dos valores supremos que devem ser honrados por todos aqueles que participam na actividade económica¹⁵⁸⁵. O relevo e o papel atribuídos à livre concorrência por aqueles que são os princípios que dão corpo à *constituição económica* da União Europeia (arts. 101.º e ss. e 119.º e ss. do TFUE)¹⁵⁸⁶ são sinal de que ela continua a integrar a “espinha dorsal” da própria União¹⁵⁸⁷ e a dever conformar toda a política económica por esta e pelos Estados-Membros desenvolvida. Daí que se entenda, com razão, que “a liberdade de concorrência integra a ordem pública económica da União”¹⁵⁸⁸ e que “a noção de concorrência efectiva constitui-se como o elemento agregador do ordenamento jurídico-económico comunitário”¹⁵⁸⁹.

5.2 A efectivação e o asseguramento da livre concorrência exige, em todo o caso, bem mais do que a sua simples proclamação nas leis fundamentais europeias e nacionais. Nessa medida, bem se compreende que a tutela da concorrência seja coberta

¹⁵⁸³ Discurso da Comissária Neelie Kroes proferido em Londres, a 15-09-2005, *apud* PARRET, Laura, “Shouldn’t we know what we are protecting?”, p. 350.

¹⁵⁸⁴ CANOTILHO, Gomes / MOREIRA, Vital, ⁴CRP, I, pp. 951 e s. e 961 e s.

¹⁵⁸⁵ No sentido da existência de uma *especial responsabilidade* das empresas, *maxime* das que detenham uma posição dominante no mercado, *de não permitir que a sua conduta obste a uma concorrência efectiva e não falseada no mercado interno*, cf. a “Comunicação da Comissão: Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82.º do Tratado CE...”, *JO C 45/7*, 1.

¹⁵⁸⁶ Para uma leitura integrada do princípio da livre concorrência no âmbito da chamada *constituição económica europeia*, SANTOS, António Carlos dos / GONÇALVES, M.ª Eduarda / MARQUES, M.ª Manuel Leitão, ⁶*Direito Económico*, p. 81 e ss., GOMES, José Luís Caramelo, *Lições de Direito da Concorrência*, p. 111 e ss., falando aqui numa “visão constituinte comunitária”, e GORJÃO-HENRIQUES, Miguel, ⁶*Direito da União*, p. 642, nota 1669, que, perante o art. 120.º do TFUE, considera que “o tratado constitucionaliza a teoria económica”.

¹⁵⁸⁷ A expressão é de GORJÃO-HENRIQUES, Miguel, ⁶*Direito da União*, p. 640, que por sua vez se louva em Giorgio Bernini.

¹⁵⁸⁸ SANTOS, António Carlos dos / GONÇALVES, M.ª Eduarda / MARQUES, M.ª Manuel Leitão, ⁶*Direito Económico*, p. 93, e GOMES, José Luís Caramelo, *Lições de Direito da Concorrência*, p. 111. Próximo, GONÇALVES, Pedro, “Estado de Garantia e mercado”, p. 114.

¹⁵⁸⁹ LOBO, Carlos Baptista, *Sectores em Rede*, p. 221.

por uma miríade de regimes legais que têm por objecto os mais variados domínios da actividade económica. Por isso se fala, neste sentido, com propriedade, de uma *regulação para a concorrência*¹⁵⁹⁰. Nesta acepção, regulação e concorrência não são figuras mutuamente antagónicas, apresentando-se antes interpenetradas numa unidade de sentido que justifica a consideração da concorrência como membro de corpo inteiro do direito regulatório. Outra coisa, aliás, não seria de esperar a partir do momento em que este é visto como o meio por excelência da materialização da ideia de Estado Garantidor e se reconhece a protecção e a promoção da concorrência como uma das finalidades precípuas da responsabilidade pública de garantia.

A regulação para a concorrência fomentada pelo modelo do Estado Garantidor comprometido com o princípio da concorrência efectiva aparece-nos espalhada não só sob formas de regulação transversal, onde naturalmente avulta o Regime Jurídico da Concorrência (Lei n.º 19/2012), cujo âmbito de aplicação abarca “todas as actividades económicas exercidas, com carácter permanente ou ocasional, nos sectores privado, público e cooperativo” (art. 2.º), como ainda também de regulação sectorial.

Esta última vertente da regulação sectorial liga-se sobremaneira ao movimento liberalizador e privatizador que nas últimas décadas marcou os mercados dos serviços de interesse económico geral¹⁵⁹¹. A União e os Estados viram-se aí, com frequência, na contingência de proverem à própria criação, praticamente do nada, de mercados concorrenciais. Isso sucedeu sobretudo naquele tipo de serviços tradicionalmente assegurados por um único operador económico, directa ou indirectamente pertença do Estado. A promoção da concorrência nesses domínios, as mais das vezes funcionando em sistemas de rede, passou por uma progressiva imposição da efectiva separação (*unbundling*) entre a detenção e exploração da infra-estrutura de rede e a exploração dos serviços através dela prestados¹⁵⁹². Mas passou ainda também por uma atribuição de direitos de interligação ou de acesso à rede por parte de empresas concorrentes das empresas dela detentoras, levando mesmo ao reconhecimento de um direito de acesso aos segmentos essenciais nos sectores de rede¹⁵⁹³, aliás de certo modo contemplado

¹⁵⁹⁰ V. g., GONÇALVES, Pedro, “Estado de Garantia e mercado”, p. 114, e LOBO, Carlos Baptista, *Sectores em Rede*, p. 153 e *passim*, que integra a expressão no próprio título da sua dissertação: “Sectores em Rede: Regulação para a Concorrência”.

¹⁵⁹¹ MARQUES, M.ª Manuel Leitão, *Um Curso de Direito da Concorrência*, p. 73 e ss.

¹⁵⁹² O sector eléctrico é o exemplo prototípico desta tendência – cf. SILVA, Suzana Tavares da, *Direito da Energia*, p. 73 e ss.

¹⁵⁹³ Nestes termos, MARQUES, M.ª Manuel Leitão, *Um Curso de Direito da Concorrência*, p. 73 e ss., e LOBO, Carlos Baptista, *Sectores em Rede*, p. 340.

também pelo Regime Jurídico da Concorrência¹⁵⁹⁴. Como facilmente se percebe, “o desenvolvimento de uma estratégia de recusa de acesso a terceiros por parte de um detentor de um segmento «*essencial*» de uma rede permitir-lhe-á, de forma relativamente simplificada, eliminar toda a concorrência numa rede”¹⁵⁹⁵, assim podendo, “numa situação limite, colocar em causa todos os esforços de liberalização efectuados nos diversos sectores”¹⁵⁹⁶.

A regulação sectorial para a concorrência não se limita, porém, à fase inicial de liberalização, continuando a ser *vital* mesmo depois de atingida a maturidade dos mercados e alcançada uma relativa estabilidade na definição dos (normalmente, grandes) operadores económicos que neles actuam como prestadores de serviços de interesse económico geral. Tal sucede sobretudo porque a este tipo de actividades é conatural uma tendência para a concentração económica, que nos sectores assentes em infra-estruturas de rede via de regra desagua inclusivamente em modelos de organização oligopolista¹⁵⁹⁷. Para comprová-lo, basta pensar, no caso português, no reduzido número de grandes grupos empresariais que dominam os serviços de telecomunicações, internet, electricidade ou gás natural, chegando por isso mesmo a ser rotulados como “campeões nacionais”¹⁵⁹⁸.

O risco de deturpamento do processo concorrencial – em especial sob a forma de abusos de posição (individual ou colectiva¹⁵⁹⁹) dominante por parte dos principais actores do mercado, tanto nas relações com concorrentes, como nas relações com fornecedores e clientes finais – inerente a este tipo de modelo de mercado é tão óbvio e

¹⁵⁹⁴ Art. 11.º-2, e), da Lei n.º 19/2012: “Pode ser considerado abusivo, nomeadamente: e) Recusar o acesso a uma rede ou a outras infra-estruturas essenciais por si controladas, contra remuneração adequada, a qualquer outra empresa, desde que, sem esse acesso, esta não consiga, por razões de facto ou legais, operar como concorrente da empresa em posição dominante no mercado a montante ou a jusante, a menos que esta última demonstre que, por motivos operacionais ou outros, tal acesso é impossível em condições de razoabilidade”. Sobre a doutrina jusconcorrencial das *essencial facilities*, de origem norteamericana, aqui reflectida, MARQUES, M.ª Manuel Leitão, *Um Curso de Direito da Concorrência*, p. 74 e ss.

¹⁵⁹⁵ LOBO, Carlos Baptista, *Sectores em Rede*, p. 341.

¹⁵⁹⁶ LOBO, Carlos Baptista, *Sectores em Rede*, p. 341. Assim, já Ariño Ortiz, *apud* GONÇALVES, Pedro, “Estado de Garantia e mercado”, p. 114, que logo em 1991 intuía certamente que “a chave da abóbada, a cruz do sistema é e será o direito de acesso de terceiros à rede. Se este é recusado ou se desaparece, desaparece o mercado e a concorrência” (it. nosso).

¹⁵⁹⁷ Cf. LOBO, Carlos Baptista, *Sectores em Rede*, pp. 178, 499, 809 e *passim*.

¹⁵⁹⁸ CALVETE, Victor, “Entidades administrativas independentes”, p. 64, nota 2, que dá como exemplos a Portugal Telecom, a EDP e a GALP.

¹⁵⁹⁹ Sobre o conceito de *posição dominante colectiva* compreendido no art. 102.º do TFUE (“... uma ou mais empresas...”) e no art. 11.º-1 do Regime Jurídico da Concorrência (“É proibida a exploração abusiva, por uma ou mais empresas, de uma posição dominante...”), desenvolvidamente, SILVA, Miguel Moura e, *O Abuso de Posição Dominante na Nova Economia*, Coimbra, Almedina, 2010, p. 102 e ss.

tão qualificado que imediatamente se compreende a necessidade de assegurar a sua protecção através de uma pluralidade de regimes de tutela. Desde logo, como não poderia deixar de ser, através da tutela transversal especificamente garantida pelo Regime Jurídico da Concorrência, que se refere expressamente aos serviços de interesse económico geral (art. 4.º) e leva ao tipo-de-ilícito de abuso de posição dominante comportamentos em matéria de preços¹⁶⁰⁰ e de contratação com parceiros comerciais e com concorrentes (art. 11.º-2) que neste nosso contexto adquirem particular acuidade. Como também através da tutela dada pela regulação sectorial e da inerente supervisão, que se pretende contínua, de que são incumbidas as entidades reguladoras respectivas. Deste modo, vemos surgir na legislação comunitária e nacional, tendo em vista a promoção de uma concorrência efectiva – finalidade que assim faz par com outros fins da responsabilidade pública de garantia –, detalhados regimes regulatórios sectoriais destinados a disciplinar minuciosamente dimensões fundamentais para o processo concorrencial nas indústrias de rede, como o direito de acesso à rede¹⁶⁰¹, os preços e tarifas¹⁶⁰² ou a separação dos registos contabilísticos e dos dados necessários ao apuramento dos custos inerentes aos vários segmentos dos serviços essenciais prestados¹⁶⁰³.

5.3 Tal como acontece com as demais vertentes da regulação sectorial dirigidas à satisfação das outras já explicitadas finalidades da responsabilidade pública de garantia, também a regulação sectorial para a concorrência não abdica de uma dimensão sancionatória, que, de igual modo, é assegurada pelo direito contra-ordenacional, senão integralmente, pelo menos, isso é certo, de forma absolutamente predominante. E o

¹⁶⁰⁰ A propósito dos denominados preços predatórios, cf. SILVA, Miguel Moura e, *O Abuso de Posição Dominante na Nova Economia*, p. 203 e ss.

¹⁶⁰¹ V. g., a já referida Directiva 2002/19/CE, relativa ao acesso e interligação de redes de comunicações electrónicas e recursos conexos, transposta para o direito português pela Lei das Comunicações Electrónicas (cf. em especial, os arts. 26.º-1, relativo ao acesso às condutas, e 77.º-1, prevendo obrigações de acesso e interligação, implicando a violação de um e de outro a comissão de uma contra-ordenação muito grave).

¹⁶⁰² V. g., as Directivas 2009/72/CE e 2009/73/CE, no âmbito energético. Sobre a regulação de preços na perspectiva da concorrência, LOBO, Carlos Baptista, *Sectores em Rede*, p. 399 e ss., e ainda, centrando-se no sector das telecomunicações, CABO, Gonçalves do, “Regulação e concorrência no sector das comunicações electrónicas”, p. 260 e s., que dá nota de que “para o ICP-ANACOM o mais importante problema de concorrência identificado neste mercado «é a fixação de preços excessivos» devido ao poder de mercado detido pelos operadores de rede móvel na terminação das chamadas na sua própria rede móvel”.

¹⁶⁰³ Cf. art. 76.º-A da Lei das Comunicações Electrónicas e arts. 15.º e 37.º-2, b), da Lei dos Serviços Postais (Lei n.º 17/2012).

mesmo se diga em relação à regulação transversal para a concorrência, isto é, ao específico regime legal directamente vocacionado para a defesa da concorrência, actualmente constante do Novo Regime Jurídico da Concorrência introduzido pela Lei n.º 19/2012. Neste recente diploma, o legislador português manteve-se fiel à opção, vinda já desde o Decreto-Lei n.º 422/83, de 3/12¹⁶⁰⁴, de abrigar a tutela sancionatória das práticas anticoncorrenciais no exclusivo foro do direito das contra-ordenações. Não podendo tais ilícitos deixar de contar com uma resposta sancionatória, verifica-se, com efeito, que, nas sucessivas alterações ao regime legal dos ilícitos restritivos da concorrência¹⁶⁰⁵, tem o legislador nacional persistido sempre numa exclusiva opção de natureza contra-ordenacional.

Esta fidelidade legislativa à esfera do direito de mera ordenação social em matéria de tutela da concorrência parece-nos estar longe de pretender significar uma desvalorização do relevo da livre concorrência no paradigma económico actual. Tudo quanto expusemos supra, por referência às leis fundamentais que conformam a nossa constituição económica, depõe exactamente no sentido contrário de uma tal suposição. Se algum significado daí pode ser retirado, esse será, no nosso ponto de vista, o de que o direito das contra-ordenações está credenciado para assumir uma legítima função de tutela sancionatória, em certos domínios até esgotante, de bens jurídicos de eminente relevo social¹⁶⁰⁶. Também por isso se revela assaz redutor o propósito de o acantonar a um exclusivo papel de *pura* ordenação social, ao qual, por definição, é estranha uma missão de directa protecção de bens jurídicos fundamentais¹⁶⁰⁷.

O caso das práticas anticoncorrenciais constitui porventura o exemplo mais acabado de um regime contra-ordenacional que tem por objecto a tutela de um interesse vital para a nossa realidade económica e social. Uma tutela, aliás, não partilhada com uma intervenção penal complementar e que cobre todo o tipo de ofensas a esse bem

¹⁶⁰⁴ Cf. em especial os arts. 16.º e 17.º desse Decreto-Lei n.º 422/83, nos quais se estabelecia um regime contra-ordenacional que em matéria de coimas, e logo nos primórdios do direito de mera ordenação social português, excedia já largamente o limite máximo de coima previsto pelo RGCO aprovado pelo Decreto-Lei n.º 433/82 – ali, a mais grave das coimas cominadas ascendia a Esc. 50.000.000\$00 (art. 16.º-1), ao passo que aqui a mais severa das coimas não ia além de Esc. 3.000.000\$00 (art. 17.º-3).

¹⁶⁰⁵ Cf. SILVA, Miguel Moura e, *Direito da Concorrência*, p. 41 e ss., e GOMES, José Luís Caramelo, *Lições de Direito da Concorrência*, p. 207 e ss.: Decreto-Lei n.º 422/83; Decreto-Lei n.º 371/93, de 29/10; Lei n.º 18/2003, de 11/6; e por fim, Lei n.º 19/2012, actualmente em vigor.

¹⁶⁰⁶ Um significado que, todavia, não parece ter sido devidamente apreendido pelo nosso Tribunal Constitucional no seu importante Ac. n.º 461/2011, *AcsTC* 82.º, p. 285 e ss., em virtude de um tipo de abordagem ao problema do critério de distinção entre crimes e contra-ordenações que mereceu já a nossa oposição (cf. supra, § 14.3, 5.).

¹⁶⁰⁷ CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal*, I, p. 28 e s.

jurídico, incluindo portanto aquelas, como as que são reconduzidas ao conceito de cartel, generalizadamente tidas como “«egregious» violations”¹⁶⁰⁸. E todavia, ao menos entre nós, parece incontrovertida a possibilidade de a adopção de um modelo contra-ordenacional como matriz de um sistema sancionatório da concorrência representar uma escolha de política legislativa constitucionalmente legítima. É isso que, por exemplo, transparece da jurisprudência constitucional, a qual, ainda em data recente, enfatizando embora a concorrência como princípio estruturante do modelo de organização económica que a Constituição desenha¹⁶⁰⁹, em momento algum equacionou – como poderia ter equacionado, nos termos do art. 79.º-C da Lei do Tribunal Constitucional – uma eventual inconstitucionalidade do sistema legal contra-ordenacional da concorrência. Concretamente, uma desconformidade constitucional fundada numa possível *inidoneidade* do direito das contra-ordenações para, em virtude da sua natureza, assegurar a tutela de um valor com um reconhecido tão elevado grau de importância na ordenação constitucional.

Se parece certo que o direito das contra-ordenações constitui um sistema sancionatório detentor de legitimidade constitucional para reagir às ofensas à livre concorrência¹⁶¹⁰, não será menos verdade, porém, agora em sentido inverso, que uma eventual criminalização dos ilícitos anticoncorrenciais mais graves seria de igual modo acolhida como uma opção legislativa tão válida e constitucionalmente autorizada como aquela. Foi esse, de resto, o caminho que no Reino Unido foi adoptado pelo Enterprise Act de 2002 em relação à infracção de cartel, a partir daí punida como crime (art. 188 e ss.)¹⁶¹¹, ao que parece, todavia, com resultados decepcionantes¹⁶¹². E é nesse sentido que vemos manifestar-se vozes doutrinárias particularmente autorizadas, como a de Klaus Tiedemann, que há muito vem reclamando uma reforma do direito alemão da concorrência para que nele se alargue o raio de acção do direito penal de modo a incluir

¹⁶⁰⁸ HARDING, Christopher, “Forging the european cartel offence: the supranational regulation of business conspiracy”, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, vol. 12/4, 2004, p. 276.

¹⁶⁰⁹ Assim, o referido Ac. do TC n.º 461/2011: “A assumida vocação global ou generalizante de intervenção, no âmbito do regime da concorrência, assegurada pela Lei n.º 18/2003 (...), adequa-se à prossecução dos objectivos plasmados na alínea f) do artigo 81.º da Constituição (...). Na verdade, uma actuação reguladora transversal a todas as actividades e agentes económicos produtivos pode garantir a realização das incumbências económicas prioritárias cometidas ao Estado, conformadas pelo princípio estruturante da concorrência. E este é um valor objectivo do modelo de organização económica que a Constituição desenha, nos seus traços fundamentais” (*AcsTC 82.º*, p. 287).

¹⁶¹⁰ Cf. *infra*, § 34.

¹⁶¹¹ Cf. JOSHUA, Julian / HARDING, Christopher, “Breaking up the hard core: the prospects for the proposed cartel offence”, *Criminal Law Review*, 2002, p. 933 e ss.

¹⁶¹² STEPHAN, Andreas, “How dishonesty killed the cartel offence”, *Criminal Law Review*, 2011, p. 446 e ss.

as práticas anticoncorrenciais mais relevantes¹⁶¹³. Como vemos ainda começar a formar-se um movimento em defesa da criminalização dos acordos e práticas concertadas anticoncorrenciais pelo próprio direito da concorrência da União Europeia¹⁶¹⁴. Um direito que, como se sabe, é substancialmente tributário da experiência jusconcorrencial alemã, quer, através da decisiva influência do pensamento da Escola Ordoliberal de Freiburg, na configuração e delimitação das concretas proibições de práticas restritivas da concorrência¹⁶¹⁵, quer no modelo de sancionamento administrativo, confiado à Comissão Europeia, com claras afinidades em relação à orientação contra-ordenacional instituída na Alemanha em meados do século passado¹⁶¹⁶.

O que com este contraste pretendemos fazer ressaltar é a abertura de princípio do nosso sistema constitucional, bem como daqueles que se lhe assemelham, nomeadamente, do alemão¹⁶¹⁷, para em face da necessidade de protecção de valores cimeiros da ordem jurídico-económica acolher como válida tanto uma solução de feição *exclusivamente* contra-ordenacional, como uma solução mista de tutela penal e contra-ordenacional. Repare-se que não nos deparamos com um cenário do tipo daquele em que a doutrina qualitativa sente necessidade de trazer à discussão o critério da transformação da quantidade em uma nova qualidade. Aí, em regra, está em causa o confronto entre um facto contra-ordenacional axiologicamente neutro e um facto penal similar que só a custo, através de tal argumento, vê reconhecida uma certa relevância ética. O quadro ora em análise é, na verdade, todo um outro. Trata-se antes de uma situação caracterizada por um aberto e indisputado reconhecimento do elevado estatuto de um certo bem jurídico na hierarquia constitucional dos bens jurídico-económicos e da admissão de atribuição de exclusiva relevância contra-ordenacional às mais sérias

¹⁶¹³ TIEDEMANN, *Kartellrechtsverstöße und Strafrecht*, p. 198 e ss. e *passim*, e “Wettbewerb als Rechtsgut des Strafrechts”, p. 905 e ss.

¹⁶¹⁴ Sobre a temática, HARDING, Christopher, “Forging the european cartel offence”, p. 275 e ss., CSERES, J. Katalin / SCHINKEL, Maarten Pieter / VOGELLAR, Floris, “Law and economics of criminal antitrust enforcement: an introduction”, in: K. Cseres *et. al.* (org.), *Criminalization of Competition Law Enforcement: Economic and Legal Implications for the EU Member States*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2006, p. 1 e ss., PINA, Maria Tavares de, “A criminalização dos cartéis pelo direito da União Europeia”, p. 378 e ss., e HAKOPIAN, Gurgen, “Criminalisation of EU competition law enforcement – a possibility after Lisbon?”, *The Competition Law Review*, vol. 7, n.º 1, p. 157 e ss.

¹⁶¹⁵ Assim, KORAH, Valentine, *An Introductory Guide to EC Competition Law*, p. 103 e ss., MARQUES, M.ª Manuel Leitão, *Um Curso de Direito da Concorrência*, p. 29 e ss., e GOMES, José Luís Caramelo, *Lições de Direito da Concorrência*, pp. 95 e ss. e 105 e ss.

¹⁶¹⁶ Ligando o sistema sancionatório europeu da concorrência ao modelo contra-ordenacional alemão, TIEDEMANN, *Kartellrechtsverstöße und Strafrecht*, p. 55 e ss., e “Der Allgemeine Teil des europäischen supranationalen Strafrechts”, p. 1414 e ss.

¹⁶¹⁷ Cf. ACHENBACH, “Ahndung materiell sozialschädlichen Verhaltens durch bloße Geldbuße?”, p. 15 e ss.

ofensas que lhe forem dirigidas. O entendimento de que, não obstante tais infracções poderem perfeitamente adquirir natureza criminal, será de continuar a aceitar como constitucional e político-criminalmente válida uma tal solução integralmente contra-ordenacional é revelador de uma convergência material entre crimes e contra-ordenações no plano da dignidade de tutela¹⁶¹⁸. Ou, no mínimo, para quem tem uma propensão para considerar o contrário, a instilar uma dúvida radical sobre a possibilidade de subsistência de um critério diferenciador de carácter qualitativo.

§ 22.4 O papel do direito contra-ordenacional na protecção do sistema económico-financeiro

A par das esferas regulatórias enunciadas, uma outra grande e importantíssima área de perfil económico também dominada pela tutela sancionatória do direito contra-ordenacional é a do *sistema económico-financeiro*. Nele agregam-se os sectores bancário, dos valores mobiliários e dos seguros¹⁶¹⁹, cuja importância para o regular e saudável funcionamento da economia e da sociedade é tão elevada e tão ostensiva que será até ocioso encarecer. Trata-se de um sistema que tem como matéria-prima o dinheiro; e o dinheiro, na síntese luminosa de Gomes Canotilho, “é o nervo das coisas. O dinheiro é o nervo da República, as finanças são a realidade de uma Constituição”¹⁶²⁰.

À semelhança do que vimos ter sucedido com os serviços de interesse económico geral, também o sistema financeiro conheceu nas últimas décadas transformações de tal vulto que também aqui se justifica falar numa autêntica *revolução financeira*¹⁶²¹. Foi este, na realidade, um campo privilegiado da acção de influência da ideologia neoliberal¹⁶²² e, na Europa em particular, dos esforços de implementação do mercado interno europeu¹⁶²³. Factores tão diversos como “a liberalização dos movimentos de capitais, a desregulamentação, as privatizações, a inovação financeira e o desenvolvimento das tecnologias da informação e da informática em geral”¹⁶²⁴

¹⁶¹⁸ Para uma detida fundamentação desta conclusão que ora antecipamos, cf. *infra*, Parte IV.

¹⁶¹⁹ FERREIRA, Eduardo Paz, *Direito da Economia*, Lisboa, AAFDL, 2001, p. 415 e ss.

¹⁶²⁰ *Público*, 03-02-2013.

¹⁶²¹ SANTOS, Luís Máximo dos, “Regulação e supervisão bancária”, *in*: Paz Ferreira *et al.*, *Regulação em Portugal: Novos Tempos, Novo Modelo?*, Coimbra, Almedina, 2009, p. 43.

¹⁶²² CATARINO, Luís, *Regulação e Supervisão dos Mercados de Instrumentos Financeiros*, p. 197 e ss.

¹⁶²³ FERREIRA, Paz, *Direito da Economia*, p. 420, e SANTOS, Luís Máximo dos, “Regulação e supervisão bancária”, p. 107 e ss.

¹⁶²⁴ SANTOS, Luís Máximo dos, “Regulação e supervisão bancária”, p. 43.

conduziram a uma reconformação substancial e global de todo o mundo financeiro. A actividade financeira massificou-se e globalizou-se como nunca antes; os bancos e as instituições financeiras mesclaram entre si as actividades e produtos típicos de cada sector e disseminaram a sua acção por todo o planeta, formando grupos empresariais de dimensões inimagináveis e que, como se diz agora, se tornaram *too big to fail*; os produtos foram complexificados ao paroxismo, naquilo a que já se chamou “nova alquimia financeira”¹⁶²⁵, *etc., etc.*, até que, no culminar de uma acelerada degenerescência detonada pelo mercado imobiliário hipotecário *subprime* norte-americano, em Setembro de 2008, com a falência do banco Lehman Brothers todo o sistema financeiro mundial se deparou com a iminência do colapso.

Se alguma coisa esta crise financeira sistémica tornou nítida – aliás, de modo particular e dolorosamente agudo entre nós – foi a extraordinária importância dos valores e interesses económicos e sociais implicados na actividade financeira e o efeito dominó sobre os mais variados planos da vida económico-social desencadeado por uma crise dessa natureza¹⁶²⁶, bem como da regulação e de uma efectiva supervisão nestes domínios.

Também aqui, mais do que uma credencial constitucional para uma acção reguladora, “a exigência de intervenção do Estado nos mercados financeiros constitui um imperativo constitucional”¹⁶²⁷, radicado no art. 101.º da Constituição: “o sistema financeiro é estruturado por lei, de modo a garantir a formação, a captação e a segurança das poupanças, bem como a aplicação dos meios financeiros necessários ao desenvolvimento económico e social”. A par destas metas constitucionais – “garantir as poupanças, assegurar a sua canalização para o investimento e criar condições para o desenvolvimento económico”¹⁶²⁸ – constitui ainda incumbência prioritária do Estado “assegurar o funcionamento dos mercados” (art. 81.º, *f*), da CRP)¹⁶²⁹. Tudo o que não pode prescindir de um enquadramento legal, de uma apertada malha regulatória e de

¹⁶²⁵ SANTOS, Luís Máximo dos, “Regulação e supervisão bancária”, p. 44.

¹⁶²⁶ Sobre o efeito dominó imanente ao conceito de risco sistémico, SCHWARCZ, Steven, “Systemic risk”, *The Georgetown Law Journal*, vol. 97, 2008, p. 198 e ss. Por entre variados conceitos, o A. propõe a seguinte definição de risco sistémico: “o risco de que (i) um choque económico, tal como uma falha institucional ou de mercado, desencadeie (através do pânico ou por outras formas) (x) a falha de uma cadeia de mercados ou de instituições ou (y) uma cadeia de perdas significativas para as instituições financeiras, (ii) de onde resultem aumentos do custo do capital ou decréscimos da sua disponibilidade” (p. 204).

¹⁶²⁷ FERREIRA, Paz, *Direito da Economia*, p. 415.

¹⁶²⁸ FERREIRA, Paz, *Direito da Economia*, p. 416.

¹⁶²⁹ PINTO, Frederico de Lacerda da Costa, “Crimes e contra-ordenações no novo Código dos Valores Mobiliários”, *Cadernos dos Valores Mobiliários*, n.º 7, 2000, p. 378 e ss.

estruturas institucionais que controlem o acesso à actividade, fiscalizem o cumprimento das regras e sancionem as infracções respectivas. Um domínio, portanto, naturalmente vocacionado “para um denso sistema de regulação e supervisão pública”¹⁶³⁰, que, na realidade, foi entre nós materializado num sistema regulatório onde pontificam o Banco de Portugal, a Comissão do Mercado de Valores Mobiliários e o Instituto de Seguros de Portugal, todos dispendo de poderes sancionatórios contra-ordenacionais.

O direito regulatório do sistema financeiro tem como missão precípua criar e manter as condições para que o mercado financeiro e os profissionais e instituições que nele actuam gozem e sejam merecedores da *confiança* dos clientes e investidores. A este desiderato fundamental ligam-se directamente aquelas que são tidas como as duas funções centrais da regulação financeira, a preservação da estabilidade do sistema financeiro mediante prevenção do risco sistémico e a protecção dos investidores¹⁶³¹. E cada uma destas funções justifica, por sua vez, uma subdivisão da supervisão em duas grandes vertentes, a supervisão prudencial e supervisão comportamental¹⁶³².

Em todo este largo e complexo contexto estão em questão interesses cruciais para a estabilidade e funcionamento do sistema financeiro, sendo *em regra* qualificadas como contra-ordenação as violações às prescrições legais e regulamentares dirigidas à sua tutela, incluindo mesmo *praticamente todas* aquelas que assumam maior gravidade. Os dedos de uma mão são, literalmente, suficientes para contar o número de crimes próprios do sistema financeiro previstos pelas leis dos seus vários sectores, o que, sendo tantos e tão relevantes e diversificados os tipos de bens jurídico-económicos e de ofensas que a eles podem ser dirigidas nestes domínios, é bem indiciador do papel central que aqui foi reservado ao direito contra-ordenacional.

¹⁶³⁰ CANOTILHO, Gomes / MOREIRA, Vital, *4CRP*, I, p. 1081.

¹⁶³¹ Nesta direcção, PEREIRA, José Nunes, “Regulação e supervisão dos mercados...”, p. 14 e ss., SANTOS, Luís Máximo dos, “Regulação e supervisão bancária”, p. 69 e ss., e CÂMARA, Paulo, “Regulação e valores mobiliários”, p. 129 e ss.

¹⁶³² Sobre toda esta matéria, CATARINO, Luís, *Regulação e Supervisão dos Mercados de Instrumentos Financeiros*, *passim*.

§ 23. SIGNIFICADO DO EMINENTE RELEVO ATRIBUÍDO AO DIREITO CONTRA-ORDENACIONAL NO ÂMBITO DO ESTADO GARANTIDOR

1. A ligação estreita que cremos ter logrado identificar entre o direito contra-ordenacional e as finalidades precípua de natureza eminentemente económica da responsabilidade pública de garantia que actualmente recai sobre o Estado na sua feição de Estado Garantidor constitui para nós um dado essencial para uma devida compreensão do papel por aquele exercido no quadro da ordem jurídica do novo paradigma do Estado de Garantia. Que a realidade económica contemporânea nada tem que ver com aquela que, entre nós e à nossa volta, existia ao tempo do lançamento e concretização do projecto de criação de um novo direito sancionatório como o direito de mera ordenação social é um ponto que nos parece incontroverso. Que, por outro lado, esta revolução económica que progressivamente tomou conta da sociedade, do Estado e das relações entre ambos¹⁶³³, transfigurando-os por completo, não poderia deixar de repercutir-se numa total recompreensão do direito de mera ordenação social, atento o papel de actor principal que este foi chamado a desempenhar no âmbito da ordenação jurídica regulatória que emergiu como o direito do novo paradigma económico-social, é coisa que também temos como segura.

Uma observação de vocação global sobre as áreas actuais de incidência do direito das contra-ordenações no âmbito económico como aquela que procurámos traçar supra permite-nos vislumbrar uma ampla cobertura sancionatória de natureza contra-ordenacional em três dos eixos fundamentais da economia contemporânea, o dos *serviços de interesse económico geral*, o da *concorrência* e o do *sistema económico-financeiro*. Cremos poder afirmar sem risco de erro que esses eixos económicos representam as traves-mestras de toda a realidade económica actual. A desagregação de qualquer deles implicaria provavelmente o desmoronar de toda a estrutura económico-social, sendo hoje líquido que uma crise séria no seu funcionamento, de amplitude sistémica, se reflecte inevitavelmente numa crise económica e social generalizada. Prova disso é a grande crise financeira eclodida em 2008 e suas ondas de choque

¹⁶³³ Referindo-se também aqui a uma “verdadeira revolução no que respeita às relações do Estado com a economia e ao papel e sentido da regulação económica”, MOREIRA, Vital / MAÇÃS, Fernanda, *Autoridades Reguladoras Independentes*, p. 9.

globais e sistémicas¹⁶³⁴. Como o seria seguramente, pelos seus mais do que certos efeitos catastróficos, o colapso da capacidade de fornecimento de electricidade ou de serviços de telecomunicações pelas companhias desses sectores ou a violação generalizada e impune das regras de uma livre e salutar concorrência pelo grandes operadores económicos. Ora, em todas estas vertentes fundamentais da economia contemporânea o funcionamento regular e equilibrado das redes de infra-estruturas e dos mercados económicos depende da observância de uma infinidade de prescrições legais e regulamentares que conjugadamente procuram assegurar tal desiderato, as mais das vezes de braço dado com a ameaça de uma sanção contra-ordenacional, que lhes visa conferir efectividade.

É justamente aqui que nos aparece uma parte significativa dos regimes contra-ordenacionais que se usa ora reconduzir à categoria das grandes contra-ordenações. Tal qualificação costuma ser reservada para as infracções puníveis com coimas que ascendam a valores na ordem dos milhões de euros¹⁶³⁵. Tratando-se embora de uma formulação desprovida de valor normativo, tem ela feito o seu curso em virtude de uma impressividade decorrente do seu contraste com a ideia generalizada de que o direito das contra-ordenações é um domínio de bagatelas. Seja como for, a ter algum préstimo, a expressão não deverá ficar reduzida a uma mera conotação pecuniária relacionada com um maior ou menor valor da coima cominada, devendo ainda, em nosso modo de ver, nutrir-se do – em regra, significativo – relevo dos bens jurídico-económicos que tais infracções visam tutelar¹⁶³⁶.

O reconhecimento da eminente relevância dos interesses em jogo naqueles domínios já não se esgota agora na sua “mera” consagração nas leis fundamentais que regem o nosso ordenamento jurídico, parecendo inclusive encontrar-se bem entranhada na consciência comunitária geral. A crise económico-financeira e o seu profundo e penoso impacto na vida social levaram a que porventura nunca como hoje tenha a sociedade nacional adquirido uma sensibilidade tão viva quanto à crucial importância do regular funcionamento da economia, bem como uma tão aguda consciência crítica

¹⁶³⁴ CÂMARA, Paulo, “Regulação e valores mobiliários”, p. 128 e s., e SANTOS, Luís Máximo dos, “Regulação e supervisão bancária”, p. 118 e ss.

¹⁶³⁵ ACHENBACH, “Die «großen» Wirtschafts-Ordnungswidrigkeiten”, p. 101.

¹⁶³⁶ Nesta direcção também, *nolens volens*, o já mencionado Ac. do TC n.º 78/2013: “Se é verdade que a moldura sancionatória em causa se situa em valores muito elevados, há que ter presente que o cumprimento do dever em causa é essencial à supervisão e fiscalização de um *sector de extraordinária relevância social*” (it. nosso).

em relação aos comportamentos desviantes da malha regulatória de carácter económico legalmente instituída e que assim, mesmo que só de forma distante e em articulação com outros, são idóneos a comprometer o normal funcionamento da economia.

2. Em todo este amplo e complexo contexto, a função de primeiríssima ordem nele legalmente atribuída ao direito das contra-ordenações representa um sinal iniludível de que o paradigma sancionatório que lhe deu origem já não é, definitivamente, o paradigma que nele hoje se exprime. Circunstância que é tanto mais significativa quanto se sabe que o direito económico foi o reduto onde a doutrina alemã, sob a batuta de Eberhard Schmidt e a influência da teoria do direito penal administrativo, fez nascer o direito de mera ordenação social.

Na sua génese alemã, as contra-ordenações constituíram um elemento fundamental de racionalização do direito penal económico e do resgate da ideia de Estado de Direito nesse domínio. Como tivemos oportunidade de esclarecer no início da nossa investigação, a cisão de cariz radicalmente qualitativo que, no âmbito económico, Eberhard Schmidt procurou incansavelmente traçar entre crimes e contra-ordenações fundou-se numa distinção entre dois espaços de interesses juridicamente reconhecidos pelo direito económico: de uma banda, o dos bens jurídicos (*Rechtsgüter*), coincidente com o dos interesses vitais económico-materiais; e de outra banda, o dos bens administrativos (*Verwaltungsgüter*), correspondente a um diferente tipo de interesses, radicados na relações entre a administração e os particulares, no âmbito dos quais estes figurariam como órgãos auxiliares daquela¹⁶³⁷. Dos bens jurídicos ocupar-se-ia o direito penal; e dos bens administrativos, o direito de mera ordenação social, que não deveria aspirar a ir além desse reduto dos interesses administrativos.

Como transparece também do nosso estudo, encontramos entre nós posições directa e inequivocamente tributárias desta marca genética do direito das contra-ordenações. Assim sucede no pensamento de Figueiredo Dias, que nesta matéria exhibe ainda refrações várias daquela concepção de Eberhard Schmidt. Tal parece-nos inegável quando persiste na distinção entre bens jurídico-penais, que reserva para o direito penal, e bens jurídico-administrativos, que acantona no direito das contra-ordenações¹⁶³⁸; ou quando sustenta que o direito penal secundário adquire um estatuto

¹⁶³⁷ SCHMIDT, *Das Neue Westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht*, p. 19 e ss., e supra § 4.

¹⁶³⁸ DIAS, Figueiredo, ²*DP-PG, I, 6.º Cap.*, § 34.

penal de corpo inteiro através da sua ligação à ordenação axiológico-constitucional dos direitos sociais e da organização económica, que, por definição, será estranha ao direito de mera ordenação social¹⁶³⁹. Outro exemplo, em seu tempo ainda sinal de uma vontade de fidelidade à concepção qualitativa tradicional, é o da lógica que inspirou a sistematização e o conteúdo do regime legal das Infracções contra a Economia e contra a Saúde Pública, introduzido pelo Decreto-Lei n.º 28/84, de 20/1. Como parece ser sugerido por Costa Andrade, que participou activamente nos respectivos trabalhos preparatórios¹⁶⁴⁰, procurou-se aí, assumindo o legado de Eberhard Schmidt, “estabelecer uma fronteira entre duas ordens de valores ou interesses: de um lado, os que relevam da vida comunitária como sistema económico com os seus conflitos reais; do outro os que se esgotam no interior da própria Administração, como o interesse cognitivo específico, destinado a garantir uma certa transparência da vida económica através de acções de registo, comunicação, informação, etc., impostas aos operadores económicos”¹⁶⁴¹. E na verdade, como o legislador procurou então explicar no preâmbulo desse diploma, foi nele tido o “particular cuidado de extremar rigorosamente os campos dos dois ilícitos em presença, a fim de evitar sobreposições ou confusões entre as previsões dos correspondentes tipos legais”, esclarecendo logo de seguida que com isso se pretendia significar que “se relegaram para o capítulo das contra-ordenações *apenas aqueles* comportamentos que não põem em causa interesses essenciais ou fundamentais da colectividade e que, por isso, carecem de verdadeira dignidade penal”¹⁶⁴².

Se voltamos a chamar à discussão o pensamento seminal de Eberhard Schmidt e suas repercussões entre nós é só para que fique mais claro que o tempo em que a nossa legislação penal e contra-ordenacional em matéria económica ainda se deixava inspirar por um ideário qualitativo radicado na importância social dos interesses tutelados é um tempo que ficou para trás¹⁶⁴³. Aquele que, ao menos formalmente, se apresenta ainda hoje como o nosso diploma legislativo central no domínio da criminalidade económica, o referido Decreto-Lei n.º 28/84, revela bem as marcas erosivas do tempo, dificilmente

¹⁶³⁹ DIAS, Figueiredo, “Para uma dogmática do direito penal secundário”, n.º 3718, p. 12, e ²DP-PG, I, 6.º Cap., § 24 e ss.

¹⁶⁴⁰ Cf. <http://www.fd.uc.pt/~jfcosta/vidafora.html>: “[José de Faria Costa] elaborou, em colaboração com Manuel Lopes Rocha e Manuel da Costa Andrade, um anteprojecto relativo às infracções anti-económicas”.

¹⁶⁴¹ ANDRADE, Costa, “A nova lei dos crimes contra a economia”, p. 92.

¹⁶⁴² Decreto-Lei n.º 28/84, de 20/1, *in*: DR, I Série, n.º 17, de 20-01-1984, p. 241.

¹⁶⁴³ Assim, e também por referência à concepção de Eberhard Schmidt, ACHENBACH, “Die «großen» Wirtschafts-Ordnungswidrigkeiten”, p. 107.

escapando ao rótulo de que se trata de uma lei datada e provavelmente já obsoleta¹⁶⁴⁴. É que os bens jurídico-económicos que na actualidade são valorados como os de maior relevo para a organização e ordenação económico-social deixaram de ser aqueles que os tipos incriminadores do Decreto-Lei n.º 28/84 procuram tutelar¹⁶⁴⁵. Os interesses económico-materiais vitais da sociedade contemporânea, para usar a expressão de Eberhard Schmidt, encontram-se agora essencialmente radicados naqueles domínios dos serviços de interesse económico geral e do sistema económico-financeiro¹⁶⁴⁶, sendo a livre concorrência em todos eles elevada a valor crucial a promover no âmbito da sua organização e funcionamento. Ora, o ordenamento sancionatório a que reiterada e sistematicamente o legislador recorre para protecção de tais interesses vitais, mesmo em relação às ofensas mais qualificadas que lhes possam ser dirigidas, é o contra-ordenacional!

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

¹⁶⁴⁴ Convergindo nesta ideia, DIAS, Silva, “Linhas gerais do regime jurídico dos crimes contra interesses dos consumidores...”, p. 559.

¹⁶⁴⁵ Faz por isso sentido a questão deixada em aberto, embora em tom de pergunta retórica, por DIAS, Silva, “Linhas gerais do regime jurídico dos crimes contra interesses dos consumidores...”, p. 320, acerca de crimes como a especulação e o açambarcamento previstos no Decreto-Lei n.º 28/84: “em que medida estas infracções (...) não deviam com mais proveito ser configuradas como contra-ordenações?”.

¹⁶⁴⁶ Em termos próximos, embora não totalmente coincidentes com a nossa visão, entende VELOSO, José António, “Questões hermenêuticas...”, n.º 48, tendo em vista o sector bancário, que a passagem da anterior legislação – na qual, designadamente, no Decreto-Lei n.º 42641, considera que se vislumbravam já infracções “muito graves do ponto de vista ético e dos valores económicos e sociais em causa” (p. 44) – para o actual RGCISF “não consistiu em substituir normas de fundamento ético por normas eticamente neutras, ou com sentido ético de escassa relevância que em regra é próprio do ilícito de mera ordenação social. Pelo contrário, a evolução para o Regime Geral foi acompanhada de um enorme *reforço, explicitação e desenvolvimento dos deveres deontológicos dos indivíduos e das empresas*, e intensificação da tutela jurídica desses deveres deontológicos” (p. 49).

económicos nem quanto à sua estrutura, nem quanto à sua gravidade, atenta a sua função de protecção de bens jurídicos e a pesada danosidade social que lhes é inerente¹⁶⁴⁷.

Significa isto, na nossa perspectiva, que, contra o que é voz corrente das concepções qualitativas acerca do critério de distinção entre crimes e contra-ordenações, não há em regra uma separação cortante de teor material entre o género de interesses ou bens jurídicos tutelados por cada um desses tipos de infracções¹⁶⁴⁸. O que se verifica, muito pelo contrário, é que os bens jurídicos em relação aos quais se afigura legítima uma intervenção penal, atenta a sua superior relevância no quadro constitucional da organização económica, são também eles interesses em que é constitucionalmente lícito o recurso à protecção que pode ser oferecida pelo direito contra-ordenacional¹⁶⁴⁹. Numa fórmula simples, *bens jurídico-económicos dotados de dignidade penal são tuteláveis por contra-ordenações*.

3. Na distinção entre crimes e contra-ordenações, o que nos parece essencial não é discernir o que sendo ou podendo ser contra-ordenação não pode ser crime, mas sim o que sendo ou podendo ser crime pode, em alternativa, de igual modo ser contra-ordenação. Pois onde uma e outra ordem sancionatória possam legitimamente concorrer, em alternativa ou em complementaridade, para a protecção do mesmo tipo de bens jurídicos e em relação ao mesmo género de ofensas deixará de poder considerar-se que entre elas intercede necessariamente uma diferença material ou qualitativa. E se assim é, não é pela via de uma (inexistente) distinção material entre o *facto* penal e o *facto* contra-ordenacional que poderão fundamentar-se as substanciais diferenças entre os regimes jurídicos substantivos e processuais constitucional e legalmente previstos para um e para outro. Com efeito, não se vê por que razão se há-de poder entender que um

¹⁶⁴⁷ ACHENBACH, “Die «großen» Wirtschafts-Ordnungswidrigkeiten”, p. 109 e s.

¹⁶⁴⁸ Para uma conclusão semelhante, DIAS, Silva, “O direito à não auto-inculpação no âmbito das contra-ordenações do Código dos Valores Mobiliários”, p. 256 e s., embora divergindo substancialmente da nossa concepção de base sustentada em texto, já que a convergência material dá-se não porque as contra-ordenações em consideração sejam permeadas pela ideia de dignidade penal, mas bem pelo contrário porque os crimes económicos com que vivem paredes-meias não passam as mais das vezes de “crimes de artificiais, sendo “o recorte sistémico dos interesses protegidos [que] torna fluida e artificial a fronteira entre crime e contra-ordenação”.

¹⁶⁴⁹ Nesta conclusão também, embora a contragosto, ACHENBACH, “Ahndung materiell sozialschädlichen Verhaltens durch bloße Geldbuße?”, p. 15 e ss. Em direcção distinta, parecendo admitir uma intervenção contra-ordenacional para prevenção de pesadas violações de bens jurídicos colectivos apenas enquanto a sua danosidade social não se encontrar suficientemente sedimentada na consciência jurídica colectiva, GÜNTHER, “Das Recht der Ordnungswidrigkeiten”, p. 392, que dá como exemplo as infracções anticoncorrenciais, no seu ponto de vista, já mais do que prontas para ingressar no âmbito penal.

determinado facto ao qual possa legitimamente caber tanto uma protecção penal como uma protecção contra-ordenacional deva poder ter um diferente tratamento legal consoante seja legalmente qualificado como crime ou como contra-ordenação pela circunstância de *outros factos* existirem em que tal dilema se não coloque e seja indiscutível que a única tutela sancionatória de que poderão beneficiar é de natureza contra-ordenacional.

Temos para nós que o paradigma sancionatório actual na esfera económica é assim conformado por duas ordens normativas, a penal e a contra-ordenacional, que podem legitimamente acorrer, isolada ou concertadamente, à protecção de interesses económicos fundamentais para a vida económico-social¹⁶⁵⁰. Um paradigma em que portanto, na perspectiva dos *factos* qualificados como infracções económicas penais ou contra-ordenacionais para tutela de bens jurídico-económico vitais, não é descortinável uma diferenciação material entre os domínios penal e contra-ordenacional.

É certo que este estado de coisas significa um corte radical com o modelo qualitativo com que entre nós se procurou – e, aliás, considerando a nossa doutrina e jurisprudência maioritárias, ainda se procura – oferecer um quadro explicativo para as relações entre crimes e contra-ordenações, assente numa sua separação ético-social, político-criminal e dogmática. Mas significa também um distanciamento da perspectiva tradicionalmente oposta, de cariz quantitativo. O direito das contra-ordenações há muito que deixou definitivamente de ser (só) um direito de infracções menores e de sanções bagatelares, como já há bastante tempo, aliás, proclamou o próprio legislador contra-ordenacional português: “compreensivelmente, não pode o direito de mera ordenação social continuar a ser olhado como um direito de bagatelas penais”¹⁶⁵¹. Na realidade, nele avultam ofensas da maior gravidade a bens jurídico-económicos de eminente relevância constitucional e nele são cominadas sanções, pecuniárias e não pecuniárias, de extraordinária severidade. Tanto assim que são de natureza contra-ordenacional as mais pesadas sanções pecuniárias dirigidas pelo nosso ordenamento jurídico às pessoas colectivas responsáveis pela prática de crimes e de contra-ordenações¹⁶⁵².

¹⁶⁵⁰ A este propósito, cf. PALIERO, “La sanzione amministrativa come moderno strumento...”, p. 1030 e ss., que apresenta distintos modelos sinérgicos possíveis de actuação penal e contra-ordenacional conjunta no domínio económico.

¹⁶⁵¹ Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 244/95, que levou a cabo aquela que até hoje se mostra a mais importante revisão do RGCO.

¹⁶⁵² Cf. o art. 69.º-2 do novo Regime Jurídico da Concorrência (Lei n.º 19/2012), e o art. 32.º-2 do Regime Sancionatório do Sector Energético (Lei n.º 9/2013).

4. O que pode perguntar-se é se este quadro actual – um quadro em que as infracções económicas dão corpo a um paradigma de tendencial convergência substancial entre crimes e contra-ordenações – deverá ser objecto de uma reconformação que implique para o direito das contra-ordenações um regresso às origens, designadamente, uma sua reconversão num direito sancionatório de pura ordenação social. Ou, o que é no fundo perguntar-se pelo mesmo, se foi errado o rumo dado pelo legislador português, sob forte influência comunitária, ao direito contra-ordenacional económico no sentido de o convocar sistematicamente para a protecção de bens jurídico-económicos vitais, com inexorável e irreversível sacrifício do ideário contra-ordenacional original¹⁶⁵³. Um caminho que não poderia deixar de levar, como levou, a um considerável aumento do rigor das sanções contra-ordenacionais.

Não está aqui em causa avaliar se neste ou naquele específico domínio se levou longe de mais a tipificação de contra-ordenações, numa condenável fúria reguladora, esquecida do princípio constitucional da necessidade e com um inadmissível cunho paternalista¹⁶⁵⁴, que degenerou numa autêntica e em certos domínios já insuportável hipertrofia contra-ordenacional¹⁶⁵⁵; ou se em determinados casos não se terá ido para além do permitido pelo princípio da proporcionalidade em matéria de fixação de sanções, seja na sua relação com a gravidade dos factos correspondentes¹⁶⁵⁶, seja no seu contraste com factos e sanções penais comparáveis; ou se os regimes legais respectivos apresentam uma consistente coerência interna ou se se coadunam à complexidade das infracções tipificadas ou à gravidade das sanções cominadas; *etc.* Em todos estes pontos o nosso sistema contra-ordenacional dá mostras de problemas que em boa parte são seguramente fruto de uma progressiva transformação substancial do seu papel não raro

¹⁶⁵³ Um interrogação similar é formulada por PINTO, Frederico Costa, “A tutela dos mercados de valores mobiliários...”, p. 287, a propósito da opção sancionatória do Código do Mercado de Valores Mobiliários de 1991: “terá sido correcta a opção do legislador de 1991 pelo regime das contra-ordenações como modelo central de tutela do mercado de valores mobiliários?”. Tal como para nós, como se explicitará em texto, também para Frederico Costa Pinto “a opção do legislador foi essencialmente correcta”. Uma resposta que, todavia, tal como assinalámos *supra* quando nos debruçámos detidamente sobre o pensamento contra-ordenacional de Frederico Costa Pinto (§ 15), parece inconciliável com a sua atitude fortemente crítica face à por si apelidada descaracterização do direito de mera ordenação social, consubstanciada numa sua aproximação ao direito penal determinada justamente pela integração no seio de novas matérias como a dos valores mobiliários (PINTO, Frederico Costa, “O ilícito de mera ordenação social...”, p. 14 e ss.).

¹⁶⁵⁴ Cf. ANDRADE, Vieira de, *Lições de Direito Administrativo*, p. 23.

¹⁶⁵⁵ Neste sentido, ACHENBACH, “Die «großen» Wirtschafts-Ordnungswidrigkeiten”, p. 102 e ss.

¹⁶⁵⁶ Para um exemplo claro em matéria de contra-ordenações laborais, cf. COSTA, A. de Almeida, “A propósito do novo Código do Trabalho”, p. 1048 e s., nota 20.

desacompanhada das reconformações normativas necessárias para que passasse a estar à altura das novas responsabilidades que lhe foram confiadas. A isso não terá sido alheio o “estado de negação” de que a nossa doutrina parece ter sido acometida e a complacência jurisprudencial, com destaque para a jurisprudência constitucional, em relação a soluções legais desajustadas dos novos problemas com que o sistema contra-ordenacional começou a deparar-se.

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

Simplificando, porventura de mais, e reduzindo o problema à sua raiz, perante a revolução que varreu a nossa economia e a avalanche regulatória que a acompanhou parece-nos que haveria que escolher uma de duas opções de fundo¹⁶⁵⁷. Poucos anos antes do início deste movimento económico havia sido entre nós adoptado um sistema sancionatório formado por dois domínios, o penal e o contra-ordenacional, que impôs um modelo infraccional exclusivamente composto pelo binómio crime / contra-ordenação. Ora, em face deste *tertium non datur*¹⁶⁵⁸, ou o legislador nacional seguia a linha preconizada pela teoria qualitativa e arredava o direito das contra-ordenações da protecção dos interesses económicos vitais inerentes ao novos serviços de interesse económico geral e ao sistema económico-financeiro resultantes dos processos de privatização e de liberalização da economia, com o que, não podendo deixar de lhes garantir uma tutela sancionatória, seria necessário que o direito penal entrasse em força nesses domínios; ou rompia com o paradigma qualitativo e abria a área de intervenção das contra-ordenações aos bens jurídico-económicos essenciais.

Como é bom de ver, foi esta segunda opção de fundo que o nosso legislador abraçou. Mesmo que nos momentos em que se tomaram as decisões legislativas que

¹⁶⁵⁷ Com muito interesse, porque contemporâneo desta encruzilhada e logo antevendo os grandes modelos possíveis, o extraordinário e a tantos títulos profético ensaio de PALIERO, “La sanzione amministrativa come moderno strumento...”, p. 1027 e ss.

¹⁶⁵⁸ Pronunciando-se no sentido da existência deste “*numerus clausus*” das infracções que o sistema sancionatório português poderia segregar, logo COSTA, Faria, *O Perigo em Direito Penal*, p. 461 e s., nota 230.

fizeram o direito das contra-ordenações rumar nesse sentido não tenha existido consciência plena da alteração de paradigma para que através delas se caminhava¹⁶⁵⁹ e que tal tenha decorrido também da influência nestes domínios económicos exercida pelo direito comunitário, *maxime* pela sua pressão para a criação de entidades reguladoras independentes, não vemos como pudesse ter sido outra a direcção a dar ao nosso sistema contra-ordenacional no contexto da enorme maré regulatória gerada pela emergência de um novo paradigma nas relações económicas entre o Estado e o mercado.

Não queremos com isto dizer que na gigantesca massa de prescrições normativas que compõem o direito regulatório para o seio do qual foi chamado o direito das contra-ordenações não exista uma parte considerável delas que correspondam ainda à tradicional noção de normas de pura ordenação social. Pensamos sobretudo naquelas que versem sobre as relações entre os agentes económicos e a administração. Logo por aí sempre seria de contar com uma forte presença do direito contra-ordenacional nos novos domínios regulatórios. Não é todavia a essa realidade que nos pretendemos referir, mas sim às contra-ordenações dirigidas à directa tutela de interesses económicos *materiais* que o direito regulatório procura acautelar em ordem a satisfazer as finalidades da responsabilidade pública de garantia que sobre o Estado impende.

¹⁶⁵⁹ Cf., não obstante, o já referido preâmbulo do Decreto-Lei n.º 244/95, de 14/9, que reviu de forma substancial o RGCO, motivado precisamente pela profunda transformação de que o nosso direito contra-ordenacional dava mostras já em meados da década de noventa do século passado: “Consagrado a partir de 1979, o ilícito de mera ordenação social tem vindo a assumir uma importância antes dificilmente imaginável”.

Não deixam ainda de ser interessantes as revelações de VELOSO, José António, “Boas intenções, maus resultados”, p. 74 e ss., e “Questões hermenêuticas...”, n.º 49, p. 68 e ss., que, assumindo-se como uma espécie de legislador do regime sancionatório do RGICSF se lamenta – “porque a solução óptima teria sido, no nosso [dele, José António Veloso] juízo, aplicar o regime de mera ordenação apenas às infracções do tipo da disciplina financeira, únicas compatíveis com esse enquadramento, e *arrumar o essencial da regulamentação dos ilícitos graves – não só da lei bancária, mas também da lei das seguradoras, da lei da bolsa e de outras leis financeiras – no Direito penal propriamente dito*, por extravasarem, a múltiplas luzes, da filosofia e do âmbito natural de aplicação da lei dos ilícitos de mera ordenação social” (“Questões hermenêuticas...”, n.º 49, p. 69) – das «constraints» com que se deparou no período em que desempenhava funções no Banco de Portugal e foi chamado a intervir no processo legislativo do RGICSF. O curioso é que tais «constraints» que José António Veloso diz já não ter ido a tempo de remover provieram nem mais nem menos do que do órgão de soberania a quem a Constituição da República atribui competência, aliás, reservada (art. 165.º, n.º 1, *c*) e *d*)), para tomar decisões sobre este tipo de matérias, a Assembleia da República, sob a forma de lei de autorização parlamentar!

As confissões de José António Veloso são um exemplo mais da indesejável promiscuidade entre órgãos legiferantes e autoridades reguladoras que parece “implicar um grau de proximidade alheio à ideia de entidade reguladora” para que alerta FERREIRA, Paz, “Em torno da regulação económica...”, p. 51.

4.1 À partida, visto o problema sob o prisma penal, a inequívoca e elevada dignidade constitucional dos bens jurídicos objecto da malha regulatória referida aos serviços de interesse económico geral e ao sistema económico-financeiro, tanto de natureza individual como supra-individual, seria caução suficiente para aí abrir caminho a uma intervenção penal¹⁶⁶⁰. Restaria, porém, saber se tal seria sequer aconselhável sob o ponto de vista político-criminal, da *ultima ratio* do direito penal¹⁶⁶¹ e das injunções próprias do critério de legitimação material negativa da carência de tutela penal. Na verdade, temos as maiores dúvidas sobre a capacidade do nosso sistema penal para responder às exigências sancionatórias destes sectores no caso de um seu envolvimento tão intenso como aquele que por certo seria necessário se se abdicasse de uma acção contra-ordenacional para esse mesmo efeito.

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

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

¹⁶⁶⁰ A este ponto – altamente controvertido, porém – voltaremos infra, mais de espaço (cf., §§ 24 a 26).

¹⁶⁶¹ PINTO, Frederico Costa, “A tutela dos mercados de valores mobiliários...”, p. 287.

das normas de proibição e a elas interligadas por cascatas de prescrições remissivas¹⁶⁶², etc., seriam evidentes as dificuldades da sua compatibilização com a determinabilidade típica exigida pelo princípio da legalidade criminal.

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

Sucedem que enquanto que a supervisão tem um modo de funcionamento *ex ante*, sendo os supervisionados vigiados e fiscalizados pelas entidades reguladoras mesmo na ausência de uma notícia de uma infracção, o *modus operandi* do processo penal é de carácter *ex post*. Seria inconcebível, porque autenticamente contranatura, a atribuição de funções de supervisão ao Ministério Público no âmbito do processo penal ou na antecâmara dele. Além de não estar minimamente vocacionado para tal tipo de tarefas, dada até a especialização técnica imprescindível para compreender e lidar com as especificidades dos vários domínios sujeitos a regulação, o Ministério Público dificilmente disporia dos meios e recursos necessários para exercer eficazmente tal papel. E o mesmo se diga, aliás, no caso de adopção de um modelo intermédio que passasse por entregar a supervisão às autoridades reguladoras com entrada em acção do Ministério Público na hipótese de recolha da notícia de crime precedida de indagações preliminares. A generalização deste modelo – entre nós consagrado no Código dos Valores Mobiliários, mas com uma amplitude muito limitada, circunscrita aos dois únicos crimes contra o mercado tipificados naquele diploma (o abuso de informação privilegiada e a manipulação de mercado, arts. 378.º e 379.º do CVM, respectivamente)¹⁶⁶³ – num cenário de profusa intervenção penal no domínio regulatório levantaria aqueles mesmos problemas. As óbvias disfuncionalidades e ineficiências que uma solução regulatória vincadamente penal deixa adivinhar, com o inerente prejuízo para uma tutela eficaz dos bens jurídico-económicos nestes domínios envolvidos, são

¹⁶⁶² Cf. VEIGA, Alexandre Brandão da, “A construção dos tipos contra-ordenacionais no Novo Código dos Valores Mobiliários”, *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários*, n.º 7, 2000, p. 422.

¹⁶⁶³ Sobre o regime das averiguações preliminares previsto no art.382.º do CVM, PINTO, Frederico Costa, “A supervisão no novo Código dos Valores Mobiliários”, p. 102 e ss.

um elemento mais a depor contra uma abordagem sancionatória dessa índole¹⁶⁶⁴. A elas acresceria a sobrecarga processual que um modelo desta natureza acarretaria para a máquina judiciária e o longo cortejo de nefastas consequências que daí adviriam para todo o sistema de justiça penal.

Em suma, como ao tempo advertiu Paliero, assim pretendendo caucionar uma via contra-ordenacional ligada a um modelo de regulação e (sobretudo) de supervisão assente em entidades reguladoras independentes, a escolha por um modelo de tutela clássico de cunho penal ou mesmo até contra-ordenacional no sentido tradicional corresponderia a uma opção por “um tigre de papel incapaz de exercer qualquer função que não seja simbólica”¹⁶⁶⁵!

As fundas objecções inevitavelmente suscitadas por um modelo regulatório de matriz penal legitimam as maiores reservas em relação à adequação do direito penal para assegurar o *essencial* da ampla tutela sancionatória reclamada pelos bens jurídico-económicos fundamentais ligados aos serviços de interesse económico geral e ao sistema económico-financeiro¹⁶⁶⁶, do mesmo passo fazendo parecer avisado o distanciamento que o legislador português sempre guardou de tal tipo de abordagem.

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

Talvez não seja sequer correcto entender esta escolha da via contra-ordenacional como resultado de um processo de exclusão de partes ou uma espécie de consequência de uma opção pelo mal menor, como aquela nossa afirmação poderia porventura suggestionar. Pois se havia ordem sancionatória que se perfilava como predestinada a receber o essencial do encargo sancionador do novo direito regulatório do Estado Garantidor seria ela a do direito das contra-ordenações. Ainda que essa opção corresse ao arrepio da concepção qualitativa que lhe deu origem e que lhe procurou imprimir um conteúdo de todo em todo contrário à assimilação de funções desta natureza, a partir do momento em que, sob directa e forte influência da União Europeia, o legislador

¹⁶⁶⁴ Em sentido próximo, tendo em perspectiva uma possível jurisdicionalização do processo contra-ordenacional, CÂMARA, Paulo, “Regulação e valores mobiliários”, p. 155 e s.

¹⁶⁶⁵ PALIERO, “La sanzione amministrativa come moderno strumento...”, p. 1033.

¹⁶⁶⁶ Nesta conclusão, no âmbito do mercado de valores mobiliários, PINTO, Frederico Costa, “A tutela dos mercados de valores mobiliários...”, p. 286 e ss.

português adoptou um modelo regulatório de estilo norte-americano assente em autoridades reguladoras independentes os dados estavam inequívoca e irreversivelmente lançados a favor de uma solução eminentemente contra-ordenacional¹⁶⁶⁷.

Coenvolvendo esse modelo a concessão de poderes normativos, fiscalizadores e sancionadores a uma mesma entidade de natureza administrativa, parece-nos evidente que o direito contra-ordenacional estava naturalmente fadado para aí entrar em cena como actor principal. A compatibilização do propósito de atribuição às entidades reguladoras de *competências normativas* susceptíveis de beneficiar de tutela sancionatória seria bem mais viável no âmbito contra-ordenacional do que no penal. O efeito útil do deferimento de *poderes sancionatórios* a essas entidades ficaria, por seu turno, fortemente enfraquecido se a tendência legislativa tivesse ido no sentido de qualificar como crime as violações mais graves aos interesses económicos essenciais dos sectores regulados, já que as autoridades reguladoras acabariam por ver-se desprovidas de poderes de decisão sancionatórios justamente ali onde a necessidade da sua acção reguladora se faria sentir com maior vivacidade. Por último, como resulta das considerações avançadas no âmbito da perspectiva penal, só o direito da contra-ordenação estaria em condições de garantir uma articulação adequada e funcional entre as vertentes de fiscalização e de sancionamento inerentes à função de supervisão confiada aos reguladores. Demais que, como em geral se reconhece, “a competência sancionatória (...) funciona como condição de eficácia da função de supervisão”¹⁶⁶⁸. Deste modo, existindo uma relação de inarredável imbricação entre as actividades de fiscalização e de investigação de eventuais infracções praticadas pelos supervisionados¹⁶⁶⁹ e havendo o propósito de entregar o poder de punição de tais infracções à mesma entidade responsável por aquelas actividades de supervisão tal seria incompatível com um processo de estrutura acusatória como, por imposição constitucional (art. 32.º-5 da CRP), é o nosso processo penal. Com efeito, só uma matriz processual inquisitória como é a do processo contra-ordenacional permitiria concentrar

¹⁶⁶⁷ Assim, também PINTO, Frederico Costa, “A tutela dos mercados de valores mobiliários...”, p. 287 e s.

¹⁶⁶⁸ Ac. do TC n.º 461/2011, *AcsTC* 82.º, p. 288. Sublinhando já esta correlação entre fiscalização e sancionamento, DIAS, Figueiredo / ANDRADE, Costa, “Poderes de supervisão, direito ao silêncio e provas proibidas (Parecer)”, p. 25 e *passim*.

¹⁶⁶⁹ PINTO, Frederico de Lacerda da Costa, “Supervisão do mercado, legalidade da prova e direito de defesa em processo de contra-ordenação”, in: Jorge de Figueiredo Dias *et al.*, *Supervisão, Direito ao Silêncio e Legalidade da Prova*, Coimbra, Almedina, 2009, p. 77 e ss.

na mesma entidade administrativa os poderes de investigação e de sancionamento das infracções às normas do direito regulatório.

As marcas identitárias do novo direito regulatório baseado em entidades reguladoras independentes instituído pelo nosso legislador a partir da década de noventa coadunavam-se de um modo tão perfeito com as características típicas do direito contra-ordenacional que não se vê como pudesse evitar-se que um e outro se unissem incindivelmente a partir daí. E note-se que a força de atracção entre ambos os domínios é uma tal que mesmo um ordenamento jurídico como o francês que sempre se manteve fiel ao modelo das contra-venções e procurou distanciar-se das tendências de administrativização do poder punitivo do Estado, cujo expoente máximo foi o da experiência contra-ordenacional alemã, não resistiu à desjudicialização dos procedimentos sancionatórios em vários sectores da regulação económica, como o do mercado de capitais, o dos seguros ou o da concorrência¹⁶⁷⁰.

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

Um primeiro plano de afirmação do paradigma contra-ordenacional vigente é o da aberta atribuição ao direito das contra-ordenações de um papel de *directa tutela dos mais importantes bens jurídicos da nossa constituição económica*, praticamente sempre frente às *mais severas ofensas* que lhes podem ser dirigidas. Com isso, passou ele a concorrer com o direito penal económico na missão de protecção dos interesses económico-vitais da organização económica constitucionalmente postulada, deixando de ser possível, apesar das reiteradas posições em sentido contrário que persistem na nossa doutrina dominante e na jurisprudência constitucional, continuar a afirmar que o direito das contra-ordenações constitui, por definição, um domínio de factos ético-socialmente neutros. Isto no pressuposto, que é o nosso¹⁶⁷¹, de que o quadro de referência para avaliar o relevo axiológico-social de um facto é o da ordenação axiológico-constitucional.

¹⁶⁷⁰ Cf. DELMAS-MARTY, Mireille / TEITGEN-COLLY, Catherine, *Punir sans Juger? De la Répression Administrative au Droit Administratif Pénal*, Paris, Economica, 1992, p. 16 e ss.

¹⁶⁷¹ Supra, § 14.4, 6.

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

Um segundo plano em que se divisa um conteúdo substancialmente novo do actual direito das contra-ordenações é o da magnitude das suas sanções. Não é só no direito regulatório que nos confrontamos com as chamadas grandes contra-ordenações, mas é nele que elas conhecem maior expressão¹⁶⁷². Um destino a que as sanções contra-ordenacionais não poderiam escapar num contexto como este em que o direito das contra-ordenações foi alcandorado a direito sancionatório de referência dos mais importantes sectores da vida económica contemporânea.

Vários foram os factores que concorreram para uma acentuada elevação do valor das coimas e da severidade das sanções acessórias cominadas. A eficácia preventiva, geral e especial, das sanções não poderia, naturalmente, abstrair-se das características das infracções a que passaram a dirigir-se e do tipo de agentes económicos que a elas estariam sujeitos e respectivo ambiente económico. Procurando-se proteger, através de tal intervenção contra-ordenacional, bens jurídico-económicos vitais de sectores-chave da economia e do sistema financeiro das mais graves ofensas que lhe podem ser opostas pelos actores principais desses sectores, com frequência acompanhadas de riscos sistémicos¹⁶⁷³ e de uma potencialidade danosa difusa sobre toda ou parte considerável da comunidade, verificar-se-á logo por isso uma inevitável tendência para a previsão de coimas de valores elevados¹⁶⁷⁴. E será tanto mais assim quanto se trate de sectores, como acontece quase sempre, em que os potenciais infractores sejam agentes económicos com actividades económicas de enormes dimensões¹⁶⁷⁵, não só à escala

¹⁶⁷² Referindo-se a uma situação semelhante no direito alemão, ACHENBACH, “Die «großen» Wirtschafts-Ordnungswidrigkeiten”, p. 101 e s., e “Ahndung materiell sozialschädlichen Verhaltens durch bloße Geldbuße?”, p. 12 e ss.

¹⁶⁷³ CANOTILHO, Gomes / MOREIRA, Vital, ⁴CRP, I, p. 1081, e SANTOS, Luis Máximo dos, “Regulação e supervisão bancária”, p. 69 e ss.

¹⁶⁷⁴ Nesta direcção, VELOSO, José António, “Questões hermenêuticas...”, n.º 49, p. 47.

¹⁶⁷⁵ Assim, igualmente, o Ac. do TC n.º 78/2013.

nacional como até mundial, que movimentam gigantescos fluxos financeiros. Tendo o legislador nacional adoptado um modelo de soma global e não de dias de coima no âmbito da determinação das coimas¹⁶⁷⁶, só a previsão de limites máximos de coima elevados, eventualmente, se necessário, referidos ao volume de negócios do agente¹⁶⁷⁷, exercerá um efeito preventivo minimamente razoável sobre potenciais prevaricadores deste coturno¹⁶⁷⁸. Isto mesmo sem que seja sequer ainda levado em linha de conta a necessidade de incorporação na punição de mecanismos que permitam privar o agente do benefício económico indevido alcançado com a prática da contra-ordenação; necessidade essa que constitui um factor mais a apontar naquele sentido da elevação das coimas, nomeadamente, quando o confisco do proveito ilícito não seja estabelecido como sanção acessória autónoma e se aplique a solução geral do art. 18.º, n.ºs 1 e 2, do RGCO¹⁶⁷⁹.

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

Em face das críticas endereçadas à actuação de primeiro plano do direito das contra-ordenações no palco da regulação, cremos que haverá que destrinçar entre o que são as teses que pugnam por um tal afastamento na base da posição de que o código genético do direito das contra-ordenações é incompatível com esse tipo de intervenção,

¹⁶⁷⁶ Cf. DIAS, Figueiredo, *DP-PG, II*, § 117.

¹⁶⁷⁷ Pela conformidade constitucional deste modelo de fixação da moldura de coima sob o ponto de vista do cumprimento do princípio da legalidade (art. 29.º-1 da CRP), ao menos implicitamente, o nosso Tribunal Constitucional, nos Acs. n.ºs 353/2011 e 461/2011. Contra, ACHENBACH, “Die «großen» Wirtschafts-Ordnungswidrigkeiten”, p. 106 e s.

¹⁶⁷⁸ Nesta conclusão, o Ac. do TC n.º 78/2013. Crítico desta perspectiva, que deprecia como uma expressão de um “pensamento do «effet utile»”, ACHENBACH, “Die «großen» Wirtschafts-Ordnungswidrigkeiten”, p. 105 e ss.

¹⁶⁷⁹ PALMA, Maria Fernanda / OTERO, Paulo, “Revisão do regime do ilícito de mera ordenação social (parecer e proposta de alteração legislativa)”, *RFDUL*, vol. 37, 1996, p. 558 e ss.

dado que não foi pensado e criado para isso¹⁶⁸⁰, e o que são as críticas ao modo como o processamento contra-ordenacional é concretamente levado a cabo nos sectores regulatórios.

Em relação ao primeiro posicionamento crítico cremos ter dito já o suficiente para justificar a nossa ideia de que o direito das contra-ordenações não só não é inidóneo para desempenhar aquele papel, como há boas e fundadas razões para considerá-lo como o direito sancionatório mais apto e apetrechado a garantir o grosso da tutela sancionatória de que carecem os bens jurídico-económicos que aí se divisam¹⁶⁸¹. Com isto não queremos de todo significar que o direito penal não possa aí também actuar, designadamente, quando se conclua pela necessidade e adequação da sua intervenção¹⁶⁸². Simplesmente, tendo em conta as considerações tecidas supra acerca de uma eventual opção regulatória de índole eminentemente criminal e o carácter fragmentário do direito penal, a abertura do espaço da regulação ao direito penal será sempre necessariamente limitada, confinada a um raio circunscrito de ofensas qualificadas a bens jurídico-económicos vitais. Um cenário, portanto, em que para ofensas deste quilate poderão concorrer tanto o direito penal como o direito contra-ordenacional, devendo a este ser reservada a fatia de leão desse esforço.

Partilhamos, isso sim, as preocupações aqui e ali suscitadas quanto aos termos como as nossas autoridades reguladoras frequentemente exercem os seus poderes de processamento contra-ordenacional¹⁶⁸³, representativos de um inaceitável exacerbamento da matriz inquisitória que é conatural à fase administrativa do sistema processual contra-ordenacional e que se espelha em práticas que desconsideram o papel do arguido como autêntico sujeito processual, menosprezam o princípio da presunção de inocência ou enfraquecem o princípio da proibição da auto-incriminação¹⁶⁸⁴. Nada, porém, que por si só signifique uma incompatibilidade de base entre o direito das

¹⁶⁸⁰ Assim, v. g., VELOSO, José António, “Questões hermenêuticas...”, n.º 48, p. 49 e s. (“o regime dos ilícitos de mera ordenação social não deveria ter sido aplicado a estas infracções [do RGICSF], porque se trata substancialmente de *crimes* – e entre eles crimes dos mais graves que podem ser cometidos contra pessoas e comunidades –, cujo lugar próprio é portanto o Direito e processo penal”) e n.º 49, p. 68 e ss.

¹⁶⁸¹ Na linha desta conclusão, PINTO, Frederico Costa, “As codificações sectoriais...”, p. 92 e ss. e *passim*.

¹⁶⁸² Cf. *infra*, desenvolvidamente, §§ 24 a 26.

¹⁶⁸³ VELOSO, José António, “Boas intenções, maus resultados”, p. 74 e ss., e SILVA, Paula Costa e, “As autoridades independentes”, p. 556 e ss.

¹⁶⁸⁴ BRANDÃO, Nuno, “Acordos sobre a decisão administrativa e sobre a sentença no processo contra-ordenacional”, *RPCC*, 4/2011, p. 598 e ss.

contra-ordenações e as necessidades sancionatórias dos sectores da regulação¹⁶⁸⁵; antes constituindo sinal da conveniência da criação de estruturas institucionais e de modelos de funcionamento que matizem aquela vocação inquisitória em favor de soluções de cariz acusatório¹⁶⁸⁶.

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

Será interessante aqui recordar a estupefacção que no séc. XIX era expressa por Chauveau e Hélie em relação à concentração de poderes normativos e judicativos em numerosas autoridades permitida pelo direito de polícia do Antigo Regime, rotulando-a como “uma confusão que hoje se nos afigura estranha”¹⁶⁸⁷. Não admira que, estando o princípio da separação de poderes entranhado até à medula da nossa experiência político-social, se volte agora a exprimir aquela estranheza em seu tempo verbalizada por Chauveau e Hélie ante a concentração de poderes com que nos confrontamos nas coevas autoridades administrativas independentes, que, como vimos, são um produto da importação de um modelo sem tradição na experiência europeia¹⁶⁸⁸.

Autonomia, legitimidade, neutralidade política, capacidade técnica, prestação de contas (*accountability*), controlo das decisões, relações com os regulados, *etc.*, são tudo hoje tópicos altamente controvertidos que concitam a discussão em torno da legitimidade democrática das autoridades reguladoras¹⁶⁸⁹, falando-se mesmo numa “república de reguladores”¹⁶⁹⁰. Um problema tão candente – e que vai muito para além do objecto da nossa investigação – que leva mesmo Gomes Canotilho a sugerir que

¹⁶⁸⁵ Contra, todavia, VELOSO, José António, “Boas intenções, maus resultados”, p. 74 e ss.; e na direcção do texto, DIAS, Silva, “O direito à não auto-inculpação no âmbito das contra-ordenações do Código dos Valores Mobiliários”, p. 248 e s.

¹⁶⁸⁶ Nesta direcção, CÂMARA, Paulo, “Regulação e valores mobiliários”, p. 156.

¹⁶⁸⁷ CHAUVEAU / HÉLIE, *Théorie du Code Pénal*, VI, 1873, p. 282, n.º 2715.

¹⁶⁸⁸ Apontando também para as dificuldades daqui decorrentes, CATARINO, Luís, *Regulação e Supervisão dos Mercados de Instrumentos Financeiros*, p. 843.

¹⁶⁸⁹ Cf. CANOTILHO, Gomes, “O direito constitucional passa...”, p. 718 e s., “O princípio democrático sobre a pressão dos novos esquemas regulatórios”, p. 105 e ss. e *passim*, FERREIRA, Paz, “Em torno da regulação económica...”, p. 50 e ss., CÂMARA, Paulo, “Regulação e valores mobiliários”, p. 162 e ss., e CALVETE, Victor, “Entidades administrativas independentes”, *passim*.

¹⁶⁹⁰ Esta expressiva formulação é de CANOTILHO, Gomes, “O princípio democrático sobre a pressão dos novos esquemas regulatórios”, p. 105.

“talvez esteja aqui o «nó górdio da democracia»”¹⁶⁹¹. Ora, parece-nos que é sobretudo aí, numa cultura regulatória que evidencia desajustamentos em relação à ideia de Estado de direito, e não tanto em eventuais deficiências congénitas do direito contra-ordenacional para assegurar um devido e equitativo processamento sancionatório das infracções do âmbito regulatório que entroncam as ditas disfunções que correntemente acometem as práticas processuais contra-ordenacionais das nossas autoridades reguladoras.

¹⁶⁹¹ CANOTILHO, Gomes, “O princípio democrático sobre a pressão dos novos esquemas regulatórios”, p. 106.

CAPÍTULO II – A TUTELA PENAL CUMULATIVA DOS BENS JURÍDICOS COLECTIVOS

Se a evolução do direito contra-ordenacional correu no sentido da convergência com o direito penal, para a aproximação entre os dois domínios contribuiu ainda, e decisivamente, o caminho que o próprio direito penal vem trilhando nas últimas duas, três décadas. Referimo-nos à tendência de alargamento do raio de acção do direito penal a novas áreas da vida social contemporânea, justamente designada por expansão do direito penal¹⁶⁹². Vale por dizer, nas palavras de Feijoo Sánchez, que “sob o ponto de vista político-criminal não vivemos uma fase caracterizada pela descriminalização, mas antes por um claro processo crescente de criminalização”¹⁶⁹³. Uma das marcas de água deste processo expansivo é a chamada – regra geral, em sentido crítico e até depreciativo – *administrativização do direito penal*¹⁶⁹⁴. Uma expressão que é usada justamente para dar a entender que o rumo que o direito penal tem seguido é o da ocupação de espaços próprios do direito administrativo que tradicionalmente se associavam ao direito contra-ordenacional. Deixando entre parêntesis as nossas reservas em relação a este recorrente vício de tomar por administrativos todo o tipo de interesses que se afastem dos bens jurídicos clássicos do direito penal de justiça, sempre deve reconhecer-se, com Hassemer e Neumann, que a par daquela tendência expansiva do direito das contra-ordenações sobre a qual nos detivemos supra, o outro factor que vem determinando uma cada vez maior dissolução das fronteiras entre o direito penal e o direito das contra-ordenações é precisamente este movimento de expansão do direito

¹⁶⁹² Expressão que ganhou foro de cidade sobretudo pela mão de SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política Criminal en las Sociedades Postindustriales*, 2.^a ed., 2.^a reimp. (2008), Buenos Aires, BdeF, 2001 (a 1.^a ed. é de 1999).

¹⁶⁹³ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, “Sobre la «administrativización» del Derecho penal en la «sociedad de riesgo»: un apunte sobre la política criminal a principios del siglo XXI”, in: Díaz-Maroto e Villarejo (orgs.), *Derecho y justicia penal en el siglo XXI. Liber Amicorum en Homenaje al Profesor Antonio González-Cuéllar García*, Madrid, Ed. Colex, 2006, p. 137 e ss. Falando já nesta tendência aquando dos trabalhos legislativos que conduziram à reforma de 1995 do CP, PALMA, Maria Fernanda, “Novas formas de criminalidade: o problema do direito penal do ambiente”, in: Luís Vaz das Neves, *Estudos Comemorativos do 150.º Aniversário do Tribunal da Boa-Hora*, Lisboa, Ministério da Justiça, 1995, p. 199, e agora de novo em “Direito penal especial: o vértice do sistema penal”, p. 11 e ss.

¹⁶⁹⁴ Cf., por outros, numa direcção crítica, SILVA SÁNCHEZ, *La Expansión del Derecho Penal*, p. 131 e ss.; DIAS, Silva, «*Delicta in Se*» e «*Delicta Mere Prohibita*», pp. 216 e ss. e 238 e ss.; FEIJOO SÁNCHEZ, “Sobre la “administrativización” del Derecho penal...”, *passim*; e em sentido favorável, GRACIA MARTIN, Luis, *Prolegómenos para la Lucha por la Modernización y Expansión del Derecho Penal y para la Crítica del Discurso de Resistencia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, *passim*.

penal¹⁶⁹⁵. Por aqui se vê, como intuiu Kurt Seelmann, como a nossa questão se inscreve na problemática mais ampla acerca da legitimidade do modelo eminentemente preventivo do direito penal de hoje¹⁶⁹⁶ e da peleja jurídico-penal que em torno dele vem sendo travada, no âmbito da qual a discussão acerca do critério de distinção entre crimes e contra-ordenações adquiriu uma *nova actualidade*¹⁶⁹⁷.

O ponto nodal de toda a discussão é representado fundamentalmente pela questão da tutela penal de bens jurídicos colectivos, justamente o domínio que historicamente se usa associar à génese do direito contra-ordenacional. Não que o direito penal alguma vez se tenha eximido de proteger bens jurídicos supra-individuais. Como refere Roland Hefendehl, não sem alguma ironia, porque a ideia da ilegitimidade dos bens jurídicos supra-individuais não se sustenta por si própria, como resulta claro a partir da constatação de nunca ninguém ter empreendido uma tentativa de construir um direito penal sem crimes contra a administração pública, contra a administração da justiça ou de falsificação de moeda, aqueles que se batem por uma concepção centrada nos bens jurídicos individuais e que tarimbam e denunciam como ilegítima a tal tendência de administrativização do direito penal costumam eleger “pesos leves” para adversários, os quais todavia, em rigor, regra geral não são mais do que bens jurídicos singulares disfarçados de bens jurídicos universais¹⁶⁹⁸. Discutida não é pois tanto a própria legitimidade da existência de bens jurídicos colectivos, quanto a sua relação com os bens jurídicos individuais, a estrutura dos crimes que estejam afectos à sua tutela, designadamente, sob o prisma da conexão entre a conduta típica e o bem jurídico, e a respectiva legitimidade material.

As respostas a estas questões acabam assim por cruzar-se inevitavelmente com o problema das relações entre o facto penal e o facto contra-ordenacional e justificam por isso que sobre elas nos detenhamos.

¹⁶⁹⁵ HASSEMER / NEUMANN, ³NK, antes do § 1, n.º m. 236 e s.

¹⁶⁹⁶ Cf. WOHLERS, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts*, *passim*.

¹⁶⁹⁷ SEELMANN, Kurt, “Was macht das Strafrecht zum Strafrecht? Eine Debate über Ausgrenzungen und Einverleibungen”, in: *Das Jugendkriminalrecht als Erfüllungsgehilfe gesellschaftlicher Erwartungen?*, Bonn, Forum Verlag Godesberg, 1995, p. 193. Cf. ainda GÓMEZ TOMILLO, Manuel, *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General*, Cizur Menor, Ed. Aranzadi, 2008, p. 39 e ss.

¹⁶⁹⁸ HEFENDEHL, Roland, “Der Rechtsgut als materialer Angelpunkt einer Strafnorm”, in: Hefendehl / von Hirsch / Wohlers (org.), *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2003, p. 121.

§ 24. OS BENS JURÍDICOS COLECTIVOS

§ 24.1 A natureza autónoma dos bens jurídicos colectivos (concepção dualista)

O lugar e a função a desempenhar pela figura do bem jurídico colectivo no seio da teoria do bem jurídico como paradigma de legitimação material negativa do direito penal são questões que actualmente assumem uma importância substancialmente distinta da de outrora. O critério tradicional de contraposição entre bens jurídicos individuais e supra-individuais ligava-se sobretudo a problemáticas de índole interna do próprio sistema jurídico-penal¹⁶⁹⁹ e não tanto ao seu eventual relevo para o cumprimento da função crítica da criminalização, que, por definição, deve ser trans-sistemática¹⁷⁰⁰. Sob aquele prisma, a distinção importava sobretudo no âmbito do consentimento (cf. art. 38.º do CP)¹⁷⁰¹, para verificação da possibilidade de um concreto indivíduo dispor sobre a ofensa de um específico bem jurídico¹⁷⁰². Por isso que a *titularidade do bem jurídico* se difundiu como *critério distintivo*. *Individuais* seriam os bens jurídicos em relação aos quais fosse possível adscrever um portador concreto e *colectivos* aqueles em que tal não fosse possível, caso em que o respectivo portador seria a comunidade como um todo ou o próprio Estado¹⁷⁰³.

Não há motivo para prescindir desta ideia a um nível inicial de diferenciação. Mas a adução de critérios diferenciadores adicionais parece estar dependente da própria concepção adoptada em relação aos bens jurídicos colectivos, isto é, da possibilidade de os mesmos se assumirem como materialmente autónomos perante os bens jurídicos individuais. Na realidade, ali onde se aceite que os primeiros são um mero derivado dos

¹⁶⁹⁹ WOHLERS, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts*, p. 221.

¹⁷⁰⁰ DIAS, Figueiredo, ²*DP-PG, I*, 6.º Cap., § 20.

¹⁷⁰¹ Cf. JÄGER, Herbert, *Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten*, Stuttgart, Ferdinand Henke Verlag, 1957, p. 15 e s.; e em data mais recente, HASSEMER / NEUMANN, ³*NK*, antes do § 1, n.º m. 126, SCH / SCH / LENCKNER / EISELE²⁸, antes do § 13, n.º m. 12, e WOHLERS, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts*, p. 221.

¹⁷⁰² Para uma discussão neste sentido em torno do crime de condução perigosa de meio de transporte (art. 278.º do CP de 1982), ANDRADE, Costa, *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, p. 337 e ss.

¹⁷⁰³ Cf. ANASTASOPOULOU, Ioanna, *Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter*, München, Verlag C. H. Beck, 2005, p. 27 e ss., que dá conta da variedade de designações com que estes últimos são nomeados pela doutrina: universais, supra-individuais, colectivos, abstractos, não-individuais, comunitários, etc.; ainda neste sentido, MATA Y MARTÍN, Ricardo M., *Bienes Jurídicos Intermedios y Delitos de Peligro*, Granada, Editorial Comares, 1997, p. 11 e ss. Sobre a questão terminológica, cf. também LOUREIRO, Flávia Novera, *A Legitimação do Direito Penal do Ambiente enquanto Tutela de Bens Jurídicos Colectivos – Subsídio para o Estudo da Figura da Acumulação*, Coimbra, FDUC, 2007, p. 137 e ss., referindo-se igualmente a bens meta-individuais e bens trans-individuais.

segundos ou têm um puro carácter instrumental em relação a eles, não se vê por que se deva levar mais longe aquele esforço de contraposição.

1. As *concepções monistas individualistas* do bem jurídico fundam-se, todavia, em uma compreensão do significado do bem jurídico colectivo que não pode ser aceite, porque além de redutora, é em si mesma impraticável¹⁷⁰⁴.

Ideia central desta *concepção monista* é a tese de que os bens jurídicos colectivos só são legítimos se e apenas na medida em que sirvam o desenvolvimento pessoal do indivíduo¹⁷⁰⁵. De acordo com Hassemer – a par de Michael Marx¹⁷⁰⁶ um dos principais impulsionadores desta corrente – não há bens jurídicos da comunidade sem uma conexão individual¹⁷⁰⁷. Porque e na medida em que o homem é um ser social, os seus interesses e bens só podem ser preservados e concretizados em comunhão com os outros, ou seja, através de instituições sociais e estaduais (economia, corpo de funcionários, administração da justiça, segurança, escolas, exército, família, *etc.*). A tutela penal destas instituições é assim levada a cabo no sentido de uma protecção mediata das pessoas que elas devem servir¹⁷⁰⁸. Na sua óptica, só esta teoria pessoal de bem jurídico será compatível com a concepção de um Estado liberal¹⁷⁰⁹. De outro modo, admitindo-se a existência autónoma de bens jurídicos universais não relacionados com pessoas individuais, significaria isto uma funcionalização do indivíduo às mãos da comunidade, que seria como que estilizada como “pessoa”¹⁷¹⁰. Este conceito pessoal de bem jurídico, adverte, não é todavia incompatível com o reconhecimento da possibilidade de bens jurídicos da comunidade ou do Estado. Ponto é que os mesmos se mostrem funcionalizados ao indivíduo, servindo os seus interesses pessoais¹⁷¹¹.

¹⁷⁰⁴ Para uma perspectiva geral sobre o confronto entre as concepções monistas e dualistas relativas aos bens jurídicos colectivos, HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter*, p. 59 e ss., SANTANA VEGA, Dulce, *La Protección Penal de los Bienes Jurídicos Colectivos*, Madrid, Dykinson, 2000, p. 84 e ss., e DIAS, Silva, «*Delicta in Se*» e «*Delicta Mere Prohibita*», p. 668 e ss.

¹⁷⁰⁵ HASSEMER, NK, antes do § 1, n.º m. 271.

¹⁷⁰⁶ MARX, Michael, *Zur Definition des Begriffs «Rechtsgut». Prolegomena einer materialen Verbrechenlehre*, Köln, Carl Heymanns Verlag, 1972, pp. 62 e ss. e 80 e ss., que assenta a sua concepção no postulado de que bens jurídicos são aqueles objectos de que o homem necessita para a sua livre auto-realização.

¹⁷⁰⁷ HASSEMER, Winfried, *Theorie und Soziologie des Verbrechens. Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre*, Frankfurt am Main, Athenäum Verlag, 1973, p. 231.

¹⁷⁰⁸ HASSEMER, NK, antes do § 1, n.º m. 281.

¹⁷⁰⁹ HASSEMER, NK, antes do § 1, n.º m. 276.

¹⁷¹⁰ HASSEMER, *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, p. 231 e s.

¹⁷¹¹ HASSEMER, Winfried, “Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre”, in: Scholler / Philipps (org.), *Jenseits des Funktionalismus: Arthur Kaufmann zum 65. Geburtstag*, Heidelberg, Decker & Müller, 1989, p. 91 e s.

Nolens volens, é essencialmente na mesma direcção desta perspectiva monista que, em substância, se apresenta a auto-intitulada *concepção pessoal-dualista* que entre nós é sustentada por Augusto Silva Dias¹⁷¹². Dualista, porque “os bens jurídicos supra-individuais, susceptíveis de tutela penal, são bens autónomos e não intermédios ou instrumentais relativamente à protecção dos bens jurídicos individuais, como pretendem Hassemer e alguns dos seus seguidores”¹⁷¹³. Não obstante, só são reconhecidos como legítimos bens jurídico-penais aqueles que sejam dotados de um *referente pessoal*¹⁷¹⁴, o que significa que “só merece o qualificativo de bem aquele objecto tido consensualmente como valioso pela comunidade e só são susceptíveis de lograr esse consenso os objectos que possuem um valor de utilidade para a realização dos sujeitos participantes, de tal sorte que a sua lesão possa ser valorativamente experimentada como um dano ou perda”¹⁷¹⁵. Nenhum bem, nem mesmo o bem jurídico colectivo prescinde assim de uma base antropocêntrica. Todo o bem jurídico é, nessa medida, titulado pelo cidadão, sendo *individual* quando este é encarado na sua *individualidade* e *supra-individual* quando o é na sua *sociabilidade*¹⁷¹⁶. Donde, até nos bens jurídicos colectivos será necessária a identificação de pessoas-vítimas, uma vez que “só há bens jurídico-penais onde puder haver dano para pessoas e, conseqüentemente, vítimas”. Pese embora a pretensão de Silva Dias de demarcação em relação às posições monistas, dificilmente poderá conceber-se tese mais marcada e exasperadamente monista-individualista do que aquela que sustenta. Sinal disso mesmo é, por exemplo, a recusa da possibilidade de a segurança do Estado ser erigida como bem jurídico-penal, porquanto não sendo fruível ou consumível individualmente, a sua titularidade não pode ser atribuída às pessoas, individual ou socialmente consideradas¹⁷¹⁷.

¹⁷¹² «*Delicta in Se*» e «*Delicta Mere Prohibita*», pp. 669 e ss. e 765 e ss.

¹⁷¹³ DIAS, Silva, «*Delicta in Se*» e «*Delicta Mere Prohibita*», p. 674.

¹⁷¹⁴ Cf. DIAS, Augusto Silva, “What if everybody did it? Sobre a (in)capacidade de ressonância do direito penal à figura da acumulação”, *RPCC*, 3/2003, p. 332 e s., e *Ramos Emergentes do Direito Penal Relacionados com Protecção do Futuro*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 70 e ss., e ANTUNES, Maria João, “Procriação medicamente assistida”, p. 81

¹⁷¹⁵ DIAS, Silva, «*Delicta in Se*» e «*Delicta Mere Prohibita*», p. 656.

¹⁷¹⁶ DIAS, Silva, «*Delicta in Se*» e «*Delicta Mere Prohibita*», p. 766; cf. ainda, p. 670: “bens jurídicos individuais são aqueles em que o titular é a pessoa como «Selbstsein»; bens jurídicos supra-individuais são aqueles cujo titular é a pessoa enquanto «Alssein». Por outras palavras, os primeiros pertencem ao cidadão na sua veste individual; os segundos ao cidadão considerado na sua dimensão comunitária”.

¹⁷¹⁷ DIAS, Silva, «*Delicta in Se*» e «*Delicta Mere Prohibita*», p. 766.

2. Uma qualquer destas e de outras configurações dos bens jurídicos colectivos que os coloquem na dependência, mais ou menos explícita, mais ou menos assumida, de interesses individuais não pode ser aceite.

Uma consequência imediata desta perspectiva é a efectiva subordinação dos bens jurídicos colectivos aos bens jurídicos individuais. Aqueles deixam de poder ser concebidos como interesses dignos de protecção autónoma e *de per se*, sendo remetidos a um papel meramente ancilar. Seriam não, como pretende Silva Dias, uma das duas colunas dos bens jurídico-penais encimadas por uma abóbada¹⁷¹⁸, mas apenas uma simples trave destinada a manter de pé uma estrutura superior, composta apenas pelos interesses individuais. Este estatuto de menoridade seria todavia questão de somenos se se traduzisse apenas numa pura configuração conceptual destituída de implicações materiais.

O certo, porém, é que esta subordinação traz consigo uma reivindicação de recuo da intervenção penal¹⁷¹⁹, a muitos títulos insufragável¹⁷²⁰. Essa pretensão funda-se tanto na negação da possibilidade de reconhecimento do estatuto de bem jurídico susceptível de tutela penal a determinados interesses de natureza supra-individual, como na alegação de que a protecção criminal concedida a certos bens jurídicos colectivos representa uma protecção demasiado avançada de bens jurídicos pessoais e como tal é ilegítima.

O exemplo mais acabado, mas também mais preocupante¹⁷²¹ deste requisitório a favor do recuo¹⁷²², senão mesmo da deserção¹⁷²³ do direito penal ocorre em matéria de

¹⁷¹⁸ DIAS, Silva, «*Delicta in Se*» e «*Delicta Mere Prohibita*», p. 766.

¹⁷¹⁹ HASSEMER, “Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts”, *ZRP*, 1992, p. 378 e ss., esp. p. 383.

¹⁷²⁰ Neste sentido, cf. SCHÜNEMANN, Bernd, “Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft”, *GA*, 1995, p. 205 e ss.

¹⁷²¹ Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo, “Sobre a tutela jurídico-penal do ambiente – um quarto de século depois”, in: Figueiredo Dias *et. al.* (org.), *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*, I, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, p. 382 e ss.

¹⁷²² HASSEMER, “Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre”, p. 93 e s., e HOHMANN, Olaf, *Das Rechtsgut der Umweltdelikte: Grenzen des strafrechtlichen Umweltschutzes*, Frankfurt am Main, Lang, 1991, p. 196 e ss.

A revisão de 2007 do tipo legal de crime de poluição (art. 279.º do CP) parece ter constituído reflexo deste ideário do bem jurídico pessoal, que, em matéria específica de tutela penal do ambiente, foi protagonizado entre nós, na esteira da Escola de Frankfurt, sobretudo por MENDES, Paulo de Sousa, *Vale a Pena o Direito Penal do Ambiente?*, 1.ª reimp., Lisboa, AAFDL, 2000, p. 94 e ss. e *passim*. Para uma justa crítica àquilo a que chama de “regressão antropocêntrica”, LOUREIRO, Flávia Noversa, “Estudo breve do art. 279.º do Código Penal após a revisão de Setembro de 2007”, in: Costa Andrade *et. al.* (org.), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, vol. III, Coimbra, Coimbra Editora, p. 470 e ss.

protecção do ambiente. A partir do momento em que a tutela penal ambiental se encontre irrestritamente funcionalizada à protecção das pessoas existentes num dado momento, só os ataques ambientais que se possam repercutir negativamente nessas pessoas que hoje vivem poderão determinar uma responsabilização penal. Já aqueles que só a prazo, no tempo das gerações futuras, poderão ter reflexos para o homem deverão, nesta ordem de ideias, ser excluídos do domínio penal. Vai aqui implicada uma redução do postulado do contrato social, em que fundamentalmente assenta a construção do bem jurídico¹⁷²⁴, àquelas pessoas que vivem no período histórico presente; quando é certo que toda a concepção do contrato social só pode manifestar-se de modo consistente se englobar toda a humanidade, incluindo as gerações futuras¹⁷²⁵. Mas é-lhe ainda imanente um fundo de egoísmo individualista com o qual o direito penal não pode compactuar. Schünemann, uma vez mais, põe o dedo na ferida, denunciando a perversão da ordem dos bens jurídicos que é representada por aquela funcionalização, que não se traduz senão em uma atitude de aceitação da prevalência dos interesses explorativos dos indivíduos contemporâneos sobre os interesses ecológicos. O que, em derradeira instância, só pode significar que esta concepção monista coloca os mais despropositados caprichos do indivíduo egoísta acima das condições de existência das gerações futuras¹⁷²⁶, pondo “o princípio jurídico-penal da subsidiariedade e de *ultima ratio* de pernas para o ar, ao subtrair à tutela e às sanções penais precisamente as condutas tão gravosas que põem do mesmo passo em causa a vida planetária, a dignidade das pessoas e a solidariedade com as outras pessoas, com as que existem e com as que hão-de nascer”¹⁷²⁷.

A subalternização dos bens jurídicos supra-individuais poderá ainda ter como consequência uma secundarização das sanções previstas para os crimes a eles afectos,

¹⁷²³ Cf. MÜLLER-TUCKFELD, Jens Christian, “Traktat für die Abschaffung des Umweltstrafrechts”, in: Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a. M. (org.), *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 1995, p. 461 e ss.

¹⁷²⁴ Cf. SCHÜNEMANN, “Das Rechtsgüterschutzprinzip als Fluchtpunkt...”, p. 137 e ss., e ROXIN, Claus, “Rechtsgüterschutz als Aufgabe des Strafrechts?”, in: Hefendehl (org.), *Empirische und dogmatische Fundamente, kriminalpolitischer Impetus. Symposium für Bernd Schünemann zum 60. Geburtstag*, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2005, p. 138 e s. Já nesta direcção, logo no início da década de 80 do século passado, ANGIONI, *Contenuto e Funzioni*, p. 196.

¹⁷²⁵ SCHÜNEMANN, “Kritische Anmerkungen...”, p. 206; e depois, GRACIA MARTÍN, Luis, “Algunas reflexiones sobre la pretendida contrariedad del Derecho penal moderno a los principios y garantías penales del estado de derecho”, in: Carbonell Mateu / González Cussac / Orts Berenguer (org.), *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal. Semblanzas y Estudios con Motivo del Setenta Aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón*, I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, p. 905 e ss.

¹⁷²⁶ SCHÜNEMANN, “Kritische Anmerkungen...”, p. 207.

¹⁷²⁷ DIAS, Figueiredo, ²DP-PG, I, 6.º Cap., § 63.

por comparação com aquelas ligadas a bens jurídicos pessoais¹⁷²⁸. Seja porque aqueles bens jurídicos são considerados como bens menores no confronto com estes, seja porque a ofensa que lhes é dirigida deve em último termo ser vista à luz do bem jurídico individual que devem servir, consubstanciando assim normalmente um perigo abstracto¹⁷²⁹, cuja necessidade de pena é menor do que a sentida nos casos em que o crime pressupõe uma lesão do bem jurídico individual. Trata-se, novamente, de uma perspectiva que pelo seu carácter demasiado genérico acaba por se mostrar redutora e é aliás desmentida pelas valorações do legislador ordinário, que, considerando as exigências preventivas em apreço, não raras vezes ameaça comportamentos ofensivos de bens jurídicos colectivos com penas bem mais severas do que as previstas para a lesão de bens jurídicos pessoais, sem que incorra aí em inconstitucionalidade fundada em violação do princípio da proporcionalidade ou choque com o sentimento de justiça socialmente dominante¹⁷³⁰.

Quando acompanhada da ideia de que os bens jurídicos universais são um mero derivado dos bens individuais, ou seja, de que é a partir destes que aqueles podem ser deduzidos ou inferidos¹⁷³¹, a concepção monista presta-se, além do mais, à objecção da frequente impossibilidade de determinação do concreto interesse individual que subjaz a um interesse colectivo. Como questiona Kuhlen, que específicos bens individuais deverão, por exemplo, estar por trás dos bens jurídicos colectivos tutelados pelos crimes cometidos no exercício de funções públicas?¹⁷³² No caso da criminalização dos comportamentos de corrupção de funcionários, quando se pretenda ligá-los a bens jurídicos individuais, ficará sempre em aberto a dúvida sobre que concretos interesses pessoais se mostrarão mediatamente protegidos por tal incriminação.

3. Esta relação difusa entre os bens jurídicos colectivos e eventuais bens jurídicos individuais a que aqueles possam ser associados seria porventura *de per se* suficiente para recusar a possibilidade de aqueles serem reconduzidos a meras projecções

¹⁷²⁸ HASSEMER, “Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre”, p. 92, e HOHMANN, *Das Rechtsgut der Umweltdelikte*, p. 198.

¹⁷²⁹ HOHMANN, *Das Rechtsgut der Umweltdelikte*, pp. 63 e s. e 196 e ss., e HASSEMER / NEUMANN, ³NK, antes do § 1, n.º m. 137.

¹⁷³⁰ Nesta conclusão crítica, DIAS, Figueiredo, ²DP-PG, I, 6.º Cap., § 64, e KUHLEN, Lothar, “Umweltstrafrecht – auf der Suche nach einer neuen Dogmatik”, *ZStW*, 105, 1993, p. 704, nota 35.

¹⁷³¹ Cf. HOHMANN, *Das Rechtsgut der Umweltdelikte*, pp. 61 e ss. e 189.

¹⁷³² KUHLEN, “Umweltstrafrecht...”, p. 704.

destes¹⁷³³. Mas a esta inultrapassável dificuldade de natureza conceptual junta-se ainda a sua insustentabilidade no plano normativo, explicitada por Robert Alexy¹⁷³⁴.

A pretensão de conceber os bens colectivos apenas como meio de protecção de interesses individuais é normativamente problemática desde logo por implicar o risco da invenção de bens individuais que possam ser assumidos como metas de todas as coisas úteis, agradáveis ou valiosas proporcionadas pelo Estado¹⁷³⁵. Para Alexy, há, de outra banda, boas razões para sustentar uma autonomia dos bens jurídicos colectivos em relação aos individuais. Uma autonomia, ainda assim, em sentido fraco, entendida na perspectiva de que apesar das várias possibilidades parciais de redução dos bens colectivos aos bens individuais, deve reconhecer uma impossibilidade de absoluta redução daqueles em relação a estes¹⁷³⁶. Considerando como bem colectivo a organização social que permita o desenvolvimento de uma vida agradável e variada, afirma existir para o Estado o dever de constituir e preservar este bem colectivo. Se o bem colectivo devesse ser reconduzido aos interesses individuais teria de ser constituído de um modo tal que permitisse que todo e qualquer indivíduo pudesse actuar em prol do bem colectivo que vale para todos. Ora, acrescenta, se poderá haver casos em que poderia fazer sentido dotar o indivíduo de direitos que o tornassem capaz de actuar em defesa de bens colectivos, no seu próprio interesse ou no da comunidade, o certo é que tal não seria susceptível de generalização a todos os bens colectivos. Donde, será preferível estabelecer o princípio de que a tutela de bens colectivos deverá ser assegurada apenas através de meios colectivos¹⁷³⁷.

A fundamentação do reconhecimento de um estatuto de primeira linha aos bens jurídicos colectivos vai assim mais longe do que uma simples argumentação pela negativa, de rejeição da sua secundarização e funcionalização perante os bens jurídicos individuais, e encontra eco, digamos assim, positivo, no plano da sua imprescindibilidade para a constituição e subsistência da estrutura social.

¹⁷³³ Cf., de novo, KUHLEN, “Umweltstrafrecht...”, p. 704; e no mesmo sentido, HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter*, p. 74, e ANASTASOPOULOU, *Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter*, p. 42 e ss.

¹⁷³⁴ Cf. ALEXY, Robert, “Individual rights and collective goods”, in: Carlos Nino (org.), *The International Library of Essays in Law & Legal Theory, Schools, 8: Rights*, New York, New York University Press, 1992, pp. 171 e s. e 176, que não deixa, todavia, de apontar a natureza incerta da relação de meio / fim entre bens colectivos e bens individuais como um problema adicional da tese de que aqueles estão num plano de dependência em relação a estes.

¹⁷³⁵ ALEXY, “Individual rights and collective goods”, p. 172.

¹⁷³⁶ ALEXY, “Individual rights and collective goods”, p. 174.

¹⁷³⁷ ALEXY, “Individual rights and collective goods”, p. 176.

Naturalmente, numa sociedade de homens esses bens universais nunca deixam de ter uma ligação mais ou menos remota aos interesses individuais dos cidadãos que a compõem. Sem que isso todavia queira ou muito menos tenha de significar que só serão de admitir bens jurídicos colectivos ali onde estes se encontrem numa relação próxima e directa com bens jurídicos pessoais a partir dos quais são deduzidos¹⁷³⁸; mas também, pela inversa, que ao assumir a autonomia dos bens jurídicos colectivos, uma teoria dualista do bem jurídico tenha de perder de vista os interesses dos indivíduos¹⁷³⁹. Enfim, na conclusão lapidar de Vieira de Andrade, “a preservação dos bens jurídicos comunitários básicos, o bom funcionamento das instituições democráticas e dos tribunais não podem ser vistos como meras garantias dos direitos individuais, ainda que também o sejam ou que, pelo menos, constituam condições objectivas do seu exercício efectivo”¹⁷⁴⁰.

Temos assim que ao lado da categoria dos bens jurídicos individuais deve ser aceite, com um *estatuto de autonomia e de igualdade*, uma categoria de bens jurídicos colectivos¹⁷⁴¹.

Esta concepção dualista dos bens jurídicos tem como implicação imediata a necessidade de clarificar a distinção entre estas duas espécies de bens jurídicos, logo depois acompanhada pela questão acerca dos específicos tipos de bens jurídicos colectivos com relevo penal e da respectiva estrutura delitual.

§ 24.2 Critérios identificadores dos bens jurídicos colectivos

1. Como se referiu supra, tradicionalmente, a contraposição entre bens jurídicos individuais e colectivos bastava-se com o critério do seu concreto portador. Sendo possível apontar uma pessoa singular como o titular do bem jurídico, este seria individual; caso contrário, seria supra-individual. Existe hoje, porém, uma clara

¹⁷³⁸ DIAS, Figueiredo, ²*DP-PG, I*, 6.º Cap., § 64, e HEFENDEHL, Roland, “Die Popularklage als Alternative zum Strafrecht bei Delikten gegen die Gemeinschaft?”, *GA*, 1997, p. 122. Desenvolvidamente, partindo do papel central reconhecido ao indivíduo pela Constituição para a construção de uma teoria dualista do bem jurídico, HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter*, p. 75 e ss.

¹⁷³⁹ HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter*, p. 79, e GRACIA MARTÍN, “Algunas reflexiones...”, p. 910 e ss.

¹⁷⁴⁰ ANDRADE, Vieira de, ⁵*Os Direitos Fundamentais*, p. 145.

¹⁷⁴¹ Nesta conclusão, na doutrinal, alinhando num modelo dualista de bem jurídico, por outros, DIAS, Figueiredo, “Sobre a tutela jurídico-penal do ambiente...”, p. 382 e ss. e ²*DP-PG, I*, 6.º Cap., §§ 64 e 67, reclamando para os bens jurídicos supra-individuais o “mesmo nível de exigência tutelar autónoma” que vale para os individuais, e SOUSA, Susana Aires de, *Os Crimes Fiscais*, pp. 220 e ss., 299 e 315, e “Sociedade do risco: *requiem* pelo bem jurídico?”, *RBCC*, n.º 86, 2010, p. 244 e ss.

tendência no sentido de fazer passar a distinção pelo crivo de critérios adicionais, em princípio cumulativos.

Esses critérios a que a doutrina penal mais recente se tem referido correspondem no essencial aos critérios apresentados por Robert Alexy para delimitar bens individuais e bens colectivos no seu estudo a que aludimos supra¹⁷⁴², com carácter geral, válido para a globalidade do ordenamento jurídico e portanto não dirigidos especificamente ao campo sancionatório. Alexy, por sua vez, louvou-se fundamentalmente nas linhas de força da teoria económica acerca do conceito de bens públicos lançadas por Paul Samuelson.

Num estudo de 1954, Samuelson contrapôs bens de consumo privado e bens de consumo público nos seguintes termos: enquanto os primeiros podem ser parcelados entre diferentes indivíduos, já os segundos têm como característica a circunstância de todos os poderem fruir em comum, no sentido de que cada consumo individual de tais bens não implica uma redução da possibilidade do seu consumo por qualquer outro indivíduo¹⁷⁴³. A partir desta base foram desenvolvidos pela teoria económica dois critérios de identificação dos bens públicos, o da não excluibilidade (*non-excludability*) e o da não rivalidade no consumo (*non-rivalrous consumption*), transpostos por Alexy para o domínio jurídico. Fê-lo no sentido de que um bem deverá ser considerado como colectivo quando, em primeiro lugar, ninguém possa ser excluído da sua fruição (critério da não excluibilidade)¹⁷⁴⁴ e, em segundo lugar, o seu uso por parte de um indivíduo não diminua ou impeça a possibilidade do seu gozo por outrem (critério da não rivalidade no consumo)¹⁷⁴⁵. Exemplo ilustrativo de um bem com estas características é a segurança externa, porque ninguém – ou mais precisamente, ninguém a quem seja permitido permanecer no espaço em questão – pode ser privado da sua fruição e ainda porque ninguém vê diminuída ou coarctada a possibilidade de dele beneficiar pelo facto de o mesmo ser objecto de uso por terceiros.

Além destes dois critérios com raiz na doutrina económica, Alexy propõe um terceiro, a cumular com aqueles, que se lhe afigura como necessário para a formação de

¹⁷⁴² ALEXY, “Individual rights and collective goods”, p. 166.

¹⁷⁴³ SAMUELSON, Paul A., “The pure theory of public expenditure”, *The Review of Economics and Statistics*, vol. 36, n.º 4, 1954, p. 387.

¹⁷⁴⁴ Referindo-se apenas a este critério, KUHLEN, “Umweltstrafrecht...”, p. 704, e DIAS, Figueiredo, “Sobre a tutela jurídico-penal do ambiente...”, p. 382, e ²DP-PG, I, 6.º Cap., § 69.

¹⁷⁴⁵ Apontando para os dois critérios, na senda de Alexy, HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter*, p. 111 e s., e depois ANASTASOPOULOU, *Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter*, p. 28 e s.

um conceito de bem colectivo que se apresente como contraponto adequado ao dos bens individuais, o critério do carácter *não distributivo* dos bens: um bem será de qualificar como bem colectivo se for conceptual, real ou juridicamente *impossível* separá-lo em partes e assim reparti-lo pelos indivíduos¹⁷⁴⁶. Quando se verifique tal impossibilidade, afirma, o bem tem uma natureza não distributiva, concluindo que *os bens colectivos são bens não distributivos*¹⁷⁴⁷.

Esta via aberta por Alexy tem sido acolhida pela doutrina penal para densificar o conceito de bem jurídico-penal colectivo e assim contrapô-lo ao de bem jurídico individual. Não há, porém, consenso acerca da transposição, integral ou parcial, daqueles critérios para o campo penal, havendo quem adopte os três critérios e quem se fique apenas por algum(ns) dele(s)¹⁷⁴⁸.

2. Da nossa parte, temos como imprestável em sede penal ou contra-ordenacional o critério da *irivalidade no consumo*. Critério que será porventura adequado do ponto de vista da economia para caracterizar o consumo de bens públicos e até em outros ramos do direito, mas que, justamente pelo facto de no âmbito sancionatório estarem em causa utilizações legalmente indevidas de determinados bens, não parece compatível com as exigências e necessidades de concretização do conceito de bem jurídico colectivo. Fará sentido, por exemplo, qualificar o ar que todos respiramos ou a sinalização de trânsito como bens públicos. Ninguém pode ser excluído da sua utilização e o gozo desses bens por alguém não compromete minimamente o seu gozo pelos outros. Mas atente-se, a título de exemplo, em determinados recursos naturais ou no património fiscal do Estado, aos quais correspondem bens jurídicos colectivos. Alguém que através de uma descarga poluente mate todos os peixes de um curso de água (cf. art. 278.º-1, *a*), do CP) faz um uso das águas que necessariamente priva todas as outras pessoas de aproveitarem essa fauna fluvial¹⁷⁴⁹. E o mesmo se diga do indivíduo que pratique uma burla tributária (art.

¹⁷⁴⁶ Próximo desta ideia, mas no âmbito da caracterização da densificação do conceito de direito subjectivo fundamental, ANDRADE, Vieira de, *Os Direitos Fundamentais*, p. 114 e s.

¹⁷⁴⁷ Acompanhando novamente Alexy, aceitando a não distributividade (*Nicht-Distributivität*) como critério complementar para a identificação dos bens jurídicos colectivos, HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter*, p. 112. Ainda na esteira de Alexy, mas propondo-o como (único) critério essencial para este efeito, KORIATH, Heinz, “Zum Streit um den Begriff des Rechtsguts”, *GA*, 1999, p. 564, e SOTO NAVARRO, Susana, *La Protección Penal de los Bienes Colectivos en la Sociedad Moderna*, Granada, Editorial Comares, 2003, pp. 198 e s. e 228.

¹⁷⁴⁸ Cf. notas anteriores.

¹⁷⁴⁹ Também nesta direcção, para o direito penal do ambiente em geral, LOUREIRO, Flávia, *A Legitimação do Direito Penal do Ambiente*, p. 124 e ss.

87.º do RGIT). Ao locupletar-se indevidamente de receitas fiscais que são de todos, esse sujeito diminui em proveito próprio as possibilidades de uso desses dinheiros públicos por parte dos demais cidadãos. Como dificilmente se poderá duvidar da natureza colectiva dos bens jurídicos aqui em causa, cremos que estes exemplos são suficientemente ilustrativos da inidoneidade do critério da não rivalidade no consumo para qualificar determinado bem jurídico como colectivo¹⁷⁵⁰. Aliás, embora o aponte como critério de distinção em relação aos bens jurídicos individuais, Hefendehl não deixa de advertir que a irivalidade só se verifica quando é dado ao bem um uso conforme ao dever. Não tendo o bem jurídico uma natureza puramente ideal, reconhece que os bens jurídicos colectivos são susceptíveis de diminuição ou de destruição, que, a verificarem-se, necessariamente acarretam a redução ou impossibilidade do seu uso por terceiros¹⁷⁵¹. Ora, se este é um dado incontornável em boa parte dos bens jurídicos colectivos e se esses bens são objecto de tutela sancionatória precisamente a contar com a possibilidade da sua ofensa, não vemos como possa a não rivalidade no consumo ser erigida como critério geral de categorização dos bens jurídicos supra-individuais.

O mesmo não se dirá, porém, dos critérios de não excluibilidade e de não distributividade propostos por Alexy, que em nosso modo de ver se mostram válidos para estabelecer uma linha de fronteira consistente e funcionalmente adequada entre bens jurídicos individuais e colectivos. Parece-nos, em todo o caso, que daqueles dois é o critério da não distributividade que assume maior e decisiva relevância na hora de traçar aquela delimitação¹⁷⁵², já que é sobretudo através dele que poderá esperar-se o cumprimento da tarefa fundamental de deslindar o conteúdo de um bem jurídico e identificá-lo como bem jurídico individual, colectivo ou inclusive como mera ficção de bem jurídico, por não passar de hipostasiação como bem colectivo de um agregado de bens individuais¹⁷⁵³. Quando ligada à ideia de não distributividade, a consideração de Kuhlen acerca da relação difusa entre bens jurídicos colectivos e individuais mostra-se

¹⁷⁵⁰ Assim, também SOUSA, Susana Aires de, *Os Crimes Fiscais*, p. 299 e s., na perspectiva do bem jurídico colectivo dos crimes tributários; e em geral, GRECO, Luís, “Existem critérios para a postulação de bens jurídicos coletivos?”, *C&R*, n.º 7/8, 2012, p. 354 e s.

¹⁷⁵¹ HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter*, p. 112.

¹⁷⁵² Assim, como já referimos supra, KORIATH, “Zum Streit um den Begriff des Rechtsguts”, p. 564, e ainda GRECO, Luís, “Existem critérios para a postulação de bens jurídicos coletivos?”, p. 354; dando sobretudo relevo à não excluibilidade, DIAS, Figueiredo, *2 DP-PG, I*, 6.º Cap., § 69, e COSTA, José de Faria, *Direito Penal Económico*, Coimbra, Quarteto, 2003, p. 55 e ss.

¹⁷⁵³ Cf. HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter*, p. 139 e ss., e “Der Rechtsgut als materialer Angelpunkt einer Strafnorm”, p. 128. Ainda a este propósito, ROXIN, *4 AT*, § 2, n.º m. 10, 46 e ss. e 75 e ss., SCHÜNEMANN, “Das Rechtsgüterschutzprinzip als Fluchtpunkt...”, p. 149 e ss., e GRECO, Luís, “Existem critérios para a postulação de bens jurídicos coletivos?”, p. 364 e ss.

particularmente frutuosa¹⁷⁵⁴. Se aí pode encontrar-se uma razão para negar a possibilidade de conceber os bens jurídicos colectivos como simples derivados dos individuais, quando relacionada com o critério da não distributividade, de que, em substância, se aproxima em larga medida, esta ideia permite levar mais longe o critério, no sentido de que só estaremos perante um bem jurídico colectivo se *não for possível* reconduzi-lo directa e imediatamente a específicos e determinados bens jurídicos individuais¹⁷⁵⁵.

§ 24.3 Sistematização e estrutura dos bens jurídicos colectivos

O pensamento de que os bens jurídicos colectivos formam uma categoria autónoma paralela em relação à categoria dos bens jurídicos individuais implica que o esforço de conceptualização dogmática que sobre aqueles recai não possa quedar-se só pela identificação das características que permitam distinguir uns dos outros. Isso posto, se se pretende levar a sério aquele postulado, tomando-o como uma das premissas essenciais para que o direito penal contemporâneo possa manter-se fiel ao paradigma do bem jurídico¹⁷⁵⁶, a questão acerca das espécies de bens jurídicos colectivos impõe-se como uma inevitabilidade.

Disso se deu conta Hefendehl, a quem deve ser reconhecido o mérito de mais longe ter levado esse propósito de densificação da estrutura dos bens jurídicos colectivos¹⁷⁵⁷, naquela que, de acordo com Schünemann, representou a primeira sistematização dogmática relativa a um vasto grupo de delitos em relação aos quais há um século que a doutrina vinha marcando passo¹⁷⁵⁸. É essa concepção, que no essencial merece a nossa adesão, que de seguida nos propomos descrever.

¹⁷⁵⁴ KUHLEN, “Umweltstrafrecht...”, p. 704.

¹⁷⁵⁵ Assim, também ANASTASOPOULOU, *Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter*, p. 43 e s., considerando ser este um critério material adequado para a avaliação da legitimidade dos bens jurídicos supra-individuais.

¹⁷⁵⁶ DIAS, Figueiredo, ²*DP-PG, I*, 6.º Cap., § 67.

¹⁷⁵⁷ HEFENDEHL, “Die Popularklage als Alternative...”, p. 122 e s., *Kollektive Rechtsgüter*, p. 111 e ss. e *passim*, “Der Rechtsgut als materialer Angelpunkt einer Strafnorm”, p. 126 e ss., “Uma teoria social do bem jurídico”, *RBCC*, n.º 87, 2010, p. 112 e ss.

¹⁷⁵⁸ SCHÜNEMANN, “Das Rechtsgüterschutzprinzip als Fluchtpunkt...”, p. 133.

1. Os pólos fundamentais da organização categorial dos bens jurídicos colectivos proposta por Hefendehl são a sociedade e o Estado¹⁷⁵⁹. Trata-se de uma diferenciação que ainda parece válida, não obstante todas as transformações sociais e a cada vez maior dificuldade em delimitar o que se refere ao Estado e à comunidade. A contraposição não pretende, naturalmente, conceber Estado e sociedade como entidades estanques. Bem pelo contrário, é assumida a existência de uma relação de interdependência entre ambos. O Estado constitui-se não apenas através das suas instituições e funções, como também com base na participação dos membros da sociedade, manifestada tanto de modo directo, através dos partidos políticos e das eleições, como indirecto, mediante a confiança depositada em determinadas instituições estaduais¹⁷⁶⁰. Mas se o Estado é um produto da sociedade, também é certo que esta e os cidadãos não podem dispensar o Estado, competindo a este, através das suas instituições, criar as condições para a prossecução dos interesses pessoais e sociais¹⁷⁶¹. Compreende-se assim que sob este pano de fundo o ponto de partida de diferenciação dos bens jurídicos supra-individuais passe pela contraposição entre aqueles que se ligam directamente à realização da liberdade da pessoa e aqueles que têm por objecto a capacidade de funcionamento do próprio Estado¹⁷⁶².

Nesta linha, em um primeiro passo, dentro da categoria dos bens jurídicos colectivos haverá que começar por distinguir aqueles que criam espaços de liberdade para os indivíduos daqueles que protegem o Estado e as suas condições-quadro (*Rahmenbedingungen*). Se a titularidade daqueles bens pertence à sociedade em geral, a titularidade destes é do Estado e não dos membros da sociedade¹⁷⁶³.

A primeira espécie de bens jurídicos colectivos, os *bens criadores de espaços de liberdade para os indivíduos*, compreende o *subgrupo dos bens jurídicos que, à semelhança dos bens jurídicos individuais, envolvem a vida do cidadão com a sua*

¹⁷⁵⁹ HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter*, pp. 113 e ss. e 382. Apontando também para esta contraposição de base, SANTANA VEGA, Dulce, *La Protección Penal de los Bienes Jurídicos Colectivos*, p. 77 e ss., seguida entre nós por LOUREIRO, Flávia, *A Legitimação do Direito Penal do Ambiente*, p. 140 e s., qualificando como bens jurídicos supra-individuais *institucionais* aqueles cuja titularidade é mediada pelo Estado ou outra pessoa colectiva pública e como bens jurídicos supra-individuais *colectivos* aqueles titulados “pela generalidade dos indivíduos, sem estarem mediatizados por qualquer figura estadual ou ente institucional que funcione como pólo aglutinador da protecção penal”, pertencendo portanto à comunidade enquanto tal, de modo difuso.

¹⁷⁶⁰ HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter*, p. 115.

¹⁷⁶¹ HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter*, pp. 78 e s. e 115.

¹⁷⁶² ANASTASOPOULOU, *Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter*, p. 171; e ainda nesta linha, DIAS, Silva, *Ramos Emergentes do Direito Penal*, p. 73 e s.

¹⁷⁶³ HEFENDEHL, “Uma teoria social do bem jurídico”, p. 116.

presença constante. É o caso dos bens jurídicos tutelados pelos crimes de falsificação de moeda, a segurança da circulação monetária ou pelos crimes ambientais¹⁷⁶⁴. A objecção de que o cidadão não carece em absoluto de alguns destes bens para existir (v. g., a segurança do tráfico documental) desconsideraria o relevo que, em função da evolução da ordem jurídica e da ordem social, é por eles assumido para a protecção normativa de um desenvolvimento duradouro dos bens jurídicos individuais. Um *segundo subgrupo* é aqui formado pelos *bens consubstanciadores de um instrumentário de reacção* perante perturbações sofridas pelo cidadão, de que é exemplo a administração da justiça¹⁷⁶⁵. Por comparação com os anteriores, a presença destes bens para o cidadão é mais esbatida, uma vez que o bem jurídico só exprime o seu significado valioso quando o cidadão sofre uma perturbação da sua esfera individual ou tem necessidade de estabelecer contacto com o Estado. São, portanto, bens jurídicos que para o indivíduo se encontram num constante estado de latência e poderão ser activados pelo sujeito quando deles careça.

A segunda espécie de bens jurídicos colectivos, os *bens que protegem o Estado e as suas condições-quadro*, é constituída por aqueles bens jurídicos que servem a integridade do Estado nos seus diferentes níveis hierárquicos: os que se dirigem à protecção do Estado enquanto tal (cf., v. g., no direito português, o crime de traição à pátria constante do art. 308.º do CP e no direito alemão o crime de alta traição contra a República Federal, previsto no § 81-1, n.º 1, do StGB), os que tutelam as condições de funcionamento de determinados órgãos de soberania (cf., v. g., o crime de coacção contra órgãos constitucionais, art. 333.º do CP e o crime homólogo previsto no § 105 do StGB) e por fim os que protegem a actividade estadual desenvolvida em directo e imediato contacto com o cidadão (cf., v. g., o crime de resistência e coacção contra funcionário, previsto tanto no art. 347.º do CP, como no § 113 do StGB)¹⁷⁶⁶. Porque a relação destes bens jurídicos supra-individuais com a esfera pessoal dos cidadãos é aqui em geral remota, a questão não está em saber de que modo poderão eles contribuir para a materialização da legítima pretensão de liberdade do cidadão, mas sim em que medida o Estado carece dos tipos penais respectivos para manter a sua própria estabilidade.

¹⁷⁶⁴ HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter*, pp. 116 e ss. e 132 e ss. e ainda, mais desenvolvidamente, p. 238 e ss.

¹⁷⁶⁵ HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter*, p. 119.

¹⁷⁶⁶ HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter*, pp. 119 e ss. e 392, e “Die Materialisierung von Rechtsgut und Deliktsstruktur”, *GA*, 2002, p. 25.

Esta sistematização bipartida proposta por Hefendehl é penetrada depois pelas diferentes estruturas que podem caracterizar os bens jurídicos colectivos, designadamente, em função do relevo da confiança para a sua constituição e subsistência, formando os chamados bens jurídicos de confiança, e da finitude do objecto de acção correspondente ao bem jurídico em questão.

2. Os bens jurídicos da confiança (*Vertrauensrechtsgüter*) caracterizam-se estruturalmente por integrarem a confiança como seu elemento constitutivo¹⁷⁶⁷. O seu espaço privilegiado é o dos bens jurídicos criadores de espaços de liberdade para os indivíduos, tendo como exemplos paradigmáticos a confiança na incorruptibilidade do aparelho administrativo e a confiança na moeda como meio de troca. A confiança não é, todavia, o bem jurídico *qua tale*, mas antes sim uma sua componente fundamental. Premissa enfatizada por Hefendehl perante a crítica de Hassemer de que seria perigosa a aceitação da confiança como bem jurídico, dado o seu elevado nível de abstracção, que o torna incapaz de se assumir como objecto de protecção penal¹⁷⁶⁸: a confiança que aqui está em causa não é a confiança em geral no ordenamento jurídico, própria de uma finalidade preventivo-geral da pena, nem a confiança como bem jurídico *per se*, mas a confiança enquanto elemento imprescindível de determinado bem jurídico. Se há bens jurídicos para os quais a confiança não é indispensável à sua existência, podendo quando muito a falta dela afectar a sua capacidade de fruição, como acontece com o bem jurídico vida, por exemplo; outros há, como a segurança no tráfico monetário, que, pura e simplesmente, não a podem perder, sob pena de entrarem em colapso¹⁷⁶⁹.

O que, deste modo, singulariza os bens jurídicos da confiança em relação aos demais é a possibilidade de a ofensa que lhes é dirigida repercutir-se numa perda de confiança que assume o significado de imediata lesão ou colocação em perigo do bem jurídico, representando assim um dano primário do mesmo. Regra geral, o abalo da confiança é consequência meramente reflexa ou mediata da violação da norma de proibição, sendo assumido como um simples dano secundário¹⁷⁷⁰. Mas em casos

¹⁷⁶⁷ HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter*, p. 124 e ss.

¹⁷⁶⁸ HASSEMER, *in*: Hefendehl / von Hirsch / Wohlers (org.), *Die Rechtsgutstheorie*, cit., p. 300. Manifestando a sua concordância com Hassemer, ROXIN, ⁴AT, § 2, n.º m. 84, nota 103. Ainda numa direcção crítica, DIAS, Silva, «*Delicta in Se*» e «*Delicta Mere Prohibita*», p. 854 e ss.

¹⁷⁶⁹ HEFENDEHL, Roland, “Mit langem Atem: Der Begriff des Rechtsguts”, *GA*, 2007, p. 10.

¹⁷⁷⁰ Propondo já esta bipartição entre dano primário e dano secundário, KINDHÄUSER, Urs, “Kreditbetrug tritt hinter Betrug und Betrugversuch zurück. Urteil des BGH v. 21.2.1989”, *JR*, 1990, p. 522: cada infracção à norma é duplamente danosa: em uma vertente, designada por dano primário, a danosidade

específicos a perda de confiança implica um dano primário para o próprio bem jurídico, em virtude de a confiança ser seu componente constitutivo, não podendo de todo subsistir se ela lhe faltar. Donde, quanto a eles não é possível falar em um simples dano secundário, irrelevante para o bem jurídico¹⁷⁷¹.

Considera Hefendehl, louvando-se no conceito de “limiar” (*Schwelle*) desenvolvido por Luhmann, que nestes bens jurídicos a passagem da confiança à desconfiança não se dá de forma gradual, sendo antes abrupta. Isto porque a fronteira onde termina a capacidade de absorção em relação a circunstâncias geradoras de desconfiança tem um carácter de limiar. Ultrapassado esse limiar, instala-se a desconfiança, pois que não se confia “só um bocadinho”: ou se confia ou não se confia¹⁷⁷². Como veremos, esta perspectiva assume depois a maior importância aquando da ponderação sobre o tipo de estrutura delitual que deva corresponder aos bens jurídicos colectivos marcados pela característica da confiança socialmente relevante, contribuindo para fundamentar um pensamento cumulativo nesse domínio.

A ideia de confiança, correlacionada com o critério da não distributividade, desempenha ainda um papel decisivo na própria delimitação entre bens jurídicos individuais e colectivos, dado que só assumirão natureza supra-individual aqueles bens jurídicos da confiança cujo objecto da confiança tenha uma dimensão colectiva¹⁷⁷³. É o caso, segundo Hefendehl, entre outros, dos bens jurídicos tutelados pelos crimes de falsificação de moeda, de burla de investimento de capital (§ 264a do StGB) ou de acordos restritivos da concorrência no âmbito de ofertas públicas (§ 298 do StGB); mas já da não falsificação de documentos particulares, uma vez que nestes a perda de confiança recai apenas sobre os específicos indivíduos envolvidos na falsificação¹⁷⁷⁴.

A natureza colectiva do objecto da confiança que impregna estes bens jurídicos confere por seu turno legitimidade à intervenção penal, ou melhor, a determinadas formas de actuação penal, como a cumulativa, em função dos efeitos sociais catastróficos que a perda generalizada de confiança pode acarretar. Perdida a confiança

consubstancia-se numa lesão ou colocação em perigo do bem jurídico; em outra vertente, denominada dano secundário ou lesão da confiança, manifesta-se em uma falta de reconhecimento da proibição respectiva, que enfraquece a sua vigência e põe assim em causa a expectativa sobre a observância da norma. Contra, DIAS, Silva, «*Delicta in Se*» e «*Delicta Mere Prohibita*», p. 858 e s.

¹⁷⁷¹ HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter*, p. 124 e s.

¹⁷⁷² HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter*, pp. 130 e s. e 382.

¹⁷⁷³ HEFENDEHL, Roland, “Europäisches Strafrecht: bis wohin und nicht weiter?”, ZIS, 6/2006, p. 235, e *Kollektive Rechtsgüter*, p. 388

¹⁷⁷⁴ Cf. HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter*, pp. 238 e ss., 244 e ss. e 387 e s.

na moeda como meio de troca, todo o sistema económico entra em colapso. Deixando de haver confiança na probidade dos funcionários públicos fica aberto o caminho à corrupção e entrando o sistema de justiça em descrédito prevalece a lei do mais forte e pulula a justiça privada. Razões mais do que suficientes para concluir pela legitimidade da tutela penal, que, em todo o caso, não é ela própria criadora da confiança, mas antes instrumento necessário à sua estabilização e reforço¹⁷⁷⁵.

Parece-nos que dificilmente se poderá negar a imprescindibilidade da confiança para o funcionamento e até para a própria subsistência de interesses como os que foram indicados¹⁷⁷⁶. Em todo o caso, daí pode não ter que resultar necessariamente que a intervenção penal tenha a confiança como estrito objecto de tutela. Haveria, na realidade, motivo para questionar a bondade de uma tutela penal que estabelecesse como propósito da sua actuação a protecção de um genérico estado de confiança em determinado instituto ou função com relevo social ou estadual¹⁷⁷⁷. Mas não é disso que aqui se trata. Do que se trata, isso sim, é de reconhecer, com Hefendehl, que uma intervenção penal que desconsiderasse esse elemento fundamental dos bens jurídicos em questão seria seguramente lacunosa, deixando escapar uma sua dimensão essencial. Ora, realmente não vemos como possa a tutela penal tomar em consideração essa dimensão de confiança sem fazer dela um elemento constitutivo do próprio bem jurídico. O eventual problema desta perspectiva não parece residir na natureza imaterial da confiança ou no facto de haver muitos delitos que contendem com os identificados bens jurídicos que permanecem por descobrir e nessa medida não representariam um atentado ao bem jurídico ou sequer que uma vez lesada a confiança seria questionável que o bem jurídico fosse susceptível de novas ofensas¹⁷⁷⁸.

Onde, a nosso ver, a construção dos bens jurídicos da confiança poderá soçobrar é na sua concatenação com a estrutura de delito que se lhes faça corresponder. Para quem se queira manter apegado à tradicional tripartição entre crimes de dano, crimes de perigo concreto e crimes de perigo abstracto, a concepção da confiança como

¹⁷⁷⁵ Cf. HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter*, p. 131 e s., “Europäisches Strafrecht: bis wohin und nicht weiter?”, p. 234 e s., e “Uma teoria social do bem jurídico”, p. 114 e s.

¹⁷⁷⁶ Nesta direcção, também DIAS, Silva, «*Delicta in Se*» e «*Delicta Mere Prohibita*», p. 857.

¹⁷⁷⁷ HASSEMER, in: Hefendehl / von Hirsch / Wohlers (org.), *Die Rechtsgutstheorie*, cit., p. 300, ROXIN, *AT*, § 2, n.º m. 84, e DIAS, Silva, «*Delicta in Se*» e «*Delicta Mere Prohibita*», p. 857 e s.

¹⁷⁷⁸ Nesta direcção crítica, todavia, ANASTASOPOULOU, *Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter*, p. 177 e s., secundada por ROXIN, *AT*, § 2, n.º m. 84, e “Zur neueren Entwicklung der Rechtsgutsdebatte”, in: Herzog / Neumann (org.), *Festschrift für Winfried Hassemer*, Heidelberg, C. F. Müller Verlag, 2010, p. 588 e s.; com resposta concludente de HEFENDEHL, “Mit langem Atem: Der Begriff des Rechtsguts”, p. 10 e ss.

componente integrante do bem jurídico terá de ir acompanhada pela admissão da possibilidade de a confiança ser lesada pela conduta típica individual. Isto mesmo só quando de perigo se queira falar, pois o perigo vai sempre referido à possibilidade de ocorrência de uma lesão. Esta é, porém, uma condição que se nos afigura impossível de verificar em um qualquer caso concreto, já que em causa estaria a indagação acerca do efeito de certo comportamento isolado sobre a confiança depositada pela generalidade dos cidadãos em um determinado bem jurídico. Uma exigência desta ordem não é minimamente exequível por qualquer tribunal. Isto levaria a que ou o atentado à confiança comunitária no bem jurídico fosse encarado como um dado que por definição acompanharia a prática dos demais elementos da conduta típica, tornando-o porém redundante e como tal imprestável; ou, em alternativa, como uma exigência absolutamente inverificável em concreto, devendo conduzir inelutavelmente à absolvição, o que por si só o tornaria também imprestável e assim, contra os seus melhores propósitos, político-criminalmente insustentável. A solvabilidade daquele tipo de bens jurídicos da confiança fica portanto na dependência da possibilidade de existência de um modelo de delito que vá para além daquela tríade tradicional, admitindo que um comportamento possa ser qualificado como penalmente relevante ainda quando, por si só, não lese ou coloque em perigo, concreto ou abstracto, um bem jurídico.

3. Além dos bens jurídicos colectivos da confiança, de acordo com a concepção de Hefendehl há uma outra característica estrutural que cunha os bens jurídicos colectivos; e na verdade tanto aqueles que se referem directamente à sociedade, criando espaços de liberdade para os indivíduos, como aqueles que têm a ver com as condições-quadro do Estado. Trata-se da natureza escassa do objecto de acção de tais bens jurídicos colectivos.

No âmbito dos bens jurídicos com imediato relevo para a sociedade, essa característica é assumida pelos recursos ambientais, que sendo frequentemente finitos, são também regra geral perecíveis e insusceptíveis de livre e imediata reprodução¹⁷⁷⁹. Justifica-se assim que não seja pela via do critério da irrealidade do consumo, mas antes pela via da sua não distributividade pelos membros da comunidade que os recursos ambientais adquiram estatuto de bem jurídico colectivo. Marca específica

¹⁷⁷⁹ HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter*, p. 132 e ss.

destes bens e que os distingue dos bens jurídicos da confiança é a sua natureza essencialmente descritiva e não normativa, fruto do carácter tangível e imediatamente perceptível aos sentidos dos respectivos objectos de acção, como os solos ou as águas. É possível divisar igualmente uma natureza finita em determinados bens jurídicos que têm a ver com a protecção das condições-quadro do Estado e dos quais este carece para levar a cabo as suas funções, tais como os fundos financeiros provenientes da recolha dos impostos ou determinada potencialidade de trabalho da máquina administrativa.

§. 25. A ESTRUTURA CUMULATIVA DO FACTO PUNÍVEL REFERIDO AOS BENS JURÍDICOS COLECTIVOS

A caracterização dos bens jurídicos colectivos com relevo possível penal deve ser necessariamente acompanhada por uma ponderação acerca das respectivas estruturas delituais, que permitam compreender devidamente a relação entre a conduta típica e o bem jurídico. E não só por razões que se prendem com a importância dessa compreensão para uma frutuosa leitura do tipo-de-ilícito penal, mas também e sobretudo por razões que estão a montante e que se prendem com a imprescindibilidade dessa avaliação para a própria avaliação da legitimidade material do tipo penal correspondente¹⁷⁸⁰. Uma análise que, por sua vez, permitirá descobrir uma relação de estreita e material proximidade entre o facto penal e o facto contra-ordenacional neste amplo domínio dos bens jurídicos colectivos.

1. Até não há muito tempo, os crimes contra bens jurídicos colectivos eram genérica e imediatamente remetidos para a categoria dos crimes de perigo abstracto¹⁷⁸¹. Esta opção resultava geralmente de um argumento de exclusão de partes, bem na linha do fenómeno recorrente de fazer dos crimes de perigo abstracto uma espécie de categoria colectora ou agregadora de todos os tipos penais que não fosse possível

¹⁷⁸⁰ Embora tendo como pano de fundo distintas concepções em sede de teoria do bem jurídico, esta ideia é acentuada tanto por WOHLERS, Wolfgang, "Rechtsgutstheorie und Deliktsstruktur", *GA*, 2002, p. 17 e ss., como por HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter*, p. 147 e ss., considerando este que as possíveis estruturas delituais no âmbito dos bens jurídicos colectivos assumem uma dimensão jurídico-constitucional (p. 147). Concordante, ROXIN, "Zur neueren Entwicklung der Rechtsgutsdebatte", p. 589 e s.

¹⁷⁸¹ Cf. em detalhe ANASTASOPOULOU, *Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter*, pp. 57 e ss. e 135 e ss.

qualificar como crimes de dano ou como crimes de perigo concreto¹⁷⁸². Era, com efeito, com base no pressuposto de que em relação a esses bens jurídicos não seria possível divisar uma lesão mensurável em termos científico-naturais que ficaria afastada do mesmo passo a possibilidade de conceber a ofensa ao bem jurídico no quadro dos crimes de dano e dos crimes de perigo concreto e sobraria como categoria única aplicável a figura dos crimes de perigo abstracto¹⁷⁸³. Estes deveriam abarcar dois distintos domínios de protecção: por um lado, o respeitante à tutela de bens jurídicos individuais, no âmbito, *v. g.*, dos crimes rodoviários, de incêndios ou de explosões, onde representariam uma forma de tutela antecipada desses bens jurídicos; e por outro lado, o relacionado com a protecção de instituições ou ordens sociais através do direito penal (*v. g.*, a administração da justiça ou o tráfico probatório referente aos documentos). Neste segundo contexto, já não estaria em discussão um problema de antecipação da intervenção penal, porquanto estando em causa uma realidade de natureza espiritual não seria sequer possível de falar em lesão ou perigo concreto. Donde, os crimes de perigo de perigo abstracto seriam a forma adequada de tutela jurídico-penal dos bens jurídicos colectivos¹⁷⁸⁴.

Não deixa de ser paradoxal, como assinala Ioanna Anastasopoulou, o facto de a doutrina discutir intensamente o problema da responsabilização penal através dos crimes de perigo abstracto nos casos de concretamente comprovada absoluta falta de perigosidade para o bem jurídico e ao mesmo tempo deixar a questão passar em claro no espaço dos bens jurídicos supra-individuais, assumindo que em relações a estes nunca é possível avaliar com segurança se sequer e em que medida a conduta típica é ou não susceptível de ser perigosa para o bem jurídico¹⁷⁸⁵.

¹⁷⁸² Nestes termos, WOHLERS, “Rechtsgutstheorie und Deliktsstruktur”, p. 18, entendendo, não sem alguma razão, que este desinteresse em relação a uma análise diferenciadora dos crimes de perigo abstracto corresponde a um generalizado desinteresse relativamente a uma legitimação material convincente para este tipo de delitos. Ainda em sentido crítico, HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter*, p. 157 e ss., e “Der Rechtsgut als materialer Angelpunkt einer Strafnorm”, p. 130.

¹⁷⁸³ Nesta direcção, logo, TIEDEMANN, *Tatbestandfunktionen im Nebenstrafrecht*, pp. 123 e ss. e 165 e ss., e por último ³*Wirtschaftsstrafrecht, AT*, n.º m. 58 ss.; bem como ainda OTTO, Harro, “Konzeption und Grundsätze des Wirtschaftsstrafrechts (einschließlich Verbraucherschutz). Dogmatischer Teil I”, *ZStW*, 96, 1984, p. 362 e s., e “Mißbrauch von Insider-Information als abstraktes Gefährdungsdelikt”, *in*: Schünemann / Suárez González (org.), *Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts. Madrid-Symposium für Klaus Tiedemann*, Köln, Carl Heymanns Verlag, 1994, p. 455; e em data recente WEBER, *in*: ARZT / WEBER / HEINRICH / HILGENDORF, ²*BT*, § 35, n.º m. 27.

¹⁷⁸⁴ OTTO, “Mißbrauch von Insider-Information als abstraktes Gefährdungsdelikt”, p. 455, e TIEDEMANN, ³*Wirtschaftsstrafrecht, AT*, n.º m. 59.

¹⁷⁸⁵ ANASTASOPOULOU, *Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter*, p. 135.

Esta forma de encarar o problema da relação entre a conduta típica e o bem jurídico colectivo não pode, na verdade, subsistir, antes de mais porque em vez de representar uma solução da questão, é isso sim um sinal da vontade de o não discutir. As contradições internas desta tese saltam à vista e expõem à saciedade a sua inadmissibilidade.

Não se compreende como se possa falar de crimes de perigo, ainda que só de perigo abstracto, quando se adopta a premissa de que não é possível averiguar a existência de uma relação de perigo, concreto ou mesmo sequer potencial, da conduta típica para o bem jurídico supra-individual, quando nos tipos de crimes de perigo abstracto “são tipificados certos comportamentos em nome da sua *perigosidade típica* para um bem jurídico”¹⁷⁸⁶. E se “o perigo representa um estágio relativamente ao qual é legítimo prever como possível o desencadear de um dano / violação”¹⁷⁸⁷, surpreendendo-se “na relação que se estabelece entre o carácter danoso de um sucesso e a probabilidade desse acontecer”¹⁷⁸⁸, não se compreende ainda como possa sustentar-se que em matéria de bens jurídicos colectivos não é possível a verificação de uma lesão e simultaneamente admitir que a ofensa que lhes é dirigida se reconduz tipicamente ao perigo abstracto. Ora, “sendo teoricamente impossível determinar quando o bem jurídico tutelado pode ser lesado pela conduta típica individual, então é também impossível falar em uma colocação em perigo de tal bem jurídico, e um tipo penal destinado à sua protecção não é equacionável nem sequer sob a forma de crime de perigo abstracto”¹⁷⁸⁹.

2. Se, porém, nos afastarmos de uma compreensão do bem jurídico susceptível de lesão apenas quando identificado com objectos tangíveis do mundo das coisas corpóreas estará aberto o caminho para a aceitação da possibilidade de lesão de bens jurídicos incorpóreos como são, praticamente¹⁷⁹⁰ por definição, os bens jurídicos supra-

¹⁷⁸⁶ DIAS, Figueiredo, ²DP-PG, I, 11.º Cap., § 45; e ainda na mesma direcção, COSTA, José de Faria, *O Perigo em Direito Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 1992, pp. 568 e s. e 620 e ss., e STRATENWERTH / KUHLEN, ⁶AT, § 8, n.º m. 14.

¹⁷⁸⁷ COSTA, Faria, *O Perigo em Direito Penal*, p. 583.

¹⁷⁸⁸ COSTA, Faria, *O Perigo em Direito Penal*, p. 584.

¹⁷⁸⁹ ANASTASOPOULOU, *Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter*, p. 138.

¹⁷⁹⁰ Estamos a pensar na excepção a esta “regra” formada pelo bem jurídico tutelado pelos crimes ambientais, que embora se trate de um bem jurídico colectivo é de distinguir dos demais bens jurídicos supra-individuais na medida em que se refere a realidades corpóreas e imediatamente perceptíveis pelos sentidos – cf. MARTIN, Jörg, *Strafbarkeit grenzüberschreitender Umweltbeeinträchtigungen: zugleich ein*

individuais. Partilhamos, com Silva Dias, a ideia de que é “totalmente infundada uma distinção entre bens jurídicos individuais e bens jurídicos supra-individuais com base na diferença qualitativa entre material-tangível e imaterial-abstracto e uma concepção do objecto jurídico-penalmente tutelado de matriz realista”¹⁷⁹¹. Assim, para a questão que ora nos ocupa deve tomar-se em consideração que para efeitos de aferição de uma lesão ou colocação em perigo conta não o objecto da acção e sim *o próprio bem jurídico*¹⁷⁹². Mais, o bem jurídico não tem por que ser identificado com o objecto da acção ou sequer ser entendido como uma entidade necessariamente tangível ou corpórea¹⁷⁹³.

Mesmo no domínio dos bens jurídicos individuais há um número considerável de bens jurídicos de natureza imaterial em relação aos quais é inquestionado o seu estatuto de bem jurídico-penal. É o caso, entre muitos outros, da honra, da liberdade de locomoção, da liberdade e da autodeterminação sexual, do direito à autodeterminação informacional ou até da propriedade. Certo que os bens em questão têm necessariamente como portador uma concreta pessoa, o que faz deles bens jurídicos individuais; mas também não pode duvidar-se que embora referidos *a uma* pessoa, têm carácter imaterial ou espiritual, sem que isso de modo algum comprometa a possibilidade de serem erigidos a bens jurídicos dignos e carentes de tutela penal. O reconhecimento dessa natureza incorpórea não implica, porém, que o bem jurídico deva ser concebido como um valor ideal ou etéreo, insusceptível de uma real afectação¹⁷⁹⁴.

Beitrag zur Gefährdungsdogmatik und zum Umweltsvölkerrecht, Freiburg i. Br., Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht, 1989, p. 33.

¹⁷⁹¹ DIAS, Silva, «*Delicta in Se*» e «*Delicta Mere Prohibita*», p. 779.

¹⁷⁹² Como é sabido, esta posição está longe, todavia, de ser incontrovertida – no sentido do texto, por outros, DIAS, Figueiredo, ²*DP-PG, I*, 11.º Cap., § 45, COSTA, Faria, ³*Fragmenta*, Cap. 8, § 113, KUHLEN, “Umweltstrafrecht...”, p. 713, HEFENDEHL, “Der Rechtsgut als materialer Angelpunkt einer Strafnorm”, p. 119 e ss., e STRATENWERTH / KUHLEN, ⁶*AT*, § 8, n.º m. 14; contra, apontando antes para o objecto da acção, JESCHECK / WEIGEND, ⁵*AT*, § 26, II, 2, SCH / SCH / LENCKNER / EISELE²⁸, antes do § 13, n.º m. 129, e ainda ROXIN, ⁴*AT*, § 10, n.º m. 123, numa posição, porém, a nosso ver inconciliável com o que passou a sustentar acerca das relações entre bem jurídico e objecto da acção (cf. ⁴*AT*, § 10, n.º m. 65 e ss.), dando a “mão à palmatória” à crítica certa de AMELUNG, Knut, “Der Begriff des Rechtsguts in der Lehre von strafrechtlichen Rechtsgüterschutz”, in: Hefendehl / von Hirsch / Wohlers (org.), *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2003, p. 166 e ss.

¹⁷⁹³ Desenvolvidamente, CUNHA, Maria da Conceição, «*Constituição e Crime*», p. 85 e ss., DIAS, Silva, «*Delicta in Se*» e «*Delicta Mere Prohibita*», pp. 661 e ss. e 771 e ss., WOHLERS, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts*, p. 223 e ss., e ANASTASOPOULOU, *Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter*, pp. 57 e ss. e 192 ess.

¹⁷⁹⁴ Nesta direcção, todavia, considerando que “os bens jurídicos não devem ser entendidos como objectos apreensíveis sensorialmente, mas antes como valores espirituais da ordem social”, JESCHECK / WEIGEND, ⁵*AT*, § 26, I, 4, SCH / SCH / LENCKNER / EISELE²⁸, antes do § 13, n.º m. 9; e ainda, na doutrina portuguesa, qualificando os bens jurídicos como “idealizações”, MENDES, Paulo de Sousa, *Vale a Pena o Direito Penal do Ambiente?*, 1.ª reimp., Lisboa, AAFDL, 2000, p. 114. Em sentido oposto, seguido em texto, AMELUNG, Knut, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Frankfurt, Athenäum, 1972, p. 181 e ss.,

Pelo contrário, pese embora impalpáveis e intangíveis, esses bens são pessoal e socialmente perspectivados como uma entidade bem real, que pode ser efectivamente lesada ou posta em perigo. Sendo eminentemente normativo o processo de determinação dos bens jurídicos objecto de protecção penal, bem como de definição das formas da sua agressão¹⁷⁹⁵, seria incompreensível, porque manifestamente redutora, uma concepção do bem jurídico que desconsiderasse que a realidade é composta tanto por objectos e fenómenos corpóreos, como incorpóreos¹⁷⁹⁶, e circunscrevesse a intervenção penal apenas à protecção dos primeiros. Só pode, pois, dar-se razão a Wohlers quando conclui que, numa inspecção mais próxima, a ideia de que os bens jurídicos individuais clássicos seriam concretos bens jurídicos palpáveis e tangíveis provou ser uma ilusão¹⁷⁹⁷.

Se deve concordar-se que bens jurídicos individuais imateriais, como a liberdade de movimentos ou a honra¹⁷⁹⁸, são susceptíveis de lesão, não se vê razão para que os bens jurídicos supra-individuais o não possam também ser¹⁷⁹⁹. Em todo o caso, como, novamente, esclarece Wohlers, diferentemente dos clássicos bens jurídicos individuais, a ofensa aos bens jurídicos colectivos não se dá em regra através de uma afectação de um concreto e tangível objecto de acção, traduzindo-se antes em uma desorganização, dificilmente objectivável *a priori*, de subsistemas sociais¹⁸⁰⁰.

Justamente por isso, porque em regra a ofensa a bens jurídicos colectivos não está associada a uma agressão a objectos de acção de natureza tangível, parece-nos mais do que duvidosa a pretensão de Anastasopoulou de acolher neste domínio um específico

“Der Begriff des Rechtsguts...”, e agora também, ROXIN, “Rechtsgüterschutz als Aufgabe des Strafrechts?”, p. 139, e ⁴AT, § 2, n.º m. 67.

¹⁷⁹⁵ Assim, de modo enfático, DIAS, Silva, «*Delicta in Se*» e «*Delicta Mere Prohibita*», p. 776: “O bem jurídico e a ofensa ao bem jurídico – não é demais repeti-lo – são realidades normativas. É por isso que, a respeito de um e de outro, não faz sentido falar de tangibilidade ou de objectualidade perceptível sensorialmente, nem tão-pouco preconizar o retorno a uma suposta natureza objectual e materializada pré-moderna”. Cf. ainda ANASTASOPOULOU, *Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter*, p. 201.

¹⁷⁹⁶ ANASTASOPOULOU, *Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter*, p. 193.

¹⁷⁹⁷ WOHLERS, “Rechtsgutstheorie und Deliktsstruktur”, p. 16.

¹⁷⁹⁸ DIAS, Figueiredo, ²DP-PG, I, 11.º Cap., § 45, ROXIN, ⁴AT, § 2, n.º m. 66, e a este específico propósito WOHLERS, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts*, p. 224.

¹⁷⁹⁹ Admitindo também abertamente essa possibilidade de lesão, ANASTASOPOULOU, *Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter*, pp. 199 e ss. e 203 e ss., e na sua esteira ROXIN, “Rechtsgüterschutz als Aufgabe des Strafrechts?”, p. 139, ⁴AT, § 2, n.º m. 83, e “Zur neueren Entwicklung der Rechtsgutsdebatte”, p. 587 e ss.

¹⁸⁰⁰ WOHLERS, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts*, p. 224, e “Rechtsgutstheorie und Deliktsstruktur”, p. 16.

conceito de causalidade, de índole psíquica, dirigida aos fenómenos da realidade que assumam uma natureza psíquico-espiritual¹⁸⁰¹.

Como também aliás, mas agora em sentido inverso, porque radicada em uma concepção marcadamente naturalista de bem jurídico¹⁸⁰², se nos afigura questionável o entendimento de Hefendehl de que a procura de uma estrutura delitual adequada aos tipos referidos à protecção de bens jurídicos colectivos deve ser levada a cabo com o propósito de suprir a falta de uma efectiva relação causal de lesão entre conduta e bem jurídico¹⁸⁰³. Se até hoje, como temos vindo a referir, a imaterialidade de um conjunto alargado de bens jurídicos individuais nunca impediu a sua integração nas categorias tradicionais dos tipos de tipicidade referidos ao bem jurídico, designadamente e desde logo, aos crimes de dano, será por outras razões que não a da intangibilidade própria dos bens jurídicos colectivos que em relação a estes poderá vir a justificar-se a procura de novos quadros sistemáticos que vão para além da tríade dos crimes de dano, de perigo concreto e de perigo abstracto.

3. O que, em nosso modo de ver, se afigura aqui decisivo no sentido de ponderar a existência de uma lesão ou colocação em perigo de um bem jurídico colectivo é a determinação normativa da sua configuração jurídico-penalmente relevante e os termos em que as funções que lhe são cometidas podem ser materialmente postas em causa pela conduta típica legalmente definida.

Aqui chegados, confrontamo-nos fundamentalmente com duas perspectivas, que conduzem a uma clara separação de águas no momento de ponderar a resposta à questão de saber se faz sentido continuar a apelar àquelas três categorias tradicionais para enquadrar as ofensas típicas aos bens jurídicos colectivos ou se, pelo contrário, não será

¹⁸⁰¹ ANASTASOPOULOU, *Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter*, p. 201, que todavia não chega a explicitar em que concretos moldes uma tal ligação causal deveria ser estabelecida.

¹⁸⁰² Cf. a crítica de DIAS, Silva, «*Delicta in Se*» e «*Delicta Mere Prohibita*», p. 662 e s.

¹⁸⁰³ Cf. HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter*, pp. 39 e ss. e 182, como que concebendo bem jurídico e objecto de acção como duas faces da mesma moeda, em que este, na linha de Maurach, seria um representante accidental ou ocasional daquele, ao ponto de não se poder falar de um representante do bem jurídico quando se não divise uma relação suficientemente estreita entre o objecto da acção e o bem jurídico, bem como entre a conduta típica e o bem jurídico. Esta compreensão é complementada por uma associação (HEFENDEHL, “*Der Rechtsgut als materialer Angelpunkt einer Strafnorm*”, p. 131) à antiga tese de JÄGER, *Strafgesetzbuch und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten*, que, definindo os bens jurídicos como estados valiosos susceptíveis de alteração através da conduta humana (p. 13), considera que não pode o bem jurídico flutuar no vento, só adquirindo sentido quando referido a uma real relação causal de lesão (p. 17). Relação que, segundo HEFENDEHL, *ult. op. cit.* p. 131, nota 69, existe, por exemplo, entre o bem jurídico vida e o tipo legal de homicídio, mas já não entre os bens jurídicos colectivos e os tipos penais que a eles se reportam.

chegada a hora de procurar uma nova estrutura de delito que exprima de modo mais fiel essa conexão entre conduta e bem jurídico. A questão crítica que determina essa bifurcação doutrinal prende-se com a *possibilidade de admitir uma imediata e directa lesão do bem jurídico supra-individual através de uma acção típica isolada*.

Respondendo-se afirmativamente a esta dúvida, poderá continuar a afirmar-se a adequabilidade do paradigma tripartido tradicional – crimes de dano, de perigo concreto e de perigo abstracto – também no campo dos bens jurídicos colectivos. Mas se a resposta for negativa nenhuma daquelas formas de delito poderá servir para descrever a relação que se estabelece entre o comportamento individual definido no tipo-de-ilícito e o bem jurídico supra-individual a que este se refere, parecendo então necessário encontrar novas figuras delituais que rompam com a estrutura tripartida tradicional.

No sentido da primeira posição, procurando explicitar as razões pelas quais não há necessidade aqui de abrir a doutrina do facto punível a novas estruturas de delito, pronunciaram-se recentemente Anastasopoulou e Roxin. Fizeram-no em reacção aos esforços de Wohlers e Hefendehl de estabelecer o delito de acumulação como nova figura prototípica¹⁸⁰⁴ das ofensas aos bens jurídicos colectivos. Tanto um como o outro adoptaram como ponto de partida dessa construção a ideia de que só em casos absolutamente excepcionais, qualificados como mega-infracções (“*Megaverstöße*”)¹⁸⁰⁵, seria de esperar que uma única conduta típica produzisse uma *lesão* no bem jurídico colectivo¹⁸⁰⁶. Desse modo, a qualificação dos crimes contra bens jurídicos supra-

¹⁸⁰⁴ A expressão é de HIRSCH, Andrew von / WOHLERS, Wolfgang, “Rechtsgutstheorie und Deliktsstruktur – zu den Kriterien fairer Zurechnung”, in: Hefendehl / von Hirsch / Wohlers (org.), *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2003, p. 199.

¹⁸⁰⁵ Termo, ao que parece, usado pela primeira vez por HEFENDEHL, Roland, “Zur Vorverlagerung des Rechtsgutsschutzes am Beispiel der Geldfälschungstatbestände”, *JR*, 1996, p. 354, no contexto dos crimes de falsificação de moeda, considerando que só uma – na prática, todavia, inimaginável – mega-infracção de inundação do tráfico monetário com moeda falsa estaria em condições de quebrar a confiança na moeda e assim destruir o próprio bem jurídico.

¹⁸⁰⁶ Cf. WOHLERS, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts*, p. 308 e s. e 318 e ss.; HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter*, pp. 151 e s. e 182 e ss., e “Mit langem Atem: Der Begriff des Rechtsguts”, p. 10 e ss.; e já antes, MARTIN, *Strafbarkeit grenzüberschreitender Umweltbeeinträchtigungen*, p. 56.

Em sentido próximo, SCHÜNEMANN, Bernd, “Vom Unterschichts-zum Oberschichtsstrafrecht. Ein Paradigmawechsel im moralischen Anspruch?”, in: Kühne / Miyazawa (org.), *Alte Strafrechtsstrukturen und neue gesellschaftliche Herausforderungen in Japan und Deutschland*, Berlin, Duncker & Humblot, 2000, p. 25, considerando desprovida de sentido a distinção entre lesão e colocação em perigo quando está em causa um bem jurídico que se consubstancia em estados de consciência, horizontes de entendimento ou pressupostos de interacção de natureza colectiva, dado que uma única conduta é em geral insusceptível de o ofender. Apesar de não chegar a ser admitida a possibilidade de lesão ou colocação em perigo do bem jurídico colectivo através de uma conjugação massiva de condutas típicas, há aqui, como nota ANASTASOPOULOU, *Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter*, p. 164,

individuais como crimes de dano ou de perigo torná-los-ia político-criminalmente imprestáveis, dado que, sob um ponto de vista prático, estando a sua aplicação limitada a essas mega-infracções, apareceriam como irrelevantes, senão mesmo como absurdos¹⁸⁰⁷.

Opondo-se a esta forma de conceber a lesão do bem jurídico colectivo, no âmbito da crítica ao modelo cumulativo, Anastasopoulou, seguida por Roxin¹⁸⁰⁸, traça um paralelo entre as ofensas aos bens jurídicos individuais e supra-individuais, manifestando-se contra aquela premissa de que a lesão destes só poderá ocorrer em caso de mega-infracções com base no argumento de que os crimes de dano referidos a bens jurídicos individuais estão longe de pressupor sempre uma lesão consubstanciada em uma total eliminação do próprio bem jurídico, pois “a lesão não tem forçosamente de ser equiparada a destruição”¹⁸⁰⁹. Tanto assim é que uma bofetada que causa um rubor temporário não deixa de ser considerada como uma lesão da integridade física pelo facto de não comprometer o organismo na sua globalidade¹⁸¹⁰. De maneira que tal como os indivíduos têm, em princípio, o direito a um respeito pleno pela integridade do seu corpo e das suas coisas, também a sociedade tem o direito a não ver comprometida a plena capacidade de funcionamento das suas instituições¹⁸¹¹, devendo portanto a lesão do bem jurídico ser perspectivada à luz da real função que lhe está cometida. Postas assim as coisas, estes autores consideram existir um dano jurídico-penalmente relevante para os respectivos bens jurídicos quando alguém faz uma descarga poluente em um curso de água, corrompe um funcionário público, presta um falso testemunho que adultera a decisão judicial ou faça uso no tráfico jurídico de um documento falso que é tomado por verdadeiro. Em todos estes tipos de casos, entendem não haver razão para negar a existência de uma lesão dos bens jurídicos correspondentes só porque da conduta não resultou um dano global para os mesmos.

Esta suposição de que o bem jurídico colectivo pode resultar lesado através de uma única e pontual afectação da sua capacidade funcional não tem, porém, no nosso

uma renúncia de Schünemann à estrutura de delito tripartida tradicional em matéria de bens jurídicos colectivos e uma clara aproximação ao pensamento cumulativo.

¹⁸⁰⁷ WOHLERS, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts*, p. 308 e s.

¹⁸⁰⁸ Cf. ANASTASOPOULOU, *Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter*, p. 203 e ss., e ROXIN, *4AT*, § 2, n.º m. 83, e “Zur neueren Entwicklung der Rechtsgutsdebatte”, p. 587 e ss.

¹⁸⁰⁹ ANASTASOPOULOU, *Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter*, p. 203.

¹⁸¹⁰ Estabelecendo já este paralelismo, WALTER, Tonio, “§ 298 StGB un die Lehre von den Deliktstypen”, *GA*, 2001, p. 137.

¹⁸¹¹ WALTER, “§ 298 StGB un die Lehre von den Deliktstypen”, p. 137 e s., e ANASTASOPOULOU, *Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter*, p. 203.

ponto de vista, qualquer aderência ao sentido social do que seja um ataque com o significado de uma perda, total ou mesmo só parcial, de um bem jurídico titulado pelo Estado ou pela sociedade. Admitir que um falso testemunho lesa a realização da justiça ou que a utilização de um documento falso dana a segurança e credibilidade do tráfico jurídico probatório, não passa, como bem nota Hefendehl, de uma pura ficção de lesão do bem jurídico¹⁸¹².

A analogia que aqui se tenta forjar com os bens jurídicos individuais ou, mais precisamente, com a ofensa ao bem jurídico integridade física mostra-se artificial, pois a agressão, ainda que leve, mas não insignificante, a um bem jurídico pessoal de primeiríssima ordem como é a saúde é socialmente valorada como uma autêntica lesão do bem jurídico, atenta a sua consequência comprovadamente nociva para a saúde da vítima. Se assim é quanto aos bens jurídicos eminentemente pessoais, não tem porém de o ser também quanto a bens jurídicos com conteúdo, amplitude e titularidade absolutamente distintos, como são os bens jurídicos supra-individuais. Quanto a estes, a infracção de prescrições dirigidas à sua protecção está, regra geral, muito longe de ser socialmente perspectivada como um ataque que justifica uma intervenção penal em virtude da ocorrência *de um dano ou até sequer da colocação em perigo* de um bem jurídico. Ninguém certamente considerará que a introdução na circulação monetária de algumas dezenas ou centenas de euros falsos representa uma lesão da segurança do tráfico monetário ou que quando um facto é dado como provado por um tribunal com base num depoimento falso há sequer uma ameaça ao sistema de justiça. A razão está pois aqui, para nós, do lado de Hefendehl, para quem os bens jurídicos colectivos têm uma natureza incompatível com a possibilidade de lesão através de um ofensa pontual, dada a sua configuração elástica, própria das funções que lhe são cometidas¹⁸¹³. Mas se assim é e se também ninguém duvida que tais comportamentos devem ser penalmente sancionados, a justificação para tal há-de radicar não na lesão ou, quando menos, no perigo para os bens jurídicos em questão, mas em um fundamento de outra ordem.

¹⁸¹² HEFENDEHL, “Mit langem Atem: Der Begriff des Rechtsguts”, p. 11.

¹⁸¹³ HEFENDEHL, “Mit langem Atem: Der Begriff des Rechtsguts”, p. 11, que, justificadamente, censura ROXIN, ⁴AT, § 2, n.º m. 83, por adoptar uma posição que descarta questões em aberto, em vez de as enfrentar.

§ 25.1 Conteúdo e extensão do modelo cumulativo

A necessidade de encontrar uma fundamentação consistente, tanto do ponto de vista dogmático, como do das valorações sociais, para a criminalização de comportamentos individuais que por si só são inidóneos a lesar um bem jurídico colectivo, mas cujo relevo penal é consensualmente aceite, levou alguns dos autores referidos supra, nomeadamente, Wohlers e Hefendehl a propor a figura da acumulação como estrutura típica da ofensa a bens jurídicos-supra individuais¹⁸¹⁴. A adopção dessa categoria neste domínio não se ficou, porém, pela enunciação da *ratio* que permite reputar legítima a criminalização de tais condutas. Além disso, a tese cumulativa foi desenvolvida no sentido de explicitar as condições que deverão ser observadas para que possa considerar-se legitimada a concessão de relevo penal às condutas contrárias a bens jurídicos colectivos, por forma a que a estrutura delitual em apreço possa funcionar como padrão crítico das incriminações presentes e futuras¹⁸¹⁵.

Os delitos cumulativos são aqueles tipos de crimes cujos factos típicos correspondem a condutas individuais que regra geral, e não só excepcionalmente, são inidóneas a determinar uma lesão do bem jurídico colectivo protegido e que por isso

¹⁸¹⁴ O relevo de Wohlers e Hefendehl nessa extensão do pensamento cumulativo à generalidade dos crimes contra bens jurídicos colectivos é reconhecido por Kuhlen, porventura o principal impulsionador da teoria cumulativa – cf. KUHLEN, Lothar, “Rechtsgüter und neuartiger Deliktstypen”, in: von Hirsch / Seelmann / Wohlers (org.), *Mediating Principles. Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2006, p. 150.

Que a ligação entre conduta e bem jurídico colectivo estaria íntima e inevitavelmente ligada a um pensamento cumulativo, havia sido logo intuído por MÜLLER-TUCKFELD, “Traktat für die Abschaffung des Umweltstrafrechts”, p. 466: “sempre ali onde o bem jurídico proteja de forma mais ou menos a eficiência de uma função social (o que vale igualmente, v. g., para a BtMG, para a AWG e para outros tipos legais de crime “modernos”, como também ainda todavia para os §§ 331 e ss. do StGB, já que a confiança na incorruptibilidade dos portadores das funções estaduais através deles protegida só pode ser efectivamente lesada mediante uma multiplicação de infracções a essas normas) deparamo-nos com esta categoria de delitos [cumulativos]”. Sendo embora tarimbada como categoria absolutamente inaceitável (cf. infra), segundo Müller-Tuckfeld a figura dos delitos cumulativos poderia desempenhar uma função analítica inestimável, a de servir de *categoria crítica*. Manifestando a sua concordância com esta função crítica proposta por Müller-Tuckfeld para os tipos de acumulação, HESEL, Gerd Johannes, *Untersuchungen zur Dogmatik und den Erscheinungsformen “Modernen” Strafrechts*, Marburg, N. G. Elwert Verlag, 2004, p. 244.

¹⁸¹⁵ Sobre os delitos cumulativos, na doutrina portuguesa, em vertentes específicas, como o ambiente ou os impostos, DIAS, Figueiredo, “Sobre a tutela jurídico-penal do ambiente...”, p. 389 e ss., MENDES, Paulo de Sousa, *Vale a Pena o Direito Penal do Ambiente?*, pp. 123 (“é o efeito somado de sucessivas agressões humanas contra o ambiente que se torna preocupante (cargas poluentes acumuladas), e é necessário prevenir a sua continuação”) e 171 e ss., LOUREIRO, Flávia, *A Legitimação do Direito Penal do Ambiente*, p. 157 e ss., e SOUSA, Susana Aires de, *Os Crimes Fiscais*, pp. 226 e ss. e 300 e s. Numa perspectiva mais geral, cf. ainda, a favor, DIAS, Figueiredo, ²DP-PG, I, 6.º Cap., § 72 e ss.; e contra, DIAS, Augusto Silva, “What if everybody did it?”, p. 303 e ss.

não são sequer abstractamente perigosas¹⁸¹⁶. Nessa medida, os comportamentos que neles estão em causa, quando vistos *per se*, não afectam ou, pelo menos, não afectam em medida minimamente relevante interesses juridicamente protegidos, só podendo implicar uma ofensa desses interesses através de um efeito conjugado com outros comportamentos da mesma espécie¹⁸¹⁷.

1. Um dos primeiros afloramentos do pensamento cumulativo apareceu em meados da década de 1970 pela pena de Fritz Loos no âmbito da análise do bem jurídico tutelado pelo crime de corrupção¹⁸¹⁸. Reconduzindo a ofensa a esse bem jurídico – identificado com a condição de funcionamento do *ethos* funcional da administração¹⁸¹⁹ – à figura do crime de perigo abstracto, em relação a esta categoria o autor distingue, em todo o caso, duas espécies de perigo. De uma banda encontra-se aquele género de situações em que o tipo corresponde a uma acção perigosa individual com uma potencialidade de, por si só ou em conjugação com outros factores causais, implicar uma lesão da pessoa. De outra banda, o perigo abstracto compreende ainda tipos penais referidos a acções que só através da sua acumulação com outras condutas perigosas podem conduzir a uma lesão do bem jurídico¹⁸²⁰. Coisa que as mais das vezes sucede em domínios em que o perigo se forma através de comportamentos praticados em massa, como por exemplo acontece com as emissões poluentes no domínio ambiental. Com base nesta sistematização, Loos rejeita a possibilidade de enquadramento do crime de corrupção no âmbito daquele primeiro grupo de crimes de perigo abstracto, uma vez que uma conduta delituosa avulsa de um funcionário não é adequada a afectar a referida condição de funcionamento da administração. Deste modo, porque o funcionamento da administração só pode ser lesado de forma relevante e mensurável na hipótese de uma numerosa repetição de casos de corrupção o delito em questão só pode ser incluído no segundo grupo dos crimes de perigo abstracto¹⁸²¹.

¹⁸¹⁶ KUHLEN, “Rechtsgüter und neuartiger Deliktstypen”, p. 150.

¹⁸¹⁷ HIRSCH, A. von / WOHLERS, “Rechtsgutstheorie und Deliktsstruktur...”, p. 199.

¹⁸¹⁸ LOOS, Fritz, “Zum «Rechtsgut» der Bestechungsdelikte”, in: Stratenwerth *et. al.* (org.), *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 25. März 1974*, Berlin, Walter de Gruyter, 1974, p. 890 e ss.

¹⁸¹⁹ Contra esta qualificação proposta por Loos, entre nós, COSTA, António de Almeida, “Sobre o crime de corrupção”, in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, I, 1984, p. 137 e ss.

¹⁸²⁰ LOOS, “Zum «Rechtsgut» der Bestechungsdelikte”, p. 891.

¹⁸²¹ Como veremos, a inclusão no âmbito dos crimes de perigo abstracto dos tipos penais caracterizados por uma perigosidade cumulativa é agora também defendida por WOHLERS, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts*, p. 305 e ss., e HIRSCH, A. von / WOHLERS, “Rechtsgutstheorie und Deliktsstruktur...”, p. 198 e ss.

Naquela sua referência às emissões poluentes para exemplificar a tipologia do perigo abstracto manifestada através de acções praticadas em massa, Loos¹⁸²² baseou-se em um estudo anterior de Otto Backes em matéria de direito penal do ambiente onde a dimensão cumulativa das agressões ambientais já era posta em relevo¹⁸²³. Aí, no contexto da discussão sobre uma reforma penal que contemplasse a criminalização de infracções ambientais, Backes alertava para a necessidade de ser tomada em devida consideração, nomeadamente, para a questão de saber se a punibilidade penal ambiental deveria ser condicionada à criação de perigo para a vida ou para a saúde humana, o facto de que a poluição, *v. g.*, das águas ou da atmosfera através de condutas individuais pressupõe normalmente um efeito conjugado dessas condutas, dado que sendo por si só inofensivas, poderiam ter efeitos ambientais nocivos apenas quando cumuladas com outras.

2. Foi necessário, porém, aguardar mais de uma década para que o pensamento cumulativo entrasse em força na discursividade jurídico-penal, precisamente no campo do direito penal do ambiente. O tiro de partida foi dado por Lothar Kuhlen¹⁸²⁴ e desde então gerou forte controvérsia, ampliada mais ainda com as propostas de Wohlers e Hefendehl para estender o paradigma cumulativo à generalidade dos crimes contra bens jurídicos colectivos.

No centro da discussão esteve inicialmente o tipo legal de crime de poluição de águas, previsto no § 324 do StGB¹⁸²⁵ e nele introduzido em 1980, aquando da abertura do CP alemão aos crimes ambientais.

Em análise a esse tipo penal e adoptando como ponto de partida o exemplo de um indivíduo que, vivendo numa casa sem ligação à rede pública de saneamento, se livra das águas de cozinha, misturadas com restos de comida, directamente no rio Main¹⁸²⁶, Kuhlen começa por avaliar a possibilidade de integrar tal espécie de conduta naquele delito de poluição de águas sob a perspectiva da sua qualificação como crime de dano, de perigo concreto ou de perigo abstracto. Porque, além do mais, está em causa

¹⁸²² LOOS, “Zum «Rechtsgut» der Bestechungsdelikte”, p. 891, nota 55.

¹⁸²³ BACKES, Otto, “Umweltstrafrecht”, *JZ*, 1973, p. 339 e s.

¹⁸²⁴ KUHLEN, Lothar, “Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerverunreinigung (§ 324)”, *GA*, 1986, p. 389 e ss., e depois ainda, em jeito de resposta às muitas críticas entretanto recebidas, “Umweltstrafrecht...”, *cit. supra*, p. 711 e ss.

¹⁸²⁵ § 324, (1), do StGB: “Quem sem autorização poluir águas ou alterar negativamente algumas das suas propriedades, é punido com pena privativa da liberdade até cinco anos ou com pena de multa”.

¹⁸²⁶ KUHLEN, “Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerverunreinigung (§ 324)”, p. 390.

um curso de água de enorme dimensão e à luz do estado dos nossos conhecimentos empíricos é de excluir a possibilidade de a acção referida, em si mesma, poder ter quaisquer efeitos danosos para esse rio como fundamento de vida para os homens, animais e plantas, o autor, pese embora admitir o relevo penal dessa conduta, conclui pela impossibilidade de justificar a intervenção penal na base de qualquer uma das três categorias tradicionais de dano, de perigo concreto e de perigo abstracto¹⁸²⁷.

Procurando responder à pergunta sobre qual seria então o tipo de delito correspondente ao crime de poluição de águas, Kuhlen rompe com o esquema tripartido tradicional e propõe a adopção de uma nova categoria que denomina como delito de acumulação (“*Kumulationsdelikt*”), à qual corresponde um tipo-de-ilícito a que chama tipo de acumulação (“*Kumulationstatbestand*”)¹⁸²⁸. A seu ver, o que caracteriza o tipo cumulativo é a desnecessidade de a conduta individual nele prevista determinar uma lesão ou uma colocação em perigo do bem jurídico, justificando-se a criminalização pelo facto de essa acção pertencer a um género de condutas que quando praticadas em elevado número conduzem à sua lesão ou colocação em perigo e que caso não fossem objecto de proibição criminal seriam provavelmente praticadas em larga escala¹⁸²⁹, podendo assim, no seu conjunto, ter aquelas repercussões para o bem jurídico. Se teoricamente será possível distinguir dentro dos delitos de acumulação entre tipos de dano e tipos de perigo, consoante a acumulação de numerosos factos típicos implique uma lesão ou um perigo para o bem jurídico, o certo é que atendendo ao seu carácter puramente hipotético, a distinção não tem qualquer significado prático¹⁸³⁰.

A contraposição entre o crime de poluição de águas e o crime de condução de veículo em estado de embriaguez, figura delitual paradigmática dos crimes de perigo abstracto¹⁸³¹, espelha de forma expressiva a insustentabilidade da recondução daquele a esta categoria dogmática. No caso do condutor embriagado, o perigo abstracto representado pela sua condução não depende em nada da existência de outros indivíduos que, como ele, conduzam alcoolizados. Mas já na hipótese do sujeito que realiza descargas para o rio Main, se ninguém mais imitar o seu comportamento será

¹⁸²⁷ KUHLEN, “Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerverunreinigung (§ 324)”, p. 390 e ss., e “Umweltstrafrecht...”, p. 715 e s.

¹⁸²⁸ KUHLEN, “Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerverunreinigung (§ 324)”, p. 399, e “Umweltstrafrecht...”, p. 715 e ss.

¹⁸²⁹ KUHLEN, “Umweltstrafrecht...”, p. 716 e s., nota 93.

¹⁸³⁰ KUHLEN, “Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerverunreinigung (§ 324)”, p. 399, nota 56.

¹⁸³¹ DIAS, Figueiredo, ²DP-PG, I, 11.º Cap., § 45.

seguramente de excluir a possibilidade de em consequência dos seus despejos sobrevir um dano para o rio como fundamento de vida para homens, animais e plantas. Assim, o problema frequentemente suscitado quanto aos crimes de perigo abstracto relacionado com a excepcional absoluta falta de perigosidade da concreta conduta individual nem sequer faz sentido nesta segunda hipótese das descargas poluentes, uma vez que nestas *a regra é a da ausência de perigosidade*. Daí que enquanto nos crimes de perigo abstracto as condutas individuais são em regra perigosas, nos crimes cumulativos, pelo contrário, a regra é a da falta de perigosidade das acções individuais tipicamente previstas, só podendo falar-se em uma perigosidade global, resultante de uma prática frequente desse tipo de condutas¹⁸³². Em suma, condutas que *per se* nem sequer são abstractamente perigosas não podem ser qualificadas como crimes de perigo abstracto, devendo portanto ser enquadradas em uma nova e diferente estrutura de delito.

Esta construção de Kuhlen mereceu mais reservas e objecções que apoios, mas apresentou-se como suficientemente consistente para colher a adesão de parte da doutrina, ainda que minoritária, e sobretudo para inspirar o salto do pensamento cumulativo para além dos quadros do direito penal do ambiente, designadamente, no sentido de transformar o crime cumulativo como a estrutura própria das ofensas penais aos bens jurídicos colectivos. Este modelo, desenvolvido, como referimos já, por Wohlers e Hefendehl e que entre nós conta com a concordância de princípio de Figueiredo Dias, é ainda em larga medida tributário da proposta de Kuhlen, mais especificamente das razões por ele aduzidas, e ainda aqui não explanadas, para justificar a legitimidade material das incriminações cumulativas, dos pressupostos por ele avançados como condição para a afirmação de tal legitimidade e dos argumentos por ele aduzidos para rebater as muitas críticas que se abateram sobre os delitos de acumulação.

3. É também com base na lógica do grande número e da inocuidade típica das acções individuais descritas nas *fattispecie* ligadas à protecção de bens jurídicos colectivos que Wolfgang Wohlers adopta o modelo cumulativo para conformar a relação entre o comportamento típico e o bem jurídico supra-individual. Em todo o caso, leva por diante esse propósito em um plano mais amplo, o da reconfiguração de toda a categoria dos crimes de perigo abstracto no contexto de um direito penal

¹⁸³² KUHLEN, “Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerverunreinigung (§ 324)”, p. 399, nota 57.

preventivo próprio da sociedade contemporânea¹⁸³³, sobre a qual nos debruçaremos na parte final do nosso estudo¹⁸³⁴.

Como se perceberá pelo que já fomos adiantando do pensamento de Wohlers, a sua caracterização dos delitos cumulativos é coincidente com aquela que inicialmente foi avançada por Kuhlen: os delitos de acumulação englobam condutas que em si próprias não são susceptíveis de produzir um dano ou um perigo concreto para um bem jurídico, as mais das vezes colectivo, mas em relação às quais não é de excluir a possibilidade de determinarem uma tal ofensa quando praticadas em larga escala. Em todo o caso, Wohlers leva a lógica cumulativa para lá das fronteiras inicialmente cogitadas por Kuhlen¹⁸³⁵, advogando, pela primeira vez, a sua aplicação a *todas* as incriminações que tutelem bens jurídicos colectivos, dando como exemplos os tipos legais de crimes adstritos à protecção do meio ambiente (§ 324 e ss. do StGB) e de determinadas instituições do Estado, como a administração da justiça¹⁸³⁶. Além de ampliar significativamente a amplitude do âmbito de aplicação dos crimes cumulativos, Wohlers apresenta ainda uma nova base de legitimação material, que teremos oportunidade de explicitar adiante.

4. Também Hefendehl propõe um alargamento do paradigma cumulativo à generalidade dos crimes contra bens jurídicos colectivos, como equivalente material para suprir a ausência de uma efectiva relação de causalidade lesiva entre a conduta típica e o bem jurídico supra-individual¹⁸³⁷. Uma vez mais, baseia-se na ideia da normal inidoneidade de uma conduta típica isolada para lesar o bem jurídico supra-individual e da necessidade da intervenção penal para travar o risco da sua numerosa repetição, potencialmente danosa para o bem jurídico. Louvando-se nas teses de Kuhlen e de Loos, expostas supra, considera que de uma e de outra se pode concluir que o pensamento cumulativo compreende, pelo menos, duas estruturas lógico-materiais

¹⁸³³ Daí o título da sua dissertação: *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts – zur Dogmatik "moderner" Gefährungsdelikte* – cf., em especial, p. 305 e ss.; e depois ainda HIRSCH, A. von / WOHLERS, "Rechtsgutstheorie und Deliktsstruktur...", p. 198 e ss.

¹⁸³⁴ *Infra*, § 35.1.

¹⁸³⁵ Alargamento que, como mencionámos já, colhe a aceitação de KUHLEN, "Rechtsgüter und neuartiger Deliktstypen", p. 150.

¹⁸³⁶ WOHLERS, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts*, p. 309 e s. e 318.

¹⁸³⁷ HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter*, p. 182 e ss., e "Der Rechtsgut als materialer Angelpunkt einer Strafnorm", p. 130 e ss. Não deixa de ser paradoxal que ao mesmo tempo que preconiza a extensão da categoria do delito cumulativo a praticamente todos os crimes contra bens jurídicos colectivos, Hefendehl faça questão de ressaltar que o seu âmbito de aplicação potencial permanece fortemente limitado (*ult. op. cit.*, p. 131).

distintas: no campo das agressões ambientais, a acumulação de acções típicas implica sempre uma lesão ou uma colocação em perigo do bem jurídico, ao passo que no âmbito dos crimes de corrupção sobrevém um momento comunicativo, na medida em que a ofensa ao bem jurídico só tem lugar quando as infracções respectivas se liguem reciprocamente entre si e não permaneçam isoladas umas das outras¹⁸³⁸.

Hefendehl enfatiza um aspecto já antes implícito ou até mesmo insinuado nas teses cumulativas que o precederam¹⁸³⁹ e que é decisivo para sustentar de modo procedente a legitimidade material das incriminações fundadas no modelo cumulativo e rebater as reservas quanto à congruência com o princípio da culpa (*sc.*, a conhecida objecção da responsabilização *ex injuria terti*). Essa clarificação traduz-se em tornar inequívoco que o pensamento cumulativo actua tão-só no plano da criminalização e não no do perfeccionamento do facto típico¹⁸⁴⁰, o que por si só já é indiciador da considerável relevância de toda esta matéria para o nosso problema da distinção material entre crimes e contra-ordenações.

Com efeito, o que está em causa é fundamentalmente uma decisão legislativa. Não se trata aqui de avaliar até que ponto o comportamento individual pode ou não ser danoso para o bem jurídico, precisamente porque, por definição, as condutas em apreço são inócuas para o bem jurídico quando vistas *per se*. O que releva, isso sim, é a determinação das condições que podem levar a que se considere a criminalização como constitucionalmente legítima, apesar da inadequação da conduta tipificada para lesar o bem jurídico. Tudo está em saber, para efeitos dessa vertente criminalizadora, para a qual só o legislador tem competência, se o comportamento que é previsto sob ameaça de pena se liga, atenta a (im)probabilidade da sua repetição no caso de ser penalmente irrelevante, à protecção do bem jurídico tido em consideração. Se uma tal prognose apontar em sentido negativo e todavia o legislador avançar para a criminalização, deverá esta qualificar-se como constitucionalmente inadmissível. Mas se não for esse o caso, se houver razões fundadas para se concluir pela legitimidade da incriminação, a discussão sobre a irrelevância da conduta para o bem jurídico em determinado caso concreto deve fazer-se na perspectiva do preenchimento do tipo pelo específico facto em análise, à semelhança, aliás, do que sucede com os crimes de perigo abstracto.

¹⁸³⁸ HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter*, p. 184.

¹⁸³⁹ Cf. KUHLEN, “Umweltstrafrecht...”, p. 718 e s., e DIAS, Figueiredo, “Sobre a tutela jurídico-penal do ambiente...”, p. 390 e s.

¹⁸⁴⁰ HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter*, p. 182 e s.

Considerando as estruturas de bens jurídicos colectivos por si desenhadas, Hefendehl preconiza a aplicação do modelo cumulativo a praticamente todas elas. Desde logo aos bens jurídicos da confiança. O modo particular como ocorre a ofensa a estes bens jurídicos, através de uma brusca passagem de um estado de confiança a um estado de desconfiança, que representa o seu aniquilamento, em virtude da sua incapacidade para a partir daí responder às respectivas exigências funcionais, torna-os especialmente atreitos à influência do pensamento cumulativo¹⁸⁴¹. Também os bens jurídicos referidos a contingentes de natureza finita se mostram aptos a receber esse influxo¹⁸⁴². É o caso dos bens jurídicos vocacionados para a tutela do meio ambiente, como também de bens jurídicos colectivos adstritos à protecção das condições-quadro do Estado relacionados com recursos de que o Estado carece para dar cumprimento às suas funções, mas que se caracterizam pela sua escassez, como as receitas fiscais ou a força de trabalho do corpo administrativo. Estes bens jurídicos revelam-se um campo privilegiado para a funcionamento do pensamento cumulativo, pela razão de que com cada conduta típica ocorre a redução de um bem que por si só já é finito¹⁸⁴³. Por último, fora do contexto cumulativo ficam os bens jurídicos que servem a protecção de funções estaduais, pois a sua relevância penal não se justifica pela probabilidade de multiplicação de ataques intencionais às mais altas esferas da organização do Estado, que na verdade dificilmente pode ser afirmada, dado que as agressões ao Estado procedem em regra de intenções não multiplicáveis¹⁸⁴⁴.

§ 25.2 Fundamentação material do pensamento cumulativo

Preocupação que desde a primeira hora animou a corrente cumulativa foi, como não poderia deixar de ser, a da busca de um fundamento material válido para conferir legitimidade às incriminações aditivas. A questão foi assim enunciada logo por Kuhlen: “justificar-se-á punir penalmente condutas que individualmente, em regra e não apenas

¹⁸⁴¹ HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter*, pp. 193 e ss. e 385.

¹⁸⁴² HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter*, pp. 199 e ss. e 385.

¹⁸⁴³ HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter*, pp. 201 e 385, que todavia ressalva a possibilidade de certos casos poderem ser reconduzidos a crimes de dano, prescindindo-se da figura da acumulação, em função da possibilidade de lesão dos recursos em apreço. Neste sentido, no âmbito penal fiscal, SOUSA, Susana Aires de, *Os Crimes Fiscais*, p. 300 e s.

¹⁸⁴⁴ HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter*, pp. 186 e 385.

excepcionalmente, não determinam um dano, nem um perigo concreto ou abstracto para o bem jurídico protegido?”¹⁸⁴⁵.

A resposta afirmativa dada pelos defensores da teoria cumulativa a esta pergunta decisiva tem assentado essencialmente em duas teses fundamentadoras da legitimidade material dos delitos cumulativos: a tese do grande número e a tese de índole moral-filosófica.

§25.2.1 A lógica do grande número

Uma primeira linha de resposta fundamentadora dos tipos de acumulação, apresentada por Kuhlen, baseou-se no pensamento do “grande número”: “a única possibilidade de fundamentação de um tipo cumulativo radica em uma justificação que, em ligação com a linguagem económica, designo por justificação derivada do problema do grande número”¹⁸⁴⁶. Este problema manifesta-se no facto de uma acção individual poder ser avaliada como racional quando vista apenas por si e todavia, se praticada em grande número, poder conduzir a resultados irracionais¹⁸⁴⁷. O direito penal, considera Kuhlen, apresenta-se como um meio adequado para a solução deste problema, ao qual deve reconhecer-se um relevo significativo em todo o domínio do ambiente. Com efeito, proibindo-se criminalmente determinadas condutas, a abstenção da prática das mesmas passará a ser tida como um comportamento individual racional por muitos indivíduos, atenta a valoração negativa que sobre elas recai e/ou os riscos de custos subjectivos a elas inerentes. Dessa forma, abstendo-se a maioria dos cidadãos da prática desses actos, é possível evitar um resultado irracional global. Uma solução penal para este problema só pode ser dada, segundo Kuhlen, pela figura dos delitos de acumulação, dada a patente inadequação dos crimes de perigo abstracto para com ele lidar.

Não basta, porém, concluir pela adequação dos tipos penais cumulativos para enfrentar esse problema do grande número, sendo além disso imprescindível avaliar a *necessidade* desse tipo de intervenção penal¹⁸⁴⁸. No sentido de mostrar que os delitos cumulativos também superam esta prova da carência de tutela penal no domínio ambiental, Kuhlen adverte que, perante os sérios problemas ambientais da sociedade

¹⁸⁴⁵ KUHLEN, “Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerverunreinigung (§ 324)”, p. 401.

¹⁸⁴⁶ KUHLEN, “Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerverunreinigung (§ 324)”, p. 401.

¹⁸⁴⁷ KUHLEN, “Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerverunreinigung (§ 324)”, p. 401 e s.

¹⁸⁴⁸ KUHLEN, “Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerverunreinigung (§ 324)”, p. 403.

contemporânea, caso não sejam tomadas *medidas efectivas* para prevenir as agressões ao meio ambiente isso terá como consequência, no longo prazo, o aparecimento de danos ambientais que serão irreparáveis para as gerações futuras, que verão as suas bases de vida drasticamente pioradas. Ora, os severos problemas ambientais com que somos confrontados têm como causa *exclusiva* meros contributos cumulativos, isto é, condutas individuais que em si mesmas nem sequer um perigo abstracto comportam. De maneira que, conclui Kuhlen, a única medida consequente com o propósito de prevenir as agressões e os danos ambientais passa pela proibição penal dessas condutas individuais cumulativas. Mais, nesta situação, afirma, a responsabilidade da geração actual perante as gerações futuras confere não só a possibilidade, como implica mesmo uma obrigação moral de prevenir a ameaça da devastação ambiental através da criação de tipos penais cumulativos, por se revelarem os únicos idóneos para esse efeito¹⁸⁴⁹.

É também essencialmente desta racionalidade que se nutre o pensamento de Figueiredo Dias na defesa do modelo cumulativo, não só para os delitos ambientais¹⁸⁵⁰, como também em geral, como solução adequada para enquadrar as ofensas a bens jurídicos colectivos¹⁸⁵¹. Relativamente à questão da construção típica dos delitos colectivos, reconhece que “seja qual for a arquitectura que acabe por ser eleita, ela não pode eliminar a aludida distância entre condutas na sua singularidade insignificantes e lesões certas ou muito prováveis de bens jurídicos colectivos; distância que pode ser de tal maneira grande que, com ela, é a própria referência da conduta ao bem jurídico que pode tornar-se questionável”¹⁸⁵². Não obstante, é categórico na afirmação da “inteira

¹⁸⁴⁹ Salientando também que a paralisia penal no domínio ambiental representaria uma demissão insuportável da geração actual perante a responsabilidade de garantir um futuro ambientalmente sustentável para as gerações vindouras, cf., entre outros, DIAS, Jorge de Figueiredo, “O papel do direito penal na protecção das gerações futuras”, *BFDUC: Volume Comemorativo do 75.º Tomo do Boletim da Faculdade de Direito*, 2003, p. 1123 e ss., SCHÜNEMANN, “Kritische Anmerkungen...”, p. 206 e s., e STRATENWERTH, Günter, “Zukunftssicherung mit den Mitteln des Strafrechts?”, *ZStW*, 105, 1993, p. 678 e ss., que terminou esta sua intervenção com a célebre proclamação de que não pretende fazer parte de uma ciência que se demita da tarefa de prevenir a destruição das bases para as vidas futuras neste planeta (p. 696). Também STELLA, Federico, *Giustizia e Modernità. La Protezione dell’Innocente e la Tutela delle Vitime*, 2.ª ed., Milano, Giuffrè Editore, 2002, p. 419 e ss., faz eco desta preocupação, mas conclui, após longo e aprofundado escrutínio, pela incapacidade do direito penal para responder aos desafios colocados pela ameaça ambiental, considerando mesmo que “a visão do mundo de Stratenwerth, ainda que carregada paixão moral, revela-se permeada pelo perigoso optimismo próprio de todos os «positivistas ingénuos»” (p. 443).

¹⁸⁵⁰ DIAS, Figueiredo, “Sobre a tutela jurídico-penal do ambiente...”, p. 389 e ss.

¹⁸⁵¹ DIAS, Figueiredo, ²*DP-PG, I*, 6.º Cap., § 67 e ss.

¹⁸⁵² DIAS, Figueiredo, ²*DP-PG, I*, 6.º Cap., § 72. O exemplo também é ponderado por HIRSCH, Andrew von, “Extending the Harm Principle: ‘remote’ harms and fair imputation”, in: Simester / Smith, *Harm and Culpability*, Oxford, Clarendon Press, 1996, p. 272, que todavia distingue a utilização e a fabricação de *sprays* nocivos para a camada de ozono, admitindo uma incriminação cumulativa para a sua produção,

legitimação do legislador para, nomeadamente face à necessidade colectiva de contenção de mega-riscos globais, criar, se indispensável, incriminações acumulativas, protectoras de bens jurídicos. Se, p. ex., o legislador, baseado nos conhecimentos científicos disponíveis, conclui que a utilização maciça de produtos (mesmo que simples perfumes ou desodorizantes) sob a forma de *sprays* pode aumentar os danos da camada de ozono, está absolutamente legitimado para criminalizar o fabrico, a venda, a utilização, etc., de quaisquer produtos sob aquela forma. Tratar-se-á então patentemente de um delito acumulativo que todavia, em nome de um bem jurídico colectivo de indiscutível referência jurídico-constitucional, é digno de pena; e se, ademais, os aludidos dados das ciências empíricas revelarem a necessidade da sua protecção, nada mais será necessário para a validade / legitimidade da incriminação. Tanto basta no presente contexto”¹⁸⁵³.

§ 25.2.2 A fundamentação moral-filosófica

O modelo cumulativo conhece ainda uma outra linha fundamentadora da legitimidade dos delitos de acumulação, que recusando aquela lógica do grande número, acusando-a de confundir funcionalidade com legitimidade¹⁸⁵⁴, procura ancorar a sua justificação em razões de ordem moral-filosófica¹⁸⁵⁵, filiadas directamente no paradigma do *harm principle*¹⁸⁵⁶ dominante em sistemas penais de *common law*, como o inglês e o americano¹⁸⁵⁷.

A linha de força deste pensamento é o dever de solidariedade de cada indivíduo para com os seus concidadãos, que se deverá manifestar em uma obrigação de

mas já não para o seu consumo, por considerar que seria exigir de mais do cidadão comum que compreendesse os efeitos ambientais com a suficiência necessária para desenvolver o sentido de que deveria abster-se de usar tais produtos. A razão de ser da diferenciação tornar-se-á mais clara com a exposição da concepção de Andrew von Hirsch acerca dos *accumulative harms* que de seguida se fará em texto.

¹⁸⁵³ DIAS, Figueiredo, ²DP-PG, I, 6.º Cap., § 74.

¹⁸⁵⁴ WOHLERS, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts*, p. 318 e s.

¹⁸⁵⁵ Cf. WOHLERS, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts*, p. 318 e ss., HIRSCH, A. von / WOHLERS, “Rechtsgutstheorie und Deliktsstruktur...”, p. 207 e s., e HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter*, p. 190 e ss.

¹⁸⁵⁶ Inicialmente formulado por John Stuart Mill como o único princípio válido para a limitação da liberdade, o *harm principle* era definido por FEINBERG, Joel, *The Moral Limits of the Criminal Law, Volume Four: Harmless Wrongdoing*, New York, Oxford University Press, 1988, p. XIX, do seguinte modo: “é sempre uma boa razão para fundar uma legislação penal que esta seja eficaz na prevenção (eliminação, redução) do dano para outras pessoas que não o agente (aquele proibido de agir) e não haja outros meios igualmente eficazes a custos não mais elevados para outros valores”.

¹⁸⁵⁷ Cf. HIRSCH, A. von, “Extending the Harm Principle”, pp. 265, 268 e 271 e ss., e

cooperação: “devemos trabalhar em conjunto – prescindindo cada um de nós de algumas escolhas – para o bem do nosso interesse comum em prevenir determinadas consequências danosas”¹⁸⁵⁸. O entendimento é o de que estando em causa “a conservação e a salvaguarda dos bens colectivos necessários para a existência e capacidade de funcionamento da sociedade, existe um dever de cooperação (*duty of cooperation*)”¹⁸⁵⁹.

Na fundamentação do paradigma cumulativo, Wohlers recorre às indagações de Joel Feinberg acerca da possibilidade de responsabilizar criminalmente o chamado *freeloader* ou *free-rider*, *grosso modo*, o indivíduo que faz uso de determinados benefícios proporcionados por terceiros ou pela comunidade sem todavia oferecer qualquer contrapartida ou pelo menos uma contrapartida justa, assim beneficiando à custa dos demais: “em vários contextos de cooperação, cada pessoa tem que fazer a sua parte para que todos possam ganhar, mas é possível a uma pessoa fazer batota, não fazendo a sua parte, e assim colher o seu benefício «de graça» apenas porque os outros cumprem com a sua parte. Ao fazer batota, o «freeloader» explora o sentido de cooperação dos demais em seu próprio proveito”¹⁸⁶⁰.

O caso do *freeloader* é escrutinado por Feinberg no âmbito da análise da multiplicidade de fenómenos de exploração de que certas pessoas são alvo por outras (“*exploitatin with and without harm*”)¹⁸⁶¹. Entre muitos outros casos – *v. g.*, o indivíduo que propõe um desafio a outro sabendo que este não tem qualquer hipótese de o levar de vencido; o tráfico sexual remunerado proporcionado pela fraqueza humana inerente à libido sexual; a venda de uma substância clinicamente inócua a um desesperado doente canceroso, etc. – assoma o do *freeloading*, que forma uma das nove categorias de *wrongful exploitation* identificadas por Feinberg¹⁸⁶². O que há de moralmente errado no *freeloading* é o aproveitamento do esforço de quem é cumpridor e age honestamente. Ainda que aqueles que actuam com rectidão não sofram nenhum prejuízo com o comportamento do *freeloader*, o certo é que o ganho deste *só* tem lugar porque os

¹⁸⁵⁸ Cf. HIRSCH, A. von, “Extending the Harm Principle”, p. 268.

¹⁸⁵⁹ HIRSCH, A. von / WOHLERS, “Rechtsgutstheorie und Deliktsstruktur...”, p. 208. Na mesma direcção, ALCÁ CER GUIRAO, Rafael, “La protección del futuro y los daños cumulativos”, *ADPCP*, 54, I, 2001, p. 160 e ss. e 170 e ss., e entre nós SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal Tributário*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2009, p. 55 e s.

¹⁸⁶⁰ FEINBERG, *Harmless Wrongdoing*, p. 13.

¹⁸⁶¹ FEINBERG, *Harmless Wrongdoing*, p. 176 e ss.

¹⁸⁶² FEINBERG, *Harmless Wrongdoing*, p. 206 e ss.

outros são honrados o suficiente para lhe proporcionar os seus benefícios fáceis¹⁸⁶³. Por isso mesmo, este é considerado o exemplo mais claro de uma obtenção de vantagem injusta. Os ganhos desonestos do *freeloader* são um mal, pois representam uma violação dos direitos daqueles que se abstêm da mesma conduta no pressuposto de que os outros também o farão e que têm assim todo o direito de sentirem ofendidos. Ofensa que não está em uma lesão dos seus interesses, mas simplesmente no facto de o *freeloader* se aproveitar injustamente da sua confiança e só lucrar por causa da sua atitude cooperante¹⁸⁶⁴.

O denominador comum do *freeloading* e dos demais casos de exploração identificados por Feinberg é o proveito injusto (*unjust gain*). A constatação de que o agente praticou um mal, que, por expressar uma injustiça, pode inclusivamente ser visto como um mal moral, leva-o, numa primeira aproximação, a enquadrar estes casos em um princípio que designa como “*the exploiting principle*”¹⁸⁶⁵. E porém, não é por via dele que o *freeloading* vê legitimada a sua repressão penal. De acordo com Feinberg, o que – em um plano subsequente de análise, o da avaliação da legitimidade de concessão de relevância penal aos casos de exploração antes discriminados – pode legitimar uma intervenção criminal nas situações de *freeloading* é ainda o tradicional *harm principle*. E isto porque nesse tipo de comportamento ainda vai implícita uma lógica de dano, nomeadamente, de dano cumulativo: “quando o batoteiro tira um proveito injusto do comportamento conforme à lei dos demais para obter um ganho para si próprio, ele pode não causar nenhum dano directo para ninguém, mas se a sua conduta se tornasse comum, então teria consequências imensamente danosas para as instituições e práticas sociais que a todos dizem respeito”¹⁸⁶⁶. É pois com base na potencialidade de dano para os interesses ameaçados pelo comportamento do *freeloader* e não com fundamento na reprovação moral da intenção de obter um ganho injusto que a criminalização do *freeloading* pode ser sustentada¹⁸⁶⁷.

¹⁸⁶³ FEINBERG, *Harmless Wrongdoing*, p. 183.

¹⁸⁶⁴ FEINBERG, *Harmless Wrongdoing*, pp. 13 e s. e 206 e s.

¹⁸⁶⁵ FEINBERG, *Harmless Wrongdoing*, p. 210.

¹⁸⁶⁶ FEINBERG, *Harmless Wrongdoing*, p. 211, que já antes se havia referido ao risco envolvido na repetição do *freeloading*: “se todos os consociados do *freeloader* fizessem o mesmo, então o resultado seria danoso para os interesses de todos do grupo” (p. 14).

¹⁸⁶⁷ Sublinhando também que *freeloading* e acumulação são figuras que se cruzam, mas não coincidem totalmente, DIAS, Augusto Silva, “What if everybody did it?”, p. 318.

Na medida em que este e outros casos de exploração devem ser afinal reconduzidos ao *harm principle*, em virtude da sua imediata ou remota¹⁸⁶⁸ danosidade, Feinberg circunscreve a amplitude do *exploiting principle*, definindo-o como o princípio de acordo com o qual há sempre uma boa razão em favor de uma certa proibição criminal que vá prevenir um benefício injusto, mesmo quando esse ganho errado não seja acompanhado de qualquer perda injusta. Mas porque assim é, porque não é aí possível identificar qualquer dano, próximo ou longínquo (“*it makes no appeal to the prevention of derivative harms*”), uma tal concepção deve ser rejeitada e não pode servir de base legítima a uma criminalização, por ser antiliberal e constituir uma manifestação clara de um puro moralismo legal¹⁸⁶⁹.

2. Estas lúcidas objecções de Feinberg à possibilidade de uma responsabilização penal ser fundada em um puro propósito de prevenção do ganho injusto desligado da produção imediata ou mediata de danos para terceiros não foram todavia suficientes para dissuadir Wohlers e A. von Hirsch de assentarem a justificação para as incriminações cumulativas em um pensamento que, em substância e apesar dos seus “protestos” em contrário, se identifica com esse propósito¹⁸⁷⁰.

Wohlers dá razão a Feinberg na recusa deste em ver o direito penal de uma sociedade pluralista transformado em instrumento para a prossecução de posições moralistas, mas faz corresponder esse princípio apenas à proibição de promover certas concepções de vida através do direito penal contra outras particulares concepções. Na sua perspectiva, esse princípio já não obsta todavia à possibilidade de oferecer uma reacção com meios penais contra comportamentos que afrontem o quadro de direitos de uma sociedade pluralista. E esse quadro de direitos é inequivocamente posto em causa quando alguém ofenda concretos interesses pessoais de outros sujeitos sem o seu acordo. Ora, considera Wohlers, numa sociedade organizada em Estado os deveres jurídicos dos cidadãos não se ficam pela mera observância de um *neminem laede*, compreendendo ainda a obrigação de cooperar com o asseguramento de um estado em que a cada um seja garantido o que lhe é de direito (*suum cuique tribuere*). De modo que estando a vida de um cidadão de uma moderna sociedade pluralista dependente da

¹⁸⁶⁸ Para uma caracterização dos “*remote harms*”, cf. HIRSCH, A. von, “Extending the Harm Principle”, p. 263 e ss.

¹⁸⁶⁹ FEINBERG, *Harmless Wrongdoing*, p. 213.

¹⁸⁷⁰ WOHLERS, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts*, p. 321 e s., e HIRSCH, A. von / WOHLERS, “Rechtsgutstheorie und Deliktsstruktur...”, p. 207 e s.

disponibilização de determinados bens colectivos e da garantia da sua funcionalidade, ao recusar prestar uma cooperação justa para a disponibilização dos bens colectivos o *freeloader* arroga-se em benefício próprio de um *princípio de direitos iguais para pessoas com posições jurídicas incompatíveis*. Assim, o fundamento para a legitimação da responsabilização penal deste indivíduo encontra-se na reposição do princípio da igualdade por ele posto em causa; e o problema da criminalização das contribuições cumulativas deixa de radicar na procura de um fundamento válido para a sua legitimação e passa a ser somente o da determinação das concretas condutas que podem ser criminalizadas a esse título.

A recondução do fundamento das incriminações cumulativas à necessidade de reconstituir a posição de igualdade que deve caracterizar a participação de cada um no quadro da interacção social, penalizando a recusa de cooperação no esforço comunitário em prol do bem comum que a todos incumbe¹⁸⁷¹, não é todavia suficiente para apagar os traços de ligação desta tese ao discurso de reprovação moral que está associado à identificação da figura do *freeloader*.

Em nosso modo de ver, ou bem que se deduz a possibilidade de legitimação da intervenção penal da afronta que esse comportamento representa para valores como a igualdade ou o a solidariedade social, mas sempre em função de uma perspectiva de tutela de bens jurídicos (em último termo, como Kuhlen e Figueiredo Dias; ou até como Feinberg, à luz do *harm principle*); ou bem que se prescinde por completo de um esforço legitimador assente em derradeira instância em um propósito de protecção de bens jurídicos e não há como evitar cair no erro de um discurso fundamentador de *matriz puramente moral*, próprio de um direito penal do autor e não de um direito penal do facto, naturalmente inaceitável.

Como Feinberg pôs em relevo, o que torna a conduta do *freeloader* particularmente repugnante é o enriquecimento sem causa de que ele beneficia; e que é tanto mais injusto quanto é obtido à custa da rectidão e probidade dos seus concidadãos, que ao cumprirem os deveres legais que sobre eles impendem para prossecução do interesse público lhe dão a oportunidade de obter tal enriquecimento. Wohlers procura furtar-se à objecção de que a punição penal daquele indivíduo apenas em função desse

¹⁸⁷¹ Cf. HIRSCH, A. von / WOHLERS, “Rechtsgutstheorie und Deliktsstruktur...”, p. 207: para que todos os cidadãos tenham um estatuto jurídico igualitário, ninguém pode tomar para si o papel de *freeloader* (*Trittbrettfahren*), adoptando um comportamento que tem de ser proibido em ordem a evitar a ocorrência de consequências insuportáveis.

locupletamento indevido assumiria as vestes de um moralismo legal antiliberal com o argumento de que ao eximir-se a participar no esforço colectivo de criação e manutenção de bens colectivos que a todos importam o agente viola o direito dos seus concidadãos a um *suum cuique tribuere*, sendo isto (e apenas isto) que justifica a sua responsabilização criminal. E assim até poderia ser, convergindo-se com Wohlers, se se acabasse por fazer repousar o fundamento criminalizador no risco de comprometimento dos interesses colectivos propriamente ditos. Mas não é esse o caso. O que, segundo Wohlers, dá corpo à fundamentação é apenas a necessidade de repor o equilíbrio jurídico posto em causa pela conduta do *freeloader*, de forma a prevenir que o ordenamento jurídico dê cobertura a um tratamento igual para posições jurídicas desiguais.

Ao desamararr esta lógica de uma finalidade de protecção dos bens jurídicos colectivos, do mesmo passo que enfatiza a vertente da desconsideração que a conduta do agente representa para os direitos dos seus concidadãos, nomeadamente, o direito de ver os demais cooperarem na edificação do bem comum, a posição de Wohlers e A. von Hirsch ressuma a puro moralismo. Pois, em substância, nesta visão das coisas temos de um lado os cidadãos cumpridores, dotados de uma espécie de superioridade moral, e de outro lado os batoteiros, egoístas e parasitas da cooperação alheia, sendo inconcebível que, independentemente das (potenciais) consequências dos seus comportamentos, a ordem jurídica trate todos do mesmo modo. Aqueles, os cidadãos probos, têm direito a que estes, os parasitas, sejam escarmentados com a sanção penal para lhes mostrar que não é impunemente que se furtam ao seu dever de cooperação social e, aproveitando-se da rectidão alheia, obtêm benefícios injustos à custa deles.

Temos assim para nós que ao vincular a reacção penal à necessidade de mostrar aos moralmente rectos que a sociedade não cruza os braços perante o defeito moral evidenciado por aqueles que se aproveitam da sua honestidade, esta concepção se assume como expressão de um puro direito penal do autor, incompatível com aquele que deve ser o direito penal de uma sociedade liberal e plural, um direito penal do facto, vinculado à tutela de bens jurídicos e em que o fundamento positivo para qualquer intervenção penal só pode ser o *dever estadual de protecção de bens jurídicos constitucionalmente relevantes*¹⁸⁷² (art. 2.º e 18.º-1 da CRP)¹⁸⁷³.

¹⁸⁷² Cf. infra, §§ 27. a 32.

§ 26. TOMADA DE POSIÇÃO A FAVOR DO MODELO CUMULATIVO

O que vai dito deixa já claramente perceber a nossa concordância com aqueles, como Hefendehl, Kuhlen, Figueiredo Dias, que manifestando-se a favor de um pensamento cumulativo no âmbito da compreensão da estrutura delitual dos crimes contra bens jurídicos colectivos¹⁸⁷⁴ sustentam a legitimidade material das incriminações cumulativas directamente no paradigma do bem jurídico. Tratando-se de explicitar a arquitectura interna da generalidade dos crimes afectos à protecção de bens jurídicos supra-individuais e de afirmar a legitimidade da incriminação sob o ponto de vista da ofensa ao bem jurídico, não divisamos, com efeito, melhor alternativa do que o modelo da acumulação.

1. Em primeiro lugar, pelas razões já expostas, deve concordar-se que nenhuma das categorias tradicionais dos crimes de perigo e de dano pode ser adequadamente moldada aos fenómenos de agressão a bens jurídicos colectivos. A menos que se queira persistir em um falso ambiente de tranquilidade aproblemática¹⁸⁷⁵ – procurando varrer as dificuldades para debaixo do já desgastado tapete da dogmática tradicional, como se vê

¹⁸⁷³ Na ordem jurídica nacional deparamo-nos, aliás, com um regime penal demonstrativo da recusa do legislador em promover uma actuação fundada tão-somente na recusa do cidadão em colaborar no esforço social de criação e manutenção de instituições e funções servidoras do interesse colectivo. Referimo-nos especificamente ao domínio do direito penal tributário, onde em lado algum se prevê e pune criminalmente o simples não pagamento de impostos. A pessoa que, em conformidade com a lei fiscal, declare à administração tributária todos os rendimentos por si auferidos durante determinado período, não incorre em qualquer responsabilidade penal pelo simples facto de não solver o imposto que lhe for liquidado. Sendo o domínio fiscal o campo por excelência da imposição comunitária de um dever de cooperação individual em benefício da colectividade (sobre o dever fundamental de pagar impostos na perspectiva da legitimidade material do direito penal fiscal, cf., por outros, RODRIGUES, Anabela Miranda, “Contributo para a fundamentação de um discurso punitivo em matéria penal fiscal, in: *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, II, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, p. 481 e ss., e SOUSA, Susana Aires de, *Os Crimes Fiscais*, pp. 17 e ss. e 241 e ss.), a ausência de reacção criminal perante a falta de colaboração individual na prossecução do desígnio colectivo, traduzida na inobservância da obrigação basilar do pagamento do imposto, é sintomática de que no sistema jurídico português o legislador se absteve de adoptar um modelo punitivo fundado em exclusivo na pura violação do dever de cooperação para a constituição e preservação de bens colectivos, como preconizam Wohlers e Andrew von Hirsch.

¹⁸⁷⁴ Cf. ainda, na conclusão, FRISCH, Wolfgang, “Rechtsgut, Recht, Deliktsstruktur und Zurechnung im Rahmen der Legitimation staatlichen Strafens”, in: Hefendehl / von Hirsch / Wohlers (org.), *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2003, p. 233 e ss.

¹⁸⁷⁵ Já neste sentido crítico, GRECO, Luís, *Modernização do Direito Penal, Bens Jurídicos Coletivos, Crimes de Perigo Abstrato*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011, p. 93.

claramente em Roxin e Anastasopoulou: não há necessidade nenhuma da figura da acumulação, porque afinal qualquer conduta que caiba na previsão típica de um crime contra bens jurídicos colectivos, mesmo que praticamente insignificante, pode qualificar-se como lesão do bem jurídico e permite que a incriminação seja classificada como crime de dano¹⁸⁷⁶, assim ficando (automaticamente?) resolvidos todos os problemas de legitimidade, porque é de uma lesão que se trata! – terá de reconhecer-se que não é em função de uma lesão, de um perigo concreto ou de uma perigosidade concreta¹⁸⁷⁷ para o bem jurídico colectivo que o legislador criminaliza condutas que a eles se oponham. Na realidade, perante um conjunto amplo de tipos incriminadores afectos à sua tutela baldadamente se procurará estabelecer um relacionamento entre a conduta típica e o bem jurídico com base em uma conexão de lesão ou de perigo, mesmo de perigo abstracto, pois a conduta descrita no tipo e que o legislador teve em

¹⁸⁷⁶ Num plano semelhante, e como tal merecedor de crítica, parecem-nos estar COSTA, A. de Almeida, “Sobre o crime de corrupção”, 1984, p. 140 e ss., e DIAS, Augusto Silva, “Entre «comes e bebes»: debate de algumas questões polémicas no âmbito da protecção jurídico-penal do consumidor (a propósito do Acórdão da Relação de Coimbra de 10 de Julho de 1996)”, *RPCC*, 1/1999, p. 65 e ss.

COSTA, A. de Almeida, “Sobre o crime de corrupção”, p. 140 e ss., e “A propósito do novo Código do Trabalho”, p. 1054 e ss., lança mão do conceito de *bem-meio* ou *bem-instrumental* – uma categoria que, aliás, remonta já a TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht*, 1969, p. 119 e ss., e que ainda recentemente o próprio TIEDEMANN, Klaus, “Wirtschaftsstrafrecht in Europa”, in: Hellmann / Schröder (orgs.), *Festschrift für Hans Achenbach*, Heidelberg, C. F. Müller, 2011, p. 573 e s., reputou como uma primeira fase dogmática entretanto já há muito ultrapassada – para, confessadamente, ultrapassar uma pretensa fragilidade de concepções dogmáticas construídas em torno de bens jurídicos supra-individuais, nomeadamente, a recondução dos respectivos tipos-de-ilícito a estruturas típicas de perigo. Uma dificuldade que Almeida Costa crê poder superar através de um “passe de mágica” puramente formal, como, aliás, o próprio não deixa de reconhecer quando admite que a sua proposta não passa de “uma outra via que, no fundo, partindo de indênticos pressupostos materiais, apenas diverge quanto à sua arquitectura e formulação” (“Sobre o crime de corrupção”, p. 140). Com efeito, considera COSTA, A. de Almeida, “Sobre o crime de corrupção”, p. 141 e s., que uma vez postulados os chamados valores-meios, bens que pela sua “fusão íntima com os bens jurídicos fundamentais a que servem de suportes” podem reclamar para si o estatuto de bens jurídico-penais, já poderá entender-se que “os delitos que os ofendem não representam simples crimes de perigo, uma vez que embora revistam a natureza de «valores-meios», aquelas entidades, porque imprescindíveis à organização social, têm uma «densidade» penal própria, integram bens jurídico-criminais independentes, cuja violação constitui um crime de dano”. Que assim, só pelo facto de já não estarmos perante delitos de perigo e passarmos a estar diante de crimes de dano, não deixam de continuar em aberto as mesmíssimas possíveis questões de legitimação material das incriminações em jogo é realidade que nos parece iniludível e que depõe no sentido da insuficiência da tese dos bens jurídicos instrumentais.

De aporia similar padece o pensamento de DIAS, Silva, “Entre «comes e bebes””, *RPCC*, 1/1999, p. 65 e ss., quando, depois de repudiar a concepção de Tiedemann acerca da estrutura dos delitos que atentam contra bens jurídicos institucionais, porque, além do mais, moldada sobre uma ideia de desobediência e assim desprovida de de um momento de ofensividade, parece considerar como suficiente para afirmar a legitimidade material do crime contra a genuinidade, qualidade ou composição de géneros alimentícios e aditivos alimentares (art. 24.º do Decreto-Lei n.º 28/84) que o mesmo possa ser concebido como um crime de dano contra o bem jurídico do direito à qualidade e genuinidade dos bens alimentares.

¹⁸⁷⁷ Falamos aqui de *perigosidade concreta* no sentido proposto HIRSCH, Hans Joachim, “Gefahr und Gefährlichkeit”, in: Haft *et. al.* (org.), *Strafgerichtsbarkeit: Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, C. F. Müller Verlag, 1993, p. 557 e s., e WOHLERS, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts*, p. 305 e s., que concretizaremos infra, § 35.1.

mente prevenir sob ameaça de pena não é, as mais das vezes, por si só adequada para determinar uma lesão ou um perigo para o bem jurídico. E todavia, o certo é que a conduta em questão tem relevo penal; urgindo por isso encontrar um enquadramento dogmático congruente com essa espécie de previsão normativa.

Admitindo-se que os bens jurídicos colectivos têm um relevo autónomo (e não puramente derivado e/ou instrumental em relação aos bens jurídicos individuais) e não havendo motivo para suspeitar que o legislador, ao criminalizar condutas que afrontem interesses de natureza colectiva, se quis afastar do paradigma legitimador do bem jurídico, entre nós constitucionalmente imposto pelos arts. 2.º e 18.º-2 da CRP¹⁸⁷⁸, importa perceber então que tipo de relação entre conduta e bem jurídico poderá ser equacionável nesses casos. Parece-nos que, apesar de não isento de dificuldades e objecções de peso, o pensamento cumulativo oferece uma explicação suficientemente cabal e consistente para o efeito.

Se, quando considerados na sua individualidade, os comportamentos que o legislador descreve como crime são claramente *inidóneos* para lesar ou fazer perigar o bem jurídico, será legítimo admitir como possível que nesses casos o legislador deslocou o ângulo de análise subjacente à decisão criminalizadora de um plano eminentemente individual, focado de modo estrito em uma relação avulsa entre o facto que descreve na norma incriminadora e o bem jurídico que através desta visa tutelar, para um plano mais amplo, de natureza colectiva. Nesta última perspectiva, congruente com a ideia de que nas sociedades contemporâneas os danos e disfuncionalidades sistémicas são regra geral produto de *processos colectivos*¹⁸⁷⁹, a tese cumulativa adquire pleno sentido: o dano ou o perigo para o bem jurídico colectivo poderá advir da prática em larga escala, por muitas pessoas distintas, de condutas como aquela que é descrita no tipo incriminador. O propósito é aqui ainda o da tutela de um bem jurídico e a criminalização de tal conduta baseia-se no receio fundado da sua prática em elevado número no caso de inexistir uma sua proibição sob a alçada do direito penal¹⁸⁸⁰, reconduzindo-se, assim, em primeira linha, à dimensão de *legitimação material positiva* da criminalização radicada no dever estadual de protecção de bens jurídicos

¹⁸⁷⁸ Cf., desenvolvidamente, infra, §§ 27. a 32.

¹⁸⁷⁹ DIAS, Augusto Silva, “What if everybody did it?”, p. 313.

¹⁸⁸⁰ Na mesma conclusão, embora em sentido fortemente crítico, DIAS, Augusto Silva, “What if everybody did it?”, p. 345: “Não discuto que há tipos cumulativos no Direito Penal português e que o tipo do art. 279.º é disso testemunho claro”.

constitucionalmente relevantes¹⁸⁸¹. É a ideia, pois, de que através da criminalização se poderá esperar, em função da *concreta* adequação e eficácia da intervenção penal nesse domínio, um efeito suficientemente dissuasor que iniba a generalidade das pessoas de praticarem condutas que, apesar da sua baixa ou mesmo nula densidade axiológica, são idóneas a lesar ou colocar em perigo um bem jurídico colectivo quando cometidas em massa.

Com esta ordem de considerações tocamos já a segunda questão sobre a qual pretendemos tomar posição neste contexto, a da *legitimidade material negativa* das incriminações cumulativas, vistas à luz dos princípios constitucionais penais da dignidade penal e da necessidade de pena, correspondentes à proibição constitucional da proibição do excesso¹⁸⁸².

Trata-se, portanto, da questão formulada de forma exemplarmente cortante por Kuhlen: “justificar-se-á punir penalmente condutas que individualmente, em regra e não apenas excepcionalmente, não determinam um dano, nem um perigo concreto ou abstracto para o bem jurídico protegido?”¹⁸⁸³. A resposta, tanto quanto nos parece, não tem necessariamente de ser respondida de forma negativa. Pressuposta a *relevância constitucional do bem jurídico colectivo* sob ameaça, se e na medida em que a criminalização seja determinada pelo propósito da sua tutela e for de concluir que o modo típico de este poder ser comprometido se caracteriza pelo efeito conjugado de uma miríade de acções individuais de pequena monta para prevenção do qual não haja meio de tutela *idóneo* (v. g., contra-ordenacional) que assegure uma protecção *tão eficaz* como aquela que a intervenção penal está em condições de garantir, será então de concluir pela legitimidade material da criminalização.

São assim, no fundo, os critérios constitucionais gerais de legitimação material do direito penal que dão corpo ao conceito material de crime que permitem, enfim, assegurar a validade material das incriminações cumulativas referidas à tutela de bens jurídicos colectivos. Não negamos que aquelas formulações podem parecer tautológicas, mas o certo é que num sistema que vai buscar as suas bases de legitimação ao paradigma do bem jurídico não excogitamos outra derradeira razão de fundo para avaliar e afirmar a legitimidade de uma dada incriminação que não seja a de que, justamente, a mesma é adequada e necessária para tutelar um bem jurídico com

¹⁸⁸¹ Cf. infra, § 32., 2.1.

¹⁸⁸² Cf. infra, § 31., 2.2.

¹⁸⁸³ KUHLEN, “Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerverunreinigung (§ 324)”, p. 401.

dignidade penal. Tanto assim é que, como vimos, para Figueiredo Dias a avaliação da legitimidade da criminalização deve passar também aqui, como em geral, pelos parâmetros da dignidade penal do bem jurídico colectivo tutelado e pela sua carência de tutela penal¹⁸⁸⁴; e para Frisch mesmo em relação “àqueles que com a sua conduta, por si só, não determinam uma grave lesão (ou colocação em perigo) do bem jurídico, pode ser contraposto o discurso argumentativo de que a protecção de tais bens, em cuja preservação também eles próprios têm interesse, só é possível levar a cabo sob esta forma – de modo que uma pessoa razoável que o possa reconhecer não poderá objectar que a sua responsabilização penal, que ela estaria em condições de evitar, representa uma reacção desproporcionada em relação aos limitados efeitos da sua conduta individual”¹⁸⁸⁵.

2. Compreende-se destarte que tenhamos como improcedente uma objecção de fundo oposta à concepção cumulativa baseada na preterição do princípio da ofensividade¹⁸⁸⁶. Acenar aqui com o princípio da ofensividade não significa senão uma forma distinta de repudiar a criminalização das contribuições cumulativas a partir da ideia de que é ilegítima uma criminalização de uma acção que por si mesma não lese ou ofereça perigo para o bem jurídico. É certo que na lógica cumulativa, em geral, “o contributo singular é insusceptível de afectar o bem jurídico colectivo”¹⁸⁸⁷, mas também nos parece certo que o direito penal não pode prescindir dessa lógica, em todo o caso ainda vinculada a um propósito de protecção de bens jurídicos, se pretender ser operante e funcionalmente adequado na prossecução da finalidade de protecção dos bens jurídicos colectivos dotados de autêntica dignidade penal. Pois, como sublinha certamente Alcácer Guirao, sendo o pensamento cumulativo inerente aos bens jurídicos supra-individuais, “a ideia do dano cumulativo não pode ser expulsa do direito penal sem ao mesmo tempo se expulsar do seu catálogo de interesses protegidos

¹⁸⁸⁴ DIAS, Figueiredo, ²DP-PG, I, 6.º Cap., § 72 e ss.

¹⁸⁸⁵ FRISCH, “Rechtsgut, ...”, p. 236.

¹⁸⁸⁶ Cf. DIAS, Augusto Silva, “What if everybody did it?”, p. 335 e ss. e *passim*; D’AVILA, Fabio Roberto, *Ofensividade e Crimes Omissivos Próprios (Contributo à Compreensão do Crime como Ofensa ao Bem Jurídico)*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 390, SILVA SÁNCHEZ, *La Expansión del Derecho Penal*, p. 139, e ainda nesta direcção, FEIJOO SÁNCHEZ, “Sobre la “administrativización” del Derecho penal...”, p. 156 e s.: “a pena só pode cumprir os seus fins preventivos através da retribuição de um facto concreto que consista numa conduta que por si mesma encerra uma danosidade potencial. (...) Se quer ser legítima, à pena estatal é vedada a possibilidade de punir um facto que individualmente considerado careça de danosidade ou perigosidade para outros âmbitos de organização”.

¹⁸⁸⁷ DIAS, Augusto Silva, “What if everybody did it?”, p. 339.

numerosos bens jurídicos colectivos institucionais que, sob essa perspectiva liberal, são indubitavelmente merecedores de protecção”¹⁸⁸⁸.

A menos que se queira¹⁸⁸⁹ ou aceite que o direito penal bata em retirada perante a necessidade de oferecer um quadro de intervenção político-criminalmente consequente com os desafios com que actualmente se confronta e que se jogam essencialmente em torno da tutela de interesses colectivos, não haverá razão para “rasgar as vestes” perante um seu modo de actuação, mais ou menos vincado, consoante os bens jurídicos colectivos, dominado pelo pensamento cumulativo. Só assim, estamos em crer, poderá o direito penal continuar a ter uma palavra relevante a dizer na tutela de bens jurídicos de natureza supra-individual – como, aliás, convém não esquecer, sempre teve ao longo da história (v. g., os delitos contra a administração da justiça, os delitos contra a autoridade pública, os delitos de falsificação de moeda ou os delitos de corrupção¹⁸⁹⁰) – e do mesmo passo continuar a ser um direito penal do bem jurídico. Porque, não haja ilusões, aprisionar a ideia de bem jurídico em uma camisa de onze varas é o caminho mais rápido para que o legislador se livre dela!

Entre os caminhos de forte contracção do direito penal contemporâneo como são os preconizados pela Escola de Frankfurt, Augusto Silva Dias ou Silva Sánchez e a visão de que nada há de específico nesta matéria da tutela dos bens jurídicos colectivos que justifique um novo quadro compreensivo, como nos deparamos na solução (aparentemente) tranquilizadora de Roxin e Anastasopoulou, afigura-se-nos pois preferível alinhar com aqueles que, sem tibiezas, assumem de modo explícito que a intervenção penal no domínio dos bens jurídicos colectivos é incontornável e é feita essencialmente em função de uma lógica cumulativa. Até porque, e essa parece-nos ser uma vantagem assinalável da tese cumulativa em relação às demais, só através e a partir da clara assumpção desta realidade será possível desenvolver critérios complementares de legitimação material das incriminações dirigidas à protecção de bens jurídicos supra-individuais que tomem em devida consideração as suas especificidades e as razões que legitimamente podem estar na base da criminalização.

¹⁸⁸⁸ ALCÁCER GUIRAO, “La protección del futuro y los daños cumulativos”, p. 171 e s.

¹⁸⁸⁹ Como, por exemplo, é patente no discurso de MÜLLER-TUCKFELD, “Traktat für die Abschaffung des Umweltstrafrechts”, p. 466, da Escola de Frankfurt, quando logo após considerar que a tutela de bens jurídicos que protegem a eficiência de funções sociais (como sucede, além do mais, nos crimes de corrupção) é sempre dominada por uma lógica cumulativa, preconiza a supressão do direito penal de todos os tipos cumulativos, sem excepções.

¹⁸⁹⁰ Cf. COSTA, A. de Almeida, “Sobre o crime de corrupção”, p. 56 e ss.

Com efeito, um dos méritos da corrente cumulativa foi ter procurado desimplicar da *ratio* do grande número um conjunto de parâmetros que devem servir de crivo à legitimidade da criminalização de condutas referida à protecção de bens jurídicos colectivos. Esse que, para nós, é portanto um mérito da tese da acumulação constitui todavia um campo privilegiado das críticas que sobre ela se abateram. Não raro, porém, o encarniçamento e a exaustividade crítica que nelas se divisa não são acompanhados por um esforço de igual ou sequer parecida monta na proposta de alternativas válidas e operativas para a actuação penal no espaço de tutela dos bens jurídicos colectivos. Levadas até ao fim, essas concepções confrontam, *a contrario*, os seus destinatários ou com uma via de largo abandono desse espaço ou com uma posição de resignação que na prática se traduz em aplicar-lhe o mesmo instrumentário que é usado na dogmática dos bens jurídicos individuais. Atitudes que, na prática, levam a que, em nome de uma pretensa maior fidelidade ao paradigma do bem jurídico, se dêem como boas soluções que na sua materialidade acabam por ser mais restritivas da esfera individual do cidadão¹⁸⁹¹ do que aquelas que resultam do funcionamento do pensamento cumulativo, afeiçoado por critérios complementares de legitimação como a previsão realista dos efeitos cumulativos e a proscricção das condutas de relevo absolutamente insignificante.

São precisamente esses e outros critérios adicionais de legitimação que no nosso ponto de vista deverão entrar em linha de conta na ponderação da legitimidade da criminalização para tutela de bens jurídicos colectivos numa base cumulativa que de seguida nos propomos explicitar.

2.1 Em conformidade com a justificação do “grande número” que dá razão de ser ao pensamento cumulativo, toda a doutrina cumulativa, mesmo aquela que sustenta uma fundamentação de carácter filosófico-moral¹⁸⁹², concorda com a necessidade de submeter a criminalização de condutas contrárias a bens jurídicos colectivos a uma exigência de *avaliação realista* da probabilidade da sua multiplicação e da possibilidade

¹⁸⁹¹ Exemplo claro do que pretendemos significar é o da posição de ANASTASOPOULOU, *Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter*, pp. 151 e ss. e 203 e ss.

¹⁸⁹² Assiste, por isso, razão a DIAS, Augusto Silva, “What if everybody did it?”, quando afirma que “a questão da relevância jurídico-penal da acção cumulativa não dispensa, numa perspectiva ou noutra, a consideração do problema do grande número” (p. 317) e que “a lógica do grande número é, em suma, determinante para a qualificação de uma situação como de acumulação e o problema do seu desvalor deve ser entendido principalmente a essa luz” (p. 320).

de sobrevir um dano ou um perigo para o bem jurídico colectivo por efeito da sua acumulação.

Como sustenta Frisch, a intervenção penal sob a forma cumulativa será de admitir quando se mostrar necessária e adequada, sendo para tal indispensável a observância de três condições: primeira, que o facto em apreço, apesar de isoladamente possuir baixo significado, possa representar uma verdadeira ameaça para o bem jurídico se reproduzido em número substancial; segunda, que essa ameaça se mostre realista e não possa ser evitada sem recurso à pena; e terceira, que o bem jurídico assim ameaçado tenha uma importância tal que se revele justificado cominar uma pena para a sua protecção¹⁸⁹³.

2.1.1 Tal como perspectivamos a questão, nesta sede a ponderação acerca da atribuição de relevância penal deve começar por passar por um juízo legislativo sobre a efectiva existência de uma generalizada propensão para a comissão de factos que, quando acumulados em grande número, poderão reflectir-se negativamente sobre um bem jurídico colectivo. Não basta pois admitir como possível que um tal efeito possa corresponder ao somatório de um conjunto alargado de condutas individuais, sendo sempre necessária uma fundada convicção legislativa de que, inexistindo uma proibição penal, o risco da multiplicação desse fenómeno é para ser levado a sério.

Não colhe, nessa medida, a objecção lançada em jeito de provocação contra a tese cumulativa, pretendendo-se mostrar que, se levada até ao fim, poderia gerar situações absurdas, traduzida no exemplo da possibilidade de criminalizar o acto de buzinar baseado no receio do ruído insuportável que se geraria se todos os condutores buzinassem ininterruptamente¹⁸⁹⁴. E não colhe, porque, simplesmente, uma avaliação realista do comportamento da generalidade dos condutores não faz recear uma qualquer indómita vontade geral em passar todo o tempo ao volante a carregar na buzina. É que, como refere Hefendehl, o legislador tem em vista efeitos cumulativos realistas e não meras suposições teóricas¹⁸⁹⁵. Sendo a ideia de generalização imanente ao pensamento cumulativo conformada por esta exigência de avaliação realista, no sentido de que só se justificará proibir determinada conduta quando houver um *perigo real* da sua prática

¹⁸⁹³ FRISCH, “Rechtsgut, ...”, p. 236.

¹⁸⁹⁴ Cf. Erich Samson, in: PERRON, Walter, “Tagungsbericht. Diskussionsbeiträge der Strafrechtslehrertagung 1987 in Salzburg”, *ZStW*, 99, 1987, p. 663.

¹⁸⁹⁵ HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter*, p. 185.

generalizada, não haverá o risco de a tese cumulativa descambar naquele tipo de consequências absurdas a que a aplicação de um puro princípio de generalização poderia dar lugar¹⁸⁹⁶.

Tudo está portanto aqui em saber se na ausência de proibição será de esperar uma prática generalizada de actos da espécie que o legislador admite colocar sob a alçada penal¹⁸⁹⁷. Para tal, “o legislador deve recolher a melhor informação empírica que estiver ao seu alcance sobre a propensão (e também sobre as oportunidades e capacidades) das pessoas para em geral agirem no sentido cuja proibição está em consideração. Se, de facto, não for de esperar que um número suficiente de pessoas venha a agir do modo em questão, afectando negativamente um qualquer interesse público, não haverá então mal em permitir tais acções, ainda que a sua prática generalizada pudesse ser desastrosa”¹⁸⁹⁸. Essencial será assim perceber *por que razão* a generalidade das pessoas se absteria de praticar tal tipo de comportamento se o mesmo fosse legalmente permitido¹⁸⁹⁹, para o que relevará sobremaneira os estímulos motivacionais que, em geral, poderão determinar a sua prática¹⁹⁰⁰.

Não é possível, obviamente, delinear uma fórmula fechada que permita ao legislador enfrentar esta questão¹⁹⁰¹. Mas é possível, não obstante, identificar casos em que poucas ou mesmo nenhuma dúvida haverá sobre a existência de um risco de proliferação massiva de comportamentos indesejados na hipótese de abstenção penal; e através deles procurar linhas gerais orientadoras para responder ao problema.

¹⁸⁹⁶ Assim, de modo concludente, JOERDEN, Jan C., “§ 34 Satz 2 StGB und das Prinzip der Verallgemeinerung”, *GA*, 1991, p. 419 e ss., demarcando restritivamente a aplicação do chamado “princípio da generalização” desenvolvido, numa perspectiva moral-filosófica, por SINGER, Marcus George, *Generalization in Ethics: An Essay in the Logic of Ethics, with the Rudiments of a System of Moral Philosophy*, New York, Knopf, 1961, que se debruça sobre o argumento que designa como “argumento de generalização” – “se todos fizessem isso, as consequências seriam desastrosas (ou indesejáveis); logo, ninguém deveria fazer isso” (p. 4) – e avalia a sua validade e aplicabilidade à luz do princípio que denomina de “princípio da generalização”, segundo o qual “o que é certo (ou errado) para uma pessoa tem de ser certo (ou errado) para qualquer pessoa semelhante em circunstâncias similares” (p. 5).

¹⁸⁹⁷ Nesta direcção, na doutrina portuguesa e alemã, DIAS, Figueiredo, ²*DP-PG*, I, 6.º Cap., § 72, KUHLEN, “Umweltstrafrecht...”, p. 716, nota 91, WOHLERS, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts*, p. 322 e s., HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter*, p. 184 e ss., e HIRSCH, A. von / WOHLERS, “Rechtsgutstheorie und Deliktsstruktur...”, p. 208 e s.

¹⁸⁹⁸ FEINBERG, Joel, *The Moral Limits of the Criminal Law, Volume One: Harm to Others*, New York, Oxford University Press, 1984, p. 226.

¹⁸⁹⁹ FEINBERG, *Harm to Others*, p. 226, e WOHLERS, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts*, p. 322.

¹⁹⁰⁰ HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter*, p. 185 e s.

¹⁹⁰¹ ANASTASOPOULOU, *Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter*, p. 185, considera esta circunstância, a falta de um critério que na prática seja manejável para responder à necessidade de realização de uma prognose realista, como um motivo mais questionar a tese cumulativa. Sempre se poderá, não obstante, contrapor que em lado algum se encontram critérios facilmente manejáveis para avaliar a legitimidade material das incriminações.

Um exemplo incontestável de probabilidade elevada de multiplicação de acções individuais em caso de inércia penal é o da *falsificação de moeda*¹⁹⁰². Perante a ausência de qualquer tutela sancionatória em relação a essa conduta, a tentação de obter dinheiro fácil, através da sua falsificação, seria certamente aproveitada por um largo número de pessoas, que, ainda por certo, não se limitariam a fabricar por sua conta pequenas somas de dinheiro. Aliás, tudo leva a crer que esse risco existiria mesmo que o facto fosse objecto de cobertura sancionatória, mas de natureza não penal, por exemplo, contra-ordenacional. Sendo cominada para esse facto apenas uma sanção principal de natureza exclusivamente pecuniária, afigurar-se-ia óbvio que a relação custo / benefício penderia a favor do benefício proporcionado pela falsificação¹⁹⁰³. Eis o que (também) explica o relevo penal da falsificação de moeda.

No âmbito tributário chega-se a uma conclusão semelhante. Este é um dos domínios em que Joel Feinberg testa a procedência dos “*accumulative harms*” à luz do *harm principle*, figurando o exemplo de um país em que apesar de as leis fiscais não terem tutela penal, sendo dada aos cidadãos a oportunidade de escolher pagar ou não pagar impostos, 99% opta pelo respectivo pagamento¹⁹⁰⁴. Embora seja diminuto o dano causado pelos *freeloaders* que compõem a população remanescente, mesmo assim Feinberg admite a intervenção penal, fundada em um “*plausible harm principle fairly employed*”¹⁹⁰⁵. Só, todavia, por ingenuidade se poderia transpor o exemplo desta “*happy hypothetical land*”¹⁹⁰⁶ para a realidade nacional. Não propriamente porque no caso português as percentagens se mostrariam invertidas, mas porque em face dos, por todos conhecidos, elevados índices nacionais de evasão fiscal, mesmo em um quadro normativo em que existe já uma apertada teia sancionatória penal e contra-ordenacional, seria totalmente fundado o receio de uma maciça fuga aos impostos na hipótese de o direito penal abandonar o campo fiscal e para-fiscal. Daí que, e independentemente da concreta qualificação dos tipos penais tributários como delitos cumulativos, não possa

¹⁹⁰² Cf. PUPPE, Ingeborg, “Probleme der Kausalität und Zurechnung, insbesondere im Umweltstrafrecht”, in: H. J. Hirsch et. al., *Neue Erscheinungsformen der Kriminalität in ihrer Auswirkung auf das Straf- und Strafprozeßrecht*, Białystok, Temida 2, 1996, p. 234, HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter*, p. 186 e s., e FRISCH, “Rechtsgut, ...”, p. 236.

¹⁹⁰³ FRISCH, “Rechtsgut, ...”, p. 236.

¹⁹⁰⁴ FEINBERG, *Harm to Others*, p. 226 e s.

¹⁹⁰⁵ FEINBERG, *Harm to Others*, p. 227, e depois, ainda nesta direcção, em *Harmless Wrongdoing*, p. 211.

¹⁹⁰⁶ FEINBERG, *Harm to Others*, p. 226.

deixar de reconhecer-se, com Susana Aires de Sousa, que “a fenomenologia inerente aos crimes fiscais favorece o pensamento cumulativo”¹⁹⁰⁷.

Esta ideia encontra eco, ao menos implicitamente, na fundamentação apresentada pelo STJ no Acórdão n.º 8/2010 para justificar a inaplicabilidade do limite de punibilidade de € 7.500 introduzido em 2008 no crime de abuso de confiança fiscal (art. 105.º-1 do RGIT, na redacção dada pelo art. 113.º da Lei n.º 64-A/2008, de 31/12) ao crime de abuso de confiança contra a Segurança Social (art. 107.º do RGIT): “tendo presente que, no nosso país, a maior parte do tecido empresarial é constituído por pequenas e médias empresas, que empregam um reduzido número de trabalhadores, e que muitos desses trabalhadores auferem rendimentos baixos, a descriminalização da falta de entrega de contribuições de valor igual ou inferior a € 7500 conduziria a que o bem jurídico tutelado pela norma (artigo 107.º do RGIT) ficasse, quase na totalidade, desprovido de tutela e, conseqüentemente, fosse gravemente afectado o património da segurança social. Certamente, não foi isto que o legislador quis, ao arrepio de toda a política legislativa seguida nessa área”¹⁹⁰⁸. Tanto neste trecho do aresto, colhido pelo STJ da posição assumida pelo MP nesta controvérsia jurisprudencial, como em boa parte da argumentação sustentada para concluir pela inaplicabilidade daquele limite mínimo quantitativo de punição ao crime de abuso de confiança contra a Segurança Social, salta à vista a preocupação que é inerente ao pensamento cumulativo: com a introdução de um tal limite, atento o modo como está construída a incriminação, em termos práticos a generalidade dos potenciais agentes do delito escaparia ao seu âmbito de aplicação, “afectando-se assim gravemente o sistema de segurança social e a sua sustentabilidade, o que o legislador não pode ter querido”¹⁹⁰⁹. E porquê? Porque – o STJ não o diz expressamente, mas subentende-se de forma clara – existe a nítida consciência de que na ausência *de facto* da ameaça penal seria de esperar uma generalizada abstenção de entrega das contribuições retidas destinadas à Segurança Social.

Outro campo que é a nosso ver exemplificativo da influência da lógica cumulativa é o da tutela penal do mercado de capitais, designadamente, do crime de abuso de informação privilegiada (art. 378.º-1 do CVM). Apesar das divergências acerca do específico bem jurídico protegido pela incriminação, é dominante o

¹⁹⁰⁷ SOUSA, Susana Aires de, *Os Crimes Fiscais*, p. 300.

¹⁹⁰⁸ Ac. do STJ n.º 8/2010, *in*: *DR, I Série*, n.º 186, de 23-09-2010, p. 4234.

¹⁹⁰⁹ Ac. do STJ n.º 8/2010, *loc. cit.*, p. 4235, novamente aderindo à posição do MP.

entendimento de que o mesmo possui natureza supra-individual¹⁹¹⁰, preponderando igualmente a ideia de que lhe é essencial, mesmo que não figure como sua componente constitutiva, uma dimensão de confiança¹⁹¹¹. Aceite a dignidade penal do bem jurídico tutelado¹⁹¹², subsiste em todo o caso a interrogação sobre o motivo pelo qual o legislador se inclinou para conferir relevo penal ao abuso de informação e não se limitou a atribuir-lhe natureza contra-ordenacional, como fez em relação à generalidade das demais infracções às regras do mercado de capitais. Uma vez mais, estamos em crer que tal se deveu à convicção de que a ameaça de um sancionamento exclusivamente pecuniário não constituiria factor de dissuasão suficiente para travar uma predisposição generalizada dos agentes do mercado de capitais para fazer uso de informação privilegiada quando dele possa advir a obtenção de ganhos, muitas vezes potencialmente avultados, para si ou para pessoas das suas relações, mesmo que à custa da quebra da confiança que neles é depositada pelo mercado¹⁹¹³. Isso que era sugerido já por estudos realizados junto de executivos de empresas e de estudantes de escolas de negócios¹⁹¹⁴ tornou-se praticamente uma evidência com o eclodir da grande crise

¹⁹¹⁰ Entre nós, depois de apontar concepções várias que apontam como interesse tutelado a igualdade entre os investidores, o seu património, os pressupostos essenciais de um mercado eficiente ou a função social da informação e a justa distribuição do risco dos negócios, PINTO, Frederico de Lacerda da Costa, “Crimes e contra-ordenações no novo Código dos Valores Mobiliários”, p. 398 e ss., identifica como bem jurídico, de natureza supra-individual, a “função pública da informação enquanto justo critério de distribuição do risco do negócio no mercado de valores mobiliários”.

Já COSTA, José de Faria / RAMOS, Maria Elisabete, *O Crime de Abuso de Informação Privilegiada (Insider Trading). A Informação enquanto Problema Jurídico-Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, sustentando também o seu carácter supra-individual, consideram que “a norma incriminadora do abuso de informação vista tutelar um bem jurídico mais do que poliédrico, *heterógeneo*. Heterogeneidade que ressalta da sua diferenciada composição: confiança e igualdade. (...) O núcleo do bem jurídico que se quer defender prende-se de modo inescapável, com a ideia de que a proibição penal do *insider trading* visa garantir que o mercado de valores mobiliários se pautе pelas regras do mercado”.

¹⁹¹¹ Cf., de novo, PINTO, Costa, *ult. loc. cit.*, p. 65, COSTA, José de Faria / RAMOS, Maria Elisabete, *O Crime de Abuso de Informação Privilegiada*, p. 32 e ss.; e ainda OTTO, “Mißbrauch von Insider-Information als abstraktes Gefährdungsdelikt”, p. 453, enfatizando a perda de confiança no mercado de capitais implicada nas transacções realizadas com informação privilegiada, e HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter*, p. 281 e s., apontando a igualdade de oportunidades como bem jurídico colectivo de confiança.

¹⁹¹² Cf., uma vez mais, PINTO, Costa, *ult. loc. cit.*, p. 16 e ss., que para o efeito apela ao disposto nos arts. 81.º-1, e) e 101.º da CRP, e COSTA, José de Faria / RAMOS, Maria Elisabete, *O Crime de Abuso de Informação Privilegiada*, p. 32 e ss.; contra, todavia, DIAS, Silva, «*Delicta in Se*» e «*Delicta Mere Prohibita*», p. 494 e ss.

¹⁹¹³ Também HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter*, p. 282, considera ser aqui de afirmar uma prognose de efeitos cumulativos realistas.

¹⁹¹⁴ Cf. WANG, William K. S. / STEINBERG, Marc, *Insider Trading*, 3.ª ed., New York, Oxford University Press, 2010, p. 89 e ss.: em um estudo de 1961 realizado a 1700 executivos empresariais, 42% admitiu que, na posse de informação privilegiada, a usaria em proveito próprio e 61% considerou que provavelmente seria essa a atitude dos colegas, se colocados na mesma posição; em um inquérito feito em 1987 a estudantes da Fuqua School of Business da Universidade de Duke, 87% disse acreditar que o *insider trading* é uma prática comum na indústria financeira e 44% que compraria acções de uma empresa

financeira em 2008, que deu a descobrir um sem-número de práticas antiéticas e de esquemas fraudulentos à escala global e transversais a todo o sistema financeiro, levando inclusive a que se denunciasses esse período como o da idade de ouro do *insider trading*¹⁹¹⁵.

Aos exemplos dados pode, por último, acrescentar-se o das agressões ambientais, em relação aos quais, por tudo quanto foi dito já, dúvidas também não haverá de que se trata de um campo privilegiado para o funcionamento do pensamento cumulativo. A incipiente consciência ambiental de boa parte da população e as imediatas vantagens, lúdicas e/ou económicas, que podem advir de condutas que só remotamente e através da sua acumulação com muitas outras da mesma espécie se repercutem em efectivos danos ambientais criam o caldo de cultura ideal para o florescimento de acções prejudiciais para o meio ambiente e reclamam um regime legal sancionatório que as possam efectivamente conter.

A casuística apresentada permite surpreender duas características que em geral estão presentes nas tipologias de comportamentos identificadas, todas elas contendendo com bens jurídicos colectivos constitucionalmente relevantes e objecto de processos de criminalização que, embora longe de se mostrarem incontrovertidos, tanto quanto ao seu *se*, como quanto ao seu *modo*, colhem a concordância da doutrina maioritária e têm escapado à censura da jurisprudência constitucional. Como vimos, a criminalização daquelas condutas está impregnada de uma lógica cumulativa, fundada desde logo na suposição da existência de uma predisposição generalizada para a sua prática em caso de ausência de tutela penal. São duas as características que, em nosso modo de ver, se encontram associadas a estes fenómenos e dão consistência a tal suposição.

A primeira delas é a escassa coloração ético-social desses comportamentos. A impossibilidade de a conduta comprometer em qualquer medida que seja a subsistência e a capacidade de funcionamento dos interesses colectivos com que colide leva a que, em geral, os indivíduos não a concebam como um mal que deva ser evitado independentemente de qualquer proibição legal ou pelo menos como um mal menor, por

se recebesse uma dica de que a mesma iria ser adquirida em bolsa; este seria igualmente o comportamento de 53% dos inquiridos por um estudo de 1986 feito a 1258 cidadãos americanos; e, finalmente, um estudo mais recente, de 2004, 24% de 230 profissionais do mercado financeiro finlandês declarou o *insider trading* como prática aceitável, mesmo na hipótese de violar claramente a lei penal do seu país.

¹⁹¹⁵ Dennis Berman, “Secrets to keep: insider trading hits Golden Age”, *Wall Street Journal*, 19-06-2007, *apud* WANG / STEINBERG, ³*Insider Trading*, p. 91, nota 153: “we have entered a Golden Age of insider trading, an era of expanding outlets for information and lightly regulated venues for trading on it”.

si só insuficiente para os dissuadir do seu cometimento. A generalidade das pessoas prefere seguramente viver numa sociedade onde a moeda não seja falsificada, os impostos sejam devidamente cobrados, os *traders* não se aproveitem em proveito pessoal da informação privilegiada a que têm acesso para ganhar dinheiro na bolsa e em que o ambiente seja salubre. Mas, se as condutas contrárias a esses interesses não fossem penalmente proibidas e sancionadas, se confrontadas elas próprias perante a possibilidade de as levar avante, não seriam certamente poucos os que, em virtude do seu insignificante relevo numa perspectiva global, seguiriam nesse sentido.

A segunda característica que nos parece ressaltar dos exemplos invocados é a existência de um interesse individual, as mais das vezes de natureza económica, que motiva o comportamento contrário ao interesse colectivo. Perante a preservação ou promoção do bem comum e a prossecução de um interesse próprio será de admitir uma propensão natural dos indivíduos para optarem pelo segundo termo da alternativa se não existir um mecanismo sancionatório suficientemente eficaz para os dissuadir dessa escolha. Acresce que, tendo o benefício pessoal uma dimensão eminentemente pecuniária, será mais do que duvidosa a eficácia de uma reacção sancionatória que se exprima também ela fundamentalmente em moeda, como sucede com a sanção contra-ordenacional, dada a possibilidade de numa análise custo / benefício a cominação ser interiorizada como um risco que vale bem a pena correr quando confrontado com as vantagens associadas à prática da conduta.

Quando o legislador tenha sob a mira determinado comportamento para o submeter a proibição penal, em ordem à protecção de um bem jurídico colectivo por ele ameaçado quando praticado em grande número, a ponderação acerca da existência de uma probabilidade séria da sua repetição poderá assim pois beneficiar de uma avaliação que o analise sob o perfil daquelas duas características, a sua escassa densidade ética para a generalidade das pessoas e a probabilidade de a sua prática vir acompanhada da obtenção de vantagens individuais. Se a conduta em questão reunir tais características parece-nos haver boas razões, em face de um juízo de normalidade e de conformidade com as regras da experiência comum, para regra geral considerar como fundado e sério o receio do seu cometimento em grande número se não for objecto de uma tutela criminal, que, em uma lógica cumulativa, é condição primária indispensável para a intervenção penal.

2.1.2 Além da verificação desta condição, a criminalização numa base cumulativa deve ter ainda como seguro o efeito cumulativo danoso ou perigoso para o bem jurídico colectivo. Dito de outro modo, só será legítimo proibir sob ameaça de pena determinados comportamentos individuais por si só inócuos para o bem jurídico supra-individual se for tido como certo que a combinação sinérgica de um elevado número de acções dessa natureza terá repercussões negativas sobre o interesse colectivo que se visa tutelar, lesando-o ou colocando-o em perigo¹⁹¹⁶. Trata-se de uma avaliação que é da exclusiva competência do legislador¹⁹¹⁷, o qual, não obstante, porque não goza de uma espécie de livre discricionariedade, deverá tanto quanto possível tomar em linha de conta os conhecimentos das ciências naturais e sociais ao seu dispor¹⁹¹⁸. Neste contexto, parece-nos correcto o entendimento de que será, em princípio, de aceitar a existência daquele risco em domínios como o das agressões ambientais¹⁹¹⁹, bem como, seguindo a classificação de Hefendehl, o dos bens jurídicos da confiança¹⁹²⁰ e o dos bens jurídicos que tutelam os recursos finitos do Estado.

¹⁹¹⁶ KUHLEN, “Umweltstrafrecht...”, p. 716, nota 91, WOHLERS, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts*, p. 322 e s., HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter*, p. 184 e ss., e HIRSCH, A. von / WOHLERS, “Rechtsgutstheorie und Deliktsstruktur...”, p. 208 e s.

¹⁹¹⁷ Assim, em definitivo, DIAS, Figueiredo, ²DP-PG, I, 6.º Cap., § 72.

¹⁹¹⁸ Cf. DIAS, Figueiredo, “Sobre a tutela jurídico-penal do ambiente...”, p. 391, WOHLERS, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts*, p. 323, e HIRSCH, A. von / WOHLERS, “Rechtsgutstheorie und Deliktsstruktur...”, p. 209.

¹⁹¹⁹ Cf. DIAS, Figueiredo, “Sobre a tutela jurídico-penal do ambiente...”, p. 389, LOUREIRO, Flávia, *A Legitimação do Direito Penal do Ambiente*, p. 179 e ss., KUHLEN, “Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerverunreinigung (§ 324)”, p. 403, e “Umweltstrafrecht...”, p. 716, e ss., WOHLERS, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts*, p. 323, e HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter*, pp. 186 e 306 e ss.

¹⁹²⁰ Cf. HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter*, tanto em geral (p. 186 e ss. e 193 e ss.), especificamente a propósito dos bens jurídicos tutelados pelos crimes de falsificação de moeda (p. 240 e s.), de abuso de informação privilegiada (p. 282) e de corrupção (p. 321 e s.).

Ainda neste sentido, sob uma perspectiva criminológica, em especial no âmbito da criminalidade de colarinho branco e enfatizando o seu impacto negativo sobre as instituições sociais, políticas e económicas, cf. desde logo o estudo pioneiro e fundamental de SUTHERLAND, Edwin H., *White Collar Crime*, New York, The Dryden Press, 1949, p. 13 (“o crime de colarinho branco viola a confiança e como tal cria desconfiança; isto diminui a moral social e produz desorganização social”) e *passim*; e em data mais recente, a análise de MOORE, Elizabeth / MILLS, Michael, “The Neglected Victims and Unexamined Costs of White-Collar Crime”, *Crime & Delinquency*, n.º 36, 1990, p. 408 e ss., que identificam como impactos secundários potencialmente significativos da criminalidade de colarinho branco *i*) a diminuição da confiança em uma economia livre e nos líderes empresariais, *ii*) a perda da confiança nas instituições, processos e líderes políticos e *iii*) a erosão da moralidade pública (p. 414); e ainda a investigação de SPALEK, Basia, “White-collar crime victims and the issue of trust”, in: *The British Criminology Conference: Selected Proceedings, Vol. 4*, 2001 (www.britisocrim.org/volume4/003.pdf), que a partir de um inquérito a vítimas de uma fraude financeira em Inglaterra (o chamado escândalo Robert Maxwell) concluiu que a confiança dos ofendidos no sistema financeiro em geral foi significativamente afectada e ainda que uma experiência de vitimização é susceptível de gerar desconfiança nos reguladores financeiros.

2.2 O risco de bagatelização¹⁹²¹ e de expansão desenfreada¹⁹²² do espaço de acção penal que, é difícil negá-lo, anda de mão dada com uma lógica cumulativa pode ser prevenido se a criminalização de comportamentos que afrontem bens jurídicos colectivos for desde logo subordinada às condições de legitimação que expusemos, designadamente, a tutela de bens jurídicos colectivos que, pelo seu significado e funções sociais, sejam dotados de inequívoca dignidade penal e a estrita necessidade do recurso ao arsenal sancionatório penal para lograr uma sua adequada protecção. Suposta a normal inidoneidade de uma simples conduta isolada para só por si lesar ou representar um perigo para o bem jurídico colectivo, a concretização daquela imprescindível¹⁹²³ exigência de necessidade passa pela verificação um receio fundado da prática em larga escala desse tipo de condutas contrárias ao bem jurídico caso não lhes seja oposta uma reacção penal e ainda por uma avaliação, também ela devidamente realista e fundada, de que essa pesada acumulação de condutas singulares é idónea a lesar ou a colocar em perigo o bem jurídico colectivo.

Salvaguardadas estas cautelas, estamos em crer que o pensamento cumulativo não só não favorecerá fenómenos de criminalização desgovernada, como até, bem pelo contrário, poderá contribuir positivamente no sentido de um ponderado e racional exercício do processo de decisão de criminalização tendo em vista a protecção de bens jurídicos colectivos.

A busca de soluções equilibradas neste domínio penetrado pelo ideário cumulativo sairá ainda a ganhar se aquele núcleo irreduzível de pressupostos de legitimação de criminalização for acompanhado pela adopção e assumpção de cuidados e princípios adicionais.

Um desses cuidados deverá consistir numa integração articulada e coerente das normas penais incriminadoras na rede normativa, *maxime* de natureza sancionatória (*sc.*, contra-ordenacional), prevista para o respectivo sector do tráfico. Se isso suceder tornar-se-ão logo à partida mais claras e compreensíveis as razões determinantes da atribuição de relevo penal a certo tipo de condutas de um determinado contexto social. Nesta ordem de ideias, em áreas em que não haja ainda qualquer tutela sancionatória ou aquela que exista seja formada por uma incipiente teia contra-ordenacional, a menos

¹⁹²¹ DIAS, Augusto Silva, “What if everybody did it?”, p. 344.

¹⁹²² ANASTASOPOULOU, *Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter*, p. 182.

¹⁹²³ Destacando a indispensabilidade do requisito da necessidade para conter a forte tentação do legislador para criminalizar qualquer conduta que se dirija contra bens jurídicos de elevada importância, FRISCH, “Rechtsgut, ...”, p. 237.

que haja uma súbita erupção de fenómenos com graves repercussões sociais que tornem imperativa uma resposta penal, será em regra questionável uma opção legislativa de criminalização sem antes ter sido explorada a via contra-ordenacional e lhe ter sido concedido o tempo necessário para avaliar a sua eficácia preventiva.

Adicionalmente, a previsão de incriminações de tipo cumulativo deverá ser conformada, na medida do possível, pelo *princípio bagatelar ou da insignificância*. Parece-nos que, considerando as características-chave de uma infracção cumulativa, será frequentemente inevitável que ela seja socialmente perspectivada como uma bagatela, como quer que ela se defina¹⁹²⁴. A acção individual que efectivamente cabe no tipo cumulativo pode ser de tão pequena monta e de tal forma distanciada de uma lesão ou até de um perigo para o bem jurídico objecto de tutela que não há como negar que o cidadão comum a verá sempre como um delito de somenos, enfim, como uma bagatela, mais precisamente como uma *fattispecie* bagatelar autónoma¹⁹²⁵. Isto mesmo naqueles casos em que, segundo a avaliação legislativa, essa contribuição mínima é por si suficiente, quando replicada em grande número, para se reflectir negativamente no estado do bem jurídico colectivo. O exemplo dos efeitos nocivos de *sprays* para a camada de ozono apresentado por Figueiredo Dias¹⁹²⁶ é ilustrativo daquilo que queremos significar: não há como fugir às evidências, a incriminação do uso individual desses *sprays* para prevenir danos na camada de ozono seria uma bagatela penal. Tal não significa, como sustentámos já, no plano da necessidade de tutela penal de bens jurídicos colectivos, que se deva por isso inevitavelmente concluir pela ilegitimidade material dos tipos cumulativos. Mas pelo menos aconselha prudência na criação de tipos penais cumulativos, mediante uso, quando possível e operativo, do princípio da insignificância e através ainda de uma criteriosa definição dos potenciais destinatários da norma incriminadora.

Não há nenhuma incompatibilidade de princípio entre o pensamento cumulativo e o princípio da insignificância¹⁹²⁷. Apesar de os delitos cumulativos terem colado à

¹⁹²⁴ Sobre o princípio bagatelar, contrapondo-o à figura da adequação social da conduta, e as tentativas de definição do que seja uma bagatela penal, cf. FARIA, Paula Ribeiro de, *A Adequação Social*, p. 315 e ss.

¹⁹²⁵ Cf. PALIERO, «*Minima non Curat Praetor*», p. 645 e ss., e FARIA, Maria Paula Ribeiro de, *A Adequação Social*, p. 325 e s.

¹⁹²⁶ Cf. DIAS, Figueiredo, *²DP-PG, I, 6.º CAP.*, § 74.

¹⁹²⁷ Assim, nestes exactos termos, HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter*, p. 188, na linha de KUHLEN, “*Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerverunreinigung (§ 324)*”, p. 407 e s., e “*Umweltstrafrecht...*”, p. 717. Ainda nesta direcção, WOHLERS, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts*, p. 324 e ss.

pele o estigma da bagatelação, existe neles espaço para o funcionamento do princípio bagatelar.

Casos haverá em que não é de todo possível ou é mesmo contraproducente definir legislativamente níveis ou critérios de insignificância. Pense-se, por exemplo, nos crimes de falsidade de testemunho, de falsificação de moeda ou de corrupção¹⁹²⁸. Nestes, a segregação do tipo-de-ilícito de determinadas condutas através do funcionamento da cláusula bagatelar não poderá deixar de ser feita em uma base casuística, pela jurisprudência¹⁹²⁹, com o contributo do tratamento dogmático da parte especial pela doutrina. Coisa que, de todo o modo, à vista das antigas e nunca encerradas discussões acerca das ofensas penalmente insignificantes da integridade física, da honra ou da propriedade¹⁹³⁰, para não ir mais longe, não constitui nenhuma especificidade dos delitos cumulativos em matéria de bens jurídicos colectivos.

De outra banda, casos haverá também em que o próprio legislador pode introduzir nos delitos cumulativos critérios quantitativos ou qualitativos de relevância penal, em nome do princípio da dignidade penal. Isso não só não comprometerá a natureza cumulativa da infracção, como poderá por vezes representar até uma manifestação desse carácter cumulativo, exprimindo um convencimento de que até determinado nível a conduta individual não apresenta relevância para o bem jurídico, mesmo quando praticada em grande número¹⁹³¹. Deparamo-nos com uma opção dessa índole, traduzida na introdução directa ou indirecta de limiares quantitativos, em tipos

¹⁹²⁸ Cf. COSTA, A. de Almeida, “Sobre o crime de corrupção”, p. 167 e ss., e SANTOS, Cláudia Cruz, “A corrupção de agentes públicos em Portugal: reflexões a partir da lei, da doutrina e da jurisprudência”, in: *A Corrupção*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 133 e ss., ambos apelando a uma cláusula de *adequação social* para excluir do âmbito típico da corrupção passiva certos tipos de ofertas de pequeno valor ou que fazem parte das praxes sociais. Porque, como se torna claro com estes autores, já assim se deveria entender, acaba por ser supérflua a previsão expressa de que não relevam para efeito do crime de recebimento indevido de vantagem “as condutas socialmente adequadas e conformes aos usos e costumes” (cf. o novo conteúdo do n.º 3 do art. 372.º do CP, introduzido pela Lei n.º 32/2010, de 2/9) – nesta conclusão, também SANTOS, Cláudia Cruz, “Os crimes de corrupção de funcionários e a Lei n.º 32/2010, de 2 de Setembro (“É preciso mudar alguma coisa para que tudo continue na mesma?”)”, in: Rui Carmo / Helena Leitão (org.), *As Alterações de 2010 ao Código Penal e ao Código de Processo Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 19.

¹⁹²⁹ Nesta direcção, KUHLEN, “Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerverunreinigung (§ 324)”, p. 407 e s.

¹⁹³⁰ Cf., em geral, FARIA, Maria Paula Ribeiro de, *A Adequação Social*, p. 320 e ss.

¹⁹³¹ Em sentido próximo, KUHLEN, “Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerverunreinigung (§ 324)”, p. 407.

penais cumulativos ou, ao menos, aos quais é imanente uma lógica de acumulação, *v. g.*, nos domínios da tutela penal do ambiente¹⁹³² ou do direito penal fiscal¹⁹³³.

2.3 A necessidade de criminalizar comportamentos de baixa ou mínima relevância para o bem jurídico colectivo, em função do risco realista do grande número, deverá ainda ser temperada por uma criteriosa escolha dos destinatários das incriminações cumulativas. Quando tal suceda, afigurar-se-ão ainda mais infundados os receios de que o pensamento cumulativo conduza a um crescimento irreprimível das margens de intervenção penal e implique sempre uma violação do princípio da culpa por cobrir de relevância criminal condutas sem a densidade ética necessária para que a generalidade das pessoas as concebam como penalmente proibidas.

Faz aqui sentido, como propõe Andrew von Hirsch, estabelecer uma distinção fundada nos papéis sociais ou profissionais assumidos pelas pessoas que em tese poderão praticar as condutas que o legislador pondere criminalizar com um fundamento de acumulação¹⁹³⁴. Reservando-se os tipos cumulativos de aplicação geral (*sc.*, como crimes comuns) para aquelas espécies de condutas que contendam com interesses colectivos claramente sedimentados na consciência comunitária e em relação às quais

¹⁹³² Cf. o crime de poluição previsto no 279.º do CP na versão introduzida pela reforma de 1995, considerado como tipo cumulativos por DIAS, Augusto Silva, “What if everybody did it?”, p. 345, e, não sem hesitações, por LOUREIRO, Flávia, *A Legitimação do Direito Penal do Ambiente*, p. 203 e s., que ao introduzir na factualidade típica um pressuposto de “medida inadmissível” (art. 279.º-1 e -3) fazia entrar o princípio bagatelar como critério de valoração da conduta – neste último sentido, FARIA, Maria Paula Ribeiro de, *A Adequação Social*, p. 317 e s. Acerca da nova configuração do crime de poluição, introduzida pela revisão de 2007 do CP, cf. *supra*, nota 1722.

¹⁹³³ O RGIT prevê, com efeito, limites quantitativos de relevância penal nos crimes de contrabando (art. 92.º-1), contrabando de circulação (art. 93.º-1), fraude no transporte de mercadorias em regime suspensivo (art. 95.º-1), introdução fraudulenta no consumo (art. 96.º-1), fraude fiscal (art. 103.º-2), abuso de confiança fiscal (art. 105.º-1) e de fraude contra a Segurança Social (art. 106.º-1).

Em termos próximos, cf. SOUSA, Susana Aires de, *Os Crimes Fiscais*, p. 301, para quem “faz sentido não punir, por razões de dignidade penal, condutas que tenham um valor bagatelar quando comparadas com a totalidade das receitas fiscais”. Embora ali negue a necessidade de recorrer à ideia de acumulação para explicitar a referência do bem jurídico-penal à acção individual, por considerar que o bem jurídico protegido pelas incriminações fiscais é o conjunto das receitas fiscais que integram o activo do património fiscal do Estado, não deixa, porém, de reconhecer o contributo do pensamento cumulativo para fundamentar a criminalização dos comportamentos de *freeloading* prejudiciais para os interesses tributários do Estado, salvaguardadas “as circunstâncias decorrentes dos princípios e garantias próprios do direito penal” (p. 299 e s.).

A este propósito, cf. ainda SANTOS, André Teixeira dos Santos, *O Crime de Fraude Fiscal: Um Contributo para a Configuração do Tipo Objectivo de Ilícito a partir do Bem Jurídico*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, que apesar de também negar natureza cumulativa ao crime de fraude fiscal, em virtude da forma como perspectiva o bem jurídico tutelado (p. 125), assume que “as razões subjacentes a tal previsão [de um limiar quantitativo] são de política criminal, de reconhecer objectivamente a insignificância da lesão para o bem jurídico-penal ou o infimo desvalor social da acção lesiva” (p. 246).

¹⁹³⁴ Cf. HIRSCH, A. von, “Extending the Harm Principle: ‘remote’ harms and fair imputation”, pp. 268 e 271 e ss., e depois, HIRSCH, A. von / WOHLERS, “Rechtsgutstheorie und Deliktsstruktur...”, p. 210 e s.

exista um consenso generalizado sobre a necessidade da sua preservação e promoção, não haverá razões para, em via de princípio, duvidar da capacidade da norma incriminadora cumulativa para integrar a consciência da ilicitude do comum dos cidadãos¹⁹³⁵. Tal sucederá quando estejam em causa deveres cívicos básicos, “em matérias como o pagamento de impostos, a protecção da administração da justiça, etc.”¹⁹³⁶.

Em contraste, serão de admitir com maior liberdade as incriminações cumulativas que se dirijam especificamente a determinados sectores de actividade e às pessoas que a eles se dediquem em especial, *maxime* em uma vertente profissional ou empresarial. Supostas as demais condições já enunciadas como critérios de legitimação material dos delitos de acumulação, concordamos, assim, com Andrew von Hirsch quando este sugere, no âmbito cumulativo, um reforço da contraposição entre crimes comuns e crimes específicos (“*general versus special prohibitions*”, na terminologia que emprega) que passe por aceitar uma amplitude não demasiado restrita das normas que afectem actividades especializadas e ainda por dispensar uma sua *óbvia* censurabilidade¹⁹³⁷.

Se o tipo cumulativo vê em geral reconhecida a sua validade pela necessidade da sua intervenção para tutela do bem jurídico colectivo, mesmo quando seja insignificante a ofensividade da conduta típica em si tomada, cremos que a diferenciação ora proposta assegura em definitivo a compatibilidade do pensamento cumulativo com o princípio da culpa. Dá-se assim expressão a uma realidade que parece óbvia, mas que a crítica ao modelo cumulativo desconsidera: a consciência da ilicitude de determinado comportamento não tem necessariamente de ser uniforme em toda a comunidade. É

¹⁹³⁵ Neste sentido, de novo HIRSCH, A. von, “Extending the Harm Principle: ‘remote’ harms and fair imputation”, pp. 268 e 271 e s.: “a restrição do número e da amplitude das prescrições de aplicabilidade geral ajudaria a garantir ao cidadão uma «justa advertência», salvaguardando-o de uma responsabilização que ele não está em condições de antecipar facilmente”. Nessa medida, ao contrário de DIAS, Figueiredo, ²DP-PG, I, 6.º CAP., § 74, A. von Hirsch manifesta reservas em relação à possibilidade de, por exemplo, ser criminalizado o simples uso de *sprays* prejudiciais para a camada de ozono, já que, a seu ver, seria de mais pedir ao cidadão comum que compreendesse os efeitos ambientais desse uso de tal modo que pudesse desenvolver o sentido de que deveria abster-se de usar tais produtos.

¹⁹³⁶ HIRSCH, A. von, “Extending the Harm Principle: ‘remote’ harms and fair imputation”, p. 272 e s. Não nos parece que a integração dos deveres tributários neste contexto seja contraditória com o nosso entendimento, manifestado supra, de que a baixa coloração ética das obrigações tributárias justifica o receio da sua violação em grande número no caso de não serem cobertas pela tutela penal. É que o facto de ninguém ignorar a existência de um conjunto de deveres de ordem fiscal, desde logo o dever básico de pagar impostos, e a indispensabilidade dos tributos para a prossecução do interesse público, está longe de significar que se manifestem na generalidade dos cidadãos escrúpulos éticos de estrita observância das obrigações fiscais que tornem desnecessária uma abordagem penal para lhes dar uma cogência *de facto*.

¹⁹³⁷ HIRSCH, A. von, “Extending the Harm Principle: ‘remote’ harms and fair imputation”, p. 273.

certo que em relação a um amplo conjunto de crimes, sobretudo os que integram o chamado direito penal clássico, poderá admitir-se uma generalizada e semelhante consciência da ilicitude. Mas também nos parece certo que, estando em causa ofensas a bens jurídicos colectivos, a circunstância de lhes faltar uma densidade axiológica que seja por si só suficiente para alertar o comum dos cidadãos para a sua relevância penal não tem de significar que não haja específicos grupos de pessoas que via de regra estão em uma posição privilegiada para aceder ao específico sentido de ilicitude posto pela norma incriminadora no caso concreto, designadamente, porque a norma lhes é dirigida directamente, em função da específica actividade que desempenham e dos especiais riscos para o bem jurídico colectivo que lhe são inerentes¹⁹³⁸. Nestes casos, não há motivo fundado para suspeitar, de plano, que aos destinatários da norma incriminadora cumulativa escapará em regra o desvalor penal da conduta em questão¹⁹³⁹. Porque assim é, afigura-se desprovida de sentido a ideia de que toda e qualquer incriminação cumulativa infringe o princípio da culpa, com base em uma suposição genérica e infundada de que o escasso relevo da conduta para o bem jurídico impede sempre o acesso ao seu significado penalmente desvalioso; sendo antes de supor que tal não sucederá quando a norma respeite a factos que possam integrar-se, ainda que sob uma forma patológica, no específico âmbito de actividade dos seus especiais destinatários.

3. Uma vez que no código genético da lógica cumulativa se encontra inscrito o princípio de que a concessão de relevo penal a certa conduta individual não depende do seu próprio e isolado significado para o bem jurídico, mas da probabilidade elevada de essa conduta ser praticada em larga escala se permanecer penalmente irrelevante e assim conduzir a um dano ou a um perigo para o bem jurídico colectivo, o pensamento cumulativo foi logo de início confrontado com a objecção de que não consegue escapar

¹⁹³⁸ Convergingindo com esta ideia, PINTO, Frederico de Lacerda da Costa, “Erro e consciência da ilicitude em infracções contra o mercado de valores mobiliários”, in: *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, III, Coimbra, Coimbra Editora, 2009 [originalmente publicado em 2003], p. 662 e *passim*.

¹⁹³⁹ Embora se trate de amostra porventura reduzida e assumidamente sem pretensões de rigor estatístico, parece apontar nesse sentido a observação de PINTO, Costa, “Erro e consciência da ilicitude em infracções contra o mercado de valores mobiliários”, p. 664, de que nos processos criminais abertos na sequência de iniciativa da CMVM é praticamente inexistente a invocação (pela defesa) do erro sobre a ilicitude referente a delitos de abuso de informação privilegiada (art. 378.º do CVM) ou de manipulação de mercado (art. 379.º do CVM). Esta circunstância pode ser naturalmente sinal de várias coisas, mas à luz da experiência do foro mais do que indiciar de que em geral os arguidos em processos dessa espécie actuaram efectivamente com consciência da ilicitude dos factos objecto do processo, dá sobretudo a entender que uma defesa desse tipo é estratégia que não vale a pena lançar mão, nem sequer como “arma” subsidiária, por ser mais do que duvidoso que um tribunal a leve minimamente a sério.

a uma violação do princípio da culpa, fundamentalmente porque lhe é inerente uma responsabilização criminal individual por factos de terceiros (*ex injuria tertii*)¹⁹⁴⁰.

Contra a tese cumulativa é oposto o argumento de que a relação entre a conduta típica e a lesão do bem jurídico deixa de se basear na acção individual do agente e passa a assentar na possibilidade de existência de contributos cumulativos semelhantes. Nessa medida, em derradeira instância, a relação em questão funda-se exclusivamente na suposição de que outros potenciais autores poderão actuar do mesmo modo¹⁹⁴¹ e o relevo da conduta para o bem jurídico é adquirido totalmente a partir de fora, através de acções alheias sobre as quais o agente não tem qualquer poder de influência¹⁹⁴². O comportamento do agente transforma-se assim como que em um mosaico de um quadro mais amplo¹⁹⁴³, traduzido na ofensa do bem jurídico, cuja construção todavia lhe escapa por completo, mas pela qual deve responder individualmente no plano criminal. Se assim é, acrescenta-se, o agente acaba por ser punido por comportamentos hipotéticos de terceiros e por uma hipotética colocação em perigo do bem jurídico, pelos quais é responsabilizado sem que deles seja porém responsável. Destarte, o agente responde por factos de outros, que não influencia, não pode prever e em relação aos quais não está em condições de prestar contas¹⁹⁴⁴. Ora, “o conceito de imputação com que lida a dogmática jurídico-penal e que integra uma teoria do sujeito penalmente responsável, não consente na atribuição a alguém de algo que jamais será produzido pela sua acção, mas somente pela combinação de factores aleatórios e com o concurso de uma pluralidade de agentes que actuam ignorando-se reciprocamente”¹⁹⁴⁵. Tudo o que

¹⁹⁴⁰ Cf., ROGALL, Klaus, “Gegenwartsprobleme des Umweltstrafrechts”, in: *Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln*, Köln, Carl Heymanns Verlag, 1988, p. 520; SEELMANN, Kurt, “Atypische Zurechnungsstrukturen im Umweltstrafrecht”, *NJW*, 1990, p. 1259; KINDHÄUSER, “Zur Legitimität der abstrakten Gefährungsdelikte im Wirtschaftsstrafrecht”, p. 129; MÜLLER-TUCKFELD, “Traktat für die Abschaffung des Umweltstrafrechts”, p. 466, DAXENBERGER, Matthias, *Kumulationseffekte: Grenzen der Erfolgsszurechnung im Umweltstrafrecht*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1997, p. 56 e ss. (esp. p. 65); SILVA SÁNCHEZ, *La Expansión del Derecho Penal*, pp. 145 e 148; DIAS, Augusto Silva, “What if everybody did it?”, p. 340 e ss.; HESEL, *Untersuchungen zur Dogmatik und den Erscheinungsformen “Modernen” Strafrechts*, p. 241 e ss.; KARGL, Walter, “Parteispendenakquisition und Vorteilsannahme”, *JZ*, 2005, p. 511; ANASTASOPOULOU, *Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter*, p. 179 e s.; ROXIN, ⁴AT, § 2, n.º m. 82, e “Zur neueren Entwicklung der Rechtsgutsdebatte”, 587; e FEIJOO SÁNCHEZ, “Sobre la “administrativización” del Derecho penal...”, p. 157 e ss.

¹⁹⁴¹ HESEL, *Untersuchungen zur Dogmatik und den Erscheinungsformen “Modernen” Strafrechts*, p. 242 e s.

¹⁹⁴² ANASTASOPOULOU, *Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter*, p. 179.

¹⁹⁴³ A imagem é sugerida por MÜLLER-TUCKFELD, “Traktat für die Abschaffung des Umweltstrafrechts”, p. 465 e s.

¹⁹⁴⁴ Assim, de novo, ANASTASOPOULOU, *Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter*, p. 179.

¹⁹⁴⁵ DIAS, Augusto Silva, “What if everybody did it?”, p. 341.

implica, em suma, uma penalmente inadmissível responsabilização *ex injuria tertii* e como tal uma aberta e irremissível violação do princípio da culpa.

Por mais contundente que pretenda ser este requisitório contra o pensamento cumulativo, a verdade é que ele passa por alto de uma diferença fundamental e há muito procedentemente clarificada pela tese cumulativa, a de que o juízo de perigosidade que vai implícito na construção dos tipos cumulativos é assumido pelo legislador e projecta-se no plano da criminalização e não do perfeccionamento do tipo pelo agente¹⁹⁴⁶. Na impressionante palavra de Figueiredo Dias, aliás particularmente autorizada no que respeita à compreensão do princípio da culpa, uma vez “tomada a decisão relativamente a certos (ou a certas espécies de) comportamentos, não tem qualquer sentido agitar o espantinho de que uma responsabilização por comportamentos aditivos ou cumulativos significaria sempre uma *responsabilização penal por facto de outrem* absolutamente incompatível com o princípio da culpa”¹⁹⁴⁷. Como nota Kuhlen, a suposição sobre a probabilidade de uma conduta ser praticada em número tão elevado que pode ser comprometedor para o bem jurídico é ponto que releva para a questão de saber se a mesma deve ser objecto de proibição. Desse modo, antes de tal decisão (legislativa, naturalmente) ser adoptada não há por que falar na ilicitude de tal conduta; sendo que só depois de introduzida a incriminação cumulativa é que o agente responde pela prática do facto nela descrito e como tal é apenas e só responsabilizado pelo seu próprio ilícito.

A maior ou menor probabilidade de os seus concidadãos se comportarem de maneira idêntica ou de o seu comportamento poder afectar em medida relevante, por si ou em conjugação com outros, interesses de natureza colectiva não são pois questões que devam assaltar o potencial infractor de uma norma de um tipo cumulativo. Tais questões devem, isso sim, como vimos, ser objecto de ponderação pelo legislador. E se a avaliação deste for no sentido de que para tutela de um bem jurídico colectivo digno de pena se mostra adequada e necessária uma reacção penal do tipo cumulativo, não há então por que suspeitar de uma qualquer ofensa ao princípio da culpa no plano da responsabilização por facto de terceiros. Ponto é que a decisão legislativa de criminalização do comportamento em questão se mostre válida sob uma perspectiva constitucional de legitimidade material, a que naturalmente não está imune, tanto no

¹⁹⁴⁶ Cf. KUHLEN, “Umweltstrafrecht...”, p. 718 e s., DIAS, Figueiredo, “Sobre a tutela jurídico-penal do ambiente...”, p. 391, e por último, como dissemos já, com particular ênfase, HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter*, pp. 182 e s. e 189 e s., e “Die Materialisierung von Rechtsgut und Deliktsstruktur”, p. 27.

¹⁹⁴⁷ DIAS, Figueiredo, “Sobre a tutela jurídico-penal do ambiente...”, p. 391, manifestando expressa concordância com a posição de KUHLEN, “Umweltstrafrecht...”, p. 718 e s., referida em texto.

plano da fiscalização abstracta, como da fiscalização concreta da constitucionalidade. Se o tipo incriminador cumulativo não for merecedor de juízo de inconstitucionalidade, então quando o agente preenche a previsão dessa norma incriminadora e é declarado culpado e, em conformidade, penalmente punido é evidente que está a responder pelo que fez e não pelo que os outros fizeram ou poderão vir a fazer, sendo portanto infundada a (sua?) objecção de que ao ser assim punido vê violado o princípio da culpa, por ofensa ao princípio da proibição da responsabilização *ex injuria terti*.

Esta perspectiva não representa um qualquer truque de magia¹⁹⁴⁸ ou uma mera resposta formalista¹⁹⁴⁹ destinado a contornar o problema da violação do princípio da culpa, mas o modo como deve – sempre e não só aqui – equacionar-se a bondade da atribuição de relevo penal a determinado comportamento. O que não se afigura correcto é misturar e confundir a dimensão da previsão legal abstracta de uma certa conduta com a dimensão da avaliação de uma específica responsabilidade penal em um certo caso concreto, como sucede quando se sustenta, *a priori*, de plano e sem mais, que a própria criminalização é ilegítima porque comporta uma responsabilização referida a um dano global, “que não obedece ao modelo de responsabilidade individual, limitada pelo envolvimento pessoal do agente na produção do facto danoso”, não sendo por isso de esperar que a norma incriminadora desempenhe a função de orientação do comportamento individual, sempre indispensável para a formação de um juízo de culpa¹⁹⁵⁰. *Quod erat demonstrandum!* O que se afigura temerário e formalista é de uma penada apodar como materialmente inadmissíveis um sem-número de tipos penais com base na suposição de que *todos eles* são insusceptíveis de reconhecimento pelos seus potenciais destinatários, sendo assim *todos eles* também incapazes de exercer um papel de motivação do conteúdo da acção desses destinatários. Isto como se em matéria de tutela de bens jurídicos colectivos todas as normas incriminadoras correspondessem a crimes comuns e não fosse frequente a delimitação do círculo de potenciais autores a certas pessoas titulares de determinados estatutos ou deveres. E ainda como se fosse sempre de presumir que as condutas proibidas não possuem a ressonância necessária para poderem ser interiorizadas como penalmente proibidas, apesar de respeitarem a bens jurídicos dotados de dignidade penal e serem criminalizadas justamente em função

¹⁹⁴⁸ MÜLLER-TUCKFELD, “Traktat für die Abschaffung des Umweltstrafrechts”, p. 466.

¹⁹⁴⁹ DAXENBERGER, *Kumulationseffekte*, p. 66.

¹⁹⁵⁰ DAXENBERGER, *Kumulationseffekte*, p. 66.

da perigosidade para o bem jurídico colectivo que comportam quando reproduzidas em grande número¹⁹⁵¹.

Deve reconhecer-se que neste contexto a questão deve ter tratamento semelhante ao concedido aos tradicionais crimes de perigo abstracto¹⁹⁵². Nesse sentido, será útil chamar à discussão a experiência da jurisprudência constitucional portuguesa, que pronunciando-se sobre determinados delitos destinados à tutela de bens jurídicos supra-individuais e admitindo a sua natureza de crimes de perigo abstracto tem propendido para lhes reconhecer validade sob o ponto de vista jurídico-constitucional¹⁹⁵³. Aliás, embora sempre apelidados de crimes de perigo abstracto, em rigor, numa parte desses casos os tipos penais submetidos à apreciação do TC têm natureza cumulativa. É o que quanto a nós sucede de forma clara com o tipo legal de crime de “comércio ilícito de material de guerra” (art. 82.º do Código de Justiça Militar), no âmbito do direito penal militar. Considerou o TC, no Ac. n.º 165/2008, que “o bem jurídico protegido, no crime de comércio ilícito de material de guerra, não se reduz apenas a um potencial perigo que possa resultar para a integridade do território ou a segurança das populações da detenção incontrolada de material de guerra por parte de pessoas que não integrem o corpo hierarquizado das Forças Armadas; mas reporta-se também à diminuição da capacidade militar, com a consequente perda de operacionalidade, que deriva da apropriação por terceiros de material que deve estar exclusivamente afecto aos fins de defesa nacional”. Ponderando a hipótese de tratar-se de um crime perigo abstracto – ou de um delito cumulativo, como diríamos nós, como logo se compreende pela consideração que se segue – em que, portanto, o que está em causa é a mera probabilidade de um dano para a capacidade militar e para a defesa nacional por efeito da existência de um comportamento potencialmente perigoso (a detenção de material de guerra), concluiu o TC não existir violação do princípio da proporcionalidade inscrito no art. 18.º-2 da CRP.

Este tipo legal mostra quão infundadas podem ser as objecções ao pensamento cumulativo puramente abstractas e apriorísticas. Sendo proibida a detenção e o comércio de material de guerra com o propósito de proteger os bens colectivos da capacidade militar e da defesa nacional, será de admitir que a criminalização obedece

¹⁹⁵¹ Referimo-nos aqui, uma vez mais, à perigosidade no sentido proposto por WOHLERS, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts*, p. 305 e ss., explicitado supra.

¹⁹⁵² Assim, HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter*, pp. 183 e 189, nota 234.

¹⁹⁵³ Cf., por outros, os Acs. do TC n.º 246/96 e n.º 165/2008, e ainda a síntese de ANTUNES, Maria João, “A Constituição e os princípios penais”, p. 12 e ss.

uma lógica cumulativa: muito dificilmente esses interesses poderão ser comprometidos, sequer minimamente, por casos isolados dessa espécie, justificando-se a incriminação pela suposição realista do perigo efectivo a que todavia ficariam expostos se, na (e em virtude da) ausência de tutela penal, a posse de material de guerra se tornasse em um comportamento amplamente difundido. E todavia, não vemos como possa, seriamente, duvidar-se da necessidade da incriminação para proteger aqueles bens jurídicos supra-individuais e ainda brandir com uma violação do princípio da culpa perante eventual condenação de um indivíduo surpreendido com material de guerra, seja com base na ideia de que é transformado em bode expiatório de todos os demais potenciais traficantes de material de guerra, seja porque o comportamento é destituído de qualquer ressonância ética e por isso não seria *a priori* expectável que o agente tivesse consciência da ilicitude penal do facto.

A este propósito, cumpre por último confrontar os opositores da tese cumulativa com a alternativa que propõem ou admitem como possível para evitar a afronta ao princípio da culpa na vertente *ex injuria tertii*. Não podendo o direito penal albergar proibições de comportamentos fundadas em um princípio de acumulação, o seu porto de abrigo seria o direito contra-ordenacional, atenta o seu carácter eminentemente preventivo e a sua natural vocação para lidar com perigos de ordem sistémica¹⁹⁵⁴. Sucede que, se se entender que a intervenção sancionatória cumulativa coenvolve uma responsabilização *ex injuria tertii*, o acesso dos tipos cumulativos ao direito de mera ordenação social estaria igualmente barrado, uma vez que também a responsabilidade contra-ordenacional é conformada pelo princípio da culpa¹⁹⁵⁵, ao qual deve ser reconhecido relevo constitucional¹⁹⁵⁶. Não se vislumbra, porém, na oposição ao pensamento cumulativo um propósito de encontrar um modelo sancionatório alternativo que evite a aporia em que esta concepção crítica se deixa enredar, há muito denunciada por Kuhlen. Em relação a todos aqueles que, aceitando a inevitabilidade da lógica cumulativa nas ofensas a autênticos bens jurídicos colectivos, pretendem empurrá-las para fora do direito penal para evitar uma ofensa ao princípio da culpa no plano criminal

¹⁹⁵⁴ Nestes precisos termos, FEIJOO SÁNCHEZ, "Sobre la "administrativización" del Derecho penal...", p. 157. Ainda nesta direcção, de forma mais ou menos assumida, MÜLLER-TUCKFELD, "Traktat für die Abschaffung des Umweltstrafrechts", p. 478 e ss., DAXENBERGER, *Kumulationseffekte*, p. 59 e ss., SILVA SÁNCHEZ, *La Expansión del Derecho Penal*, p. 143 e ss., DIAS, Augusto Silva, "What if everybody did it?", p. 339, e HESEL, *Untersuchungen zur Dogmatik und den Erscheinungsformen "Modernen" Strafrechts*, p. 244.

¹⁹⁵⁵ Assim, KUHLEN, "Umweltstrafrecht...", p. 718, e "Rechtsgüter und neuartiger Deliktstypen", p. 150.

¹⁹⁵⁶ Cf. *infra*, § 38.2.

do mesmo passo que se conformam com tal ofensa se ela se verificar no domínio contra-ordenacional fica mesmo a pairar a sensação da adoção de uma lógica “do mal, o menos”!

**PARTE IV – OS PÓLOS DE CONVERGÊNCIA E DE
DIVERGÊNCIA MATERIAL ENTRE O DIREITO PENAL E O
DIREITO CONTRA-ORDENACIONAL**

**CAPÍTULO I – O DEVER ESTADUAL DE PROTECÇÃO COMO
FUNDAMENTO LEGITIMADOR COMUM**

**§ 27. RAZÃO DE ORDEM: A ESTREITA RELAÇÃO ENTRE O DIREITO PENAL E O
SISTEMA CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

1. Nos capítulos anteriores procurámos pôr em evidência as linhas de aproximação entre o direito penal e o direito das contra-ordenações em vários e decisivos planos, como o dos respectivos âmbitos de actuação, o dos bens jurídicos por um e outro tutelados ou o dos tipos de ofensas a tais interesses a que num e noutro se dá guarida. Nessa análise verificámos, por exemplo, que ao direito contra-ordenacional se encontra entregue o essencial da tutela sancionatória dos bens jurídicos fundamentais dos mais importantes sectores da actividade económica e financeira contemporânea, que o direito penal pode legitimamente incriminar factos que contendendo embora com bens jurídicos colectivos de eminente significado constitucional são em si mesmos e por si sós inofensivos para a integridade desses bens jurídicos, apenas podendo representar uma efectiva ameaça se praticados em grande número por um largo conjunto de pessoas, ou que com frequência o direito penal e o direito contra-ordenacional intervêm conjugada e concertadamente para garantir a tutela dos mesmos bens jurídicos perante distintas formas de ofensas possíveis.

Neste quadro – mesmo pondo entre parêntesis todas as nossas reservas em relação às posições que, sem uma mediação jurídico-constitucional, pretendem conceber as relações entre o direito penal e o direito de mera ordenação social à luz das concepções ético-sociais directamente radicadas na consciência comunitária – temos como errado persistir na ideia de princípio de que, por definição, os crimes são integrados por factos em si mesmos axiologicamente relevantes e que as contra-

ordenações correspondem a factos eticamente neutros *per se*. E não só ou nem tanto por não faltarem crimes com um lastro ético-social inexistente ou dificilmente reconhecível, mas sobretudo porque uma análise da legislação contra-ordenacional nos muitos e variados campos por que se estende o direito de mera ordenação social leva a que a cada passo se tropece em contra-ordenações às quais subjazem factos com indiscutível ressonância axiológica.

No nosso ponto de vista, que cremos ser aquele que corresponde à actual realidade normativa legal e constitucional do nosso sistema jurídico, entre os crimes e as contra-ordenações não intercede uma diferença material ou qualitativa quanto aos *bens jurídicos* cuja protecção pode legitimamente ser assegurada pelas infracções penais. Via de regra, bens jurídico-penais podem igualmente ser bens jurídico-contra-ordenacionais. A inversa não será sempre verdadeira, uma vez que muitos interesses há que podendo ser objecto de tutela contra-ordenacional não dispõem todavia da dignidade constitucional necessária para poderem beneficiar de uma cobertura penal. Não obstante, numa perspectiva de confronto do direito penal com o direito contra-ordenacional em ordem a avaliar se este apresenta uma diferença de natureza que justifique que para ele valha um regime constitucional e legal também ele materialmente distinto, a dimensão da comparação que se reveste de decisivo relevo é aquela primeira, ou seja, a que procura descortinar se o direito das contra-ordenações se apresenta perante o direito penal como um ramo sancionatório de carácter distinto em virtude de lhe ser estranha uma função de tutela daqueles mesmos bens jurídicos cuja protecção é ou pode legitimamente ser cometida ao direito penal. Ora, sob este prisma, a relação entre o direito penal e o direito contra-ordenacional não é de divergência, mas de substancial convergência.

Dada essa afinidade material, resta igualmente comprometida a ideia característica da concepção qualitativa de que comportamentos aos quais deva ser reconhecida dignidade penal caem necessariamente fora da órbita do direito das contra-ordenações. Sendo o conteúdo da categoria da dignidade penal determinado *prima facie* pelo relevo constitucional dos bens jurídicos em consideração, esta posição é desde logo inconciliável com um sistema legal como é o nosso em que as contra-ordenações foram instituídas como instrumentos de tutela sancionatória por excelência dos direitos fundamentais constitucionalmente reconhecidos em domínios tão amplos e importantes como os das relações laborais, do consumo ou do ambiente, e dos bens jurídico-

económicos plasmados na constituição económica em jogo em sectores como os dos serviços de interesse económico geral e dos mercados financeiros. E será sobretudo assim quando, como em regra vimos suceder nos bens jurídicos colectivos, a dignidade penal dependa bem mais do estatuto jurídico-constitucional do bem jurídico do que da ofensividade da conduta tipificada, atenta a normal inidoneidade de um facto isolado para lesar ou sequer pôr em perigo esses bens jurídicos.

Considerando estas ordens de razões, compreende-se que parte importante dos factos legalmente integrados no direito contra-ordenacional haja aí ido parar não por lhes faltar dignidade penal, mas simplesmente porque o legislador considerou ser possível uma protecção adequada e eficaz dos bens jurídicos ameaçados logo através do direito de mera ordenação social¹⁹⁵⁷. Daí que ao menos neste amplo domínio das contra-ordenações dotadas de dignidade penal a ideia de que os factos contra-ordenacionais que o compõem são material ou qualitativamente distintos dos factos penais acabe por revelar-se destituída de fundamento válido. Nesta vertente, a existir alguma diferença entre o direito penal e o direito contra-ordenacional não radica ela portanto no plano da dignidade punitiva do facto. Com isso, e em sentido simétrico, será ainda de admitir que factos existirão que a lei qualifica como crime e não como contra-ordenação em virtude não de uma insusceptibilidade de princípio do direito contra-ordenacional para tutelar os bens jurídicos em questão perante o tipo de condutas incriminadas, mas apenas porque a *natureza das sanções* contra-ordenacionais não é suficiente para nesses casos garantir uma protecção cabal dos bens jurídicos. Quando assim seja, o busílis da questão desloca-se do plano da dignidade penal para o da *necessidade de pena* (criminal), mostrando que é aí – na pena; e não no facto – que poderemos encontrar uma diferença substancial do direito penal em relação ao direito das contra-ordenações.

2. A convergência material entre o facto penal e o facto contra-ordenacional de que o sistema legal dá abundantes mostras constitui, para nós, expressão natural do próprio *paradigma constitucional* na base do qual assenta a legitimidade material do direito penal. Um paradigma que, ao contrário do que correntemente se sustenta entre nós a propósito da distinção entre crimes e contra-ordenações¹⁹⁵⁸, não postula um direito

¹⁹⁵⁷ Nesta direcção, por todos, ROXIN, ⁴AT, § 2, n.ºs m. 99 e 130 e s.

¹⁹⁵⁸ Paradigmáticos, como vimos *supra*, DIAS, Figueiredo, ²DP-PG, I, 6.º Cap., § 34: “não é pois unicamente em função do princípio da *subsidiariedade*, mas logo também ao nível do *bem jurídico* – *sc.*, da distinção entre bens jurídico-penais e bens jurídico-administrativos – que a distinção entre crimes e

penal fechado sobre si próprio e alcandorado a defensor solitário de bens jurídicos que são só dele¹⁹⁵⁹, mas antes determina uma abertura da ordem jurídico-penal a uma actuação conjunta e articulada com outros ordenamentos sancionatórios para tutela concertada de interesses que por integrarem a ordem jurídico-constitucional dos bens jurídicos devem ser protegidos e promovidos *por todos* os ramos do ordenamento jurídico e não apenas pelo direito penal¹⁹⁶⁰. Nesta acepção, aqueles valores que se usa designar como bens jurídico-penais, por corresponderem a bens para cuja tutela é legítimo o recurso ao direito penal, de modo algum podem ser vistos como monopólio da esfera penal, devendo, isso sim, considerar-se como susceptíveis de beneficiar da acção protectiva dos demais estratos da ordem jurídica.

Na linha daquela que é a nossa doutrina penal largamente dominante¹⁹⁶¹, desde sempre acompanhada pela jurisprudência constitucional nacional¹⁹⁶², partilhamos a posição de que é na Constituição que o direito penal encontra a sua fonte de legitimação material. Significa isto que, repousando na Constituição “o critério regulador da actividade punitiva do Estado”¹⁹⁶³, é na Constituição que, em última instância, se funda a exigência de que a função do direito penal seja somente uma função de tutela subsidiária de bens jurídicos e ainda que a densificação do conteúdo dos bens jurídico-

contra-ordenações deve ser levada a cabo”; e COSTA, Faria, ³*Fragmenta*, Cap. 2, § 31: “O direito de mera ordenação social visa ordenar ou promover ordenando os comportamentos socialmente necessários ao harmónico desenvolvimento comunitário. Não tem, por conseguinte, qualquer finalidade de promoção específica, *directa e imediata*, de bens jurídico-penais pessoais ou mesmo supra-individuais de radical pessoal”.

¹⁹⁵⁹ Nesta direcção crítica, repudiando o solipsismo para que tende boa parte da doutrina jurídico-penal do bem jurídico, FRISCH, “Rechtsgut, ...”, p. 219 e ss.

¹⁹⁶⁰ Deste modo, ROXIN, ⁴*AT*, § 2, n.º m. 97.

¹⁹⁶¹ DIAS, Figueiredo, “O «direito penal do bem jurídico» como princípio jurídico-constitucional”, *passim*, ANDRADE, Costa, “A «dignidade penal» e a «carência de tutela penal””, p. 178 e ss., e “Constituição e Direito Penal”, p. 201 e ss., RODRIGUES, Anabela, *A Determinação da Medida da Pena Privativa da Liberdade*, p. 254 e ss., CARVALHO, Taipa de, ²*DP-PG*, § 69 e ss., CUNHA, Maria da Conceição, «*Constituição e Crime*», *passim*, MONTE, Mário Ferreira, *Da Protecção Penal do Consumidor*, p. 276 e s., ALMEIDA, Carlota Pizarro de, “Algumas considerações...”, p. 205 e ss., PALMA, Maria Fernanda, “Constituição e direito penal. As questões inevitáveis”, *in*: Maria Fernanda Palma *et al.*, *Casos e Materiais de Direito Penal*, Coimbra, Almedina, 2004, p. 21 e ss., e *Direito Constitucional Penal*, pp. 16 e s. e 50 e ss., COSTA, A. de Almeida, “Sobre o crime de corrupção”, p. 140 e ss., e “A propósito do novo Código do Trabalho”, p. 1064 e s., SOUSA, Susana Aires de, *Os Crimes Fiscais*, p. 177 e s., DIAS, Silva, «*Delicta in Se*» e «*Delicta Mere Prohibita*», p. 650 e ss., e *Ramos Emergentes do Direito Penal Relacionados com Protecção do Futuro*, p. 70 e ss., ANTUNES, Maria João, “Procriação medicamente assistida”, p. 81 e ss., e BORGES, Francisco, *O Crime de Desobediência à Luz da Constituição*, Almedina, Coimbra, 2011, p. 39 e ss.

¹⁹⁶² Cf. ANTUNES, Maria João, “A Constituição e os princípios penais”, p. 5 e ss.

¹⁹⁶³ DIAS, Figueiredo, “Para uma dogmática do direito penal secundário”, n.º 3718, p. 11, BRITO, Sousa e, “A lei penal na Constituição”, p. 197 e ss., ANDRADE, Costa, “Constituição e Direito Penal”, p. 200, CARVALHO, Taipa de, ²*DP-PG*, § 69, e ANTUNES, Maria João, “Procriação medicamente assistida”, p. 81 e s., num pensamento de fundo que remonta, pelo menos, a SAX, “Grundsätze der Strafrechtspflege”, p. 911.

penais tenha como referente a ordem axiológico-constitucional dos bens jurídicos. Dito com Conceição Cunha, “sendo a Constituição a norma fundamental de cada comunidade e impondo, assim, os seus princípios a todo o ordenamento jurídico, reflectindo ela as concepções dominantes de uma sociedade, espelhando o que nesta há de mais essencial e de mais consensual, parece-nos estar apta para desempenhar o papel de orientadora do legislador penal na escolha dos factos a criminalizar”¹⁹⁶⁴.

Será assim de reconhecer, fundamentalmente na esteira de Figueiredo Dias, que o direito penal português deve ser comandado pelo *princípio jurídico-constitucional* de que “todo o direito penal é um direito penal do bem jurídico”¹⁹⁶⁵, residindo por isso na Constituição o quadro referencial dos bens jurídico-penais¹⁹⁶⁶.

Tanto do lado da doutrina, como do lado da jurisprudência é comum o apelo ao art. 18.º-2 da Constituição para reforçar este pensamento de estrita vinculação do direito penal à ordenação axiológico-constitucional dos bens jurídicos. Pois, como entende Figueiredo Dias, se de acordo com esse preceito “as restrições dos direitos, liberdades e garantias (em que sempre se traduz uma criminalização) devem «limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos *constitucionalmente protegidos*»; – torna-se então indiscutível a ideia (...) segundo a qual entre a ordem axiológica constitucional e a ordem legal dos bens jurídicos *tem de verificar-se uma qualquer relação de mútua referência*”¹⁹⁶⁷.

Parece-nos ser plenamente válida e justificada esta ponte que assim se lança entre o problema da legitimação material da actividade penal e o regime constitucional especificamente previsto para a *limitação* dos direitos, liberdades e garantias fundamentais dos cidadãos. Da criminalização de um comportamento resultam e podem resultar numerosas e sensíveis limitações dos direitos, liberdades e garantias das pessoas destinatárias da incriminação¹⁹⁶⁸ e por isso nada mais natural do que submetê-la ao crivo constitucionalmente previsto para as restrições desses direitos fundamentais. Determinando a Constituição que tais limitações só se justificam na medida do

¹⁹⁶⁴ CUNHA, Maria da Conceição, «*Constituição e Crime*», p. 19. Ainda nesta linha, referindo-se à ligação entre a ciência penal e a Constituição não só como plausível, como até oportuna e óbvia, HASSEMER, Winfried, “Strafrechtlicher Rechtsgüterschutz unter der Verfassung”, in: A. Karras (org.), *Festschrift für Nikolaos K. Androulakis*, Atenas, Sakkoula, 2003, p. 214.

¹⁹⁶⁵ DIAS, Figueiredo, “O «direito penal do bem jurídico» como princípio jurídico-constitucional”, p. 33, e Ac. do TC n.º 179/2012.

¹⁹⁶⁶ Desenvolvidamente, CUNHA, Maria da Conceição, «*Constituição e Crime*», p. 195 e ss. e *passim*.

¹⁹⁶⁷ DIAS, Figueiredo, “Para uma dogmática do direito penal secundário”, n.º 3718, p. 11.

¹⁹⁶⁸ Para uma consideração exaustiva desses efeitos, LAGODNY, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, p. 78 e ss.

necessário para “salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos” (art. 18.º-2)¹⁹⁶⁹, só pode concordar-se com Figueiredo Dias quando considera ser *indiscutível* que daqui resulta uma influência decisiva para a determinação dos bens jurídicos que o direito penal *pode* legitimamente tutelar. Esses bens jurídicos, os bens jurídico-penais, deverão corresponder a direitos ou interesses constitucionalmente protegidos. E isto pela razão elementar de que será inconstitucional a limitação dos direitos, liberdades e garantias fundamentais das pessoas que é inerente a qualquer acto de criminalização se este for determinado por um propósito de tutela de direitos ou interesses *sem relevo* constitucional¹⁹⁷⁰.

A doutrina maioritária e a jurisprudência constitucional levam ainda mais longe a ligação entre as questões da legitimação e da definição e densificação da função do direito penal e o regime constitucional relativo aos *direitos fundamentais*. Uma vez mais na senda de Figueiredo Dias, prevalece entre nós o entendimento – aliás, exacto – de que a razão de ser do direito penal radica essencialmente na sua missão de protecção de bens jurídicos integrados na ordem dos *direitos fundamentais*. É sobretudo por aqui que o direito penal vê reconhecida a sua legitimidade para comprimir de forma qualificada as liberdades fundamentais das pessoas destinatárias das incriminações. Só que, além disso, parece ainda pretender-se que é também por aqui que o direito penal adquire a sua singularidade material, pode contar com uma divisão substancialmente fundada entre direito penal de justiça e direito penal secundário e finalmente logra diferenciar-se quanto à sua natureza dos demais ramos da ordem jurídica, *maxime* do direito das contra-ordenações. Sinal disso é o entendimento de Figueiredo Dias de que “baseados na Constituição que nos rege, deve afirmar-se a *específica juridicidade* do direito penal administrativo e a *especificidade dos bens jurídicos* que protege; e concluir daí pela

¹⁹⁶⁹ Cf. CANOTILHO, Gomes / MOREIRA, Vital, ⁴CRP, I, p. 391 e s.

¹⁹⁷⁰ Logo por isto parece-nos não assistir razão a COSTA, Faria, *O Perigo em Direito Penal*, p. 199, quando, pretendendo desvincular a ordem dos bens jurídico-penais da ordem dos bens jurídico-constitucionais, acaba por responder afirmativamente à questão de saber se “pode a ordem penal, em alguma circunstância, proteger bens ou valores que não encontrem correspondência directa ou imediata na Lei Fundamental” (p. 193 e s.). Pois, contra o que considera, não só não é “manifestamente errada” a ideia – sustentada em Itália por autores como Bricola e Angioni e pela generalidade da doutrina penal nacional – de que “só é legítima a incriminação de comportamentos lesivos de bens jurídicos com relevo constitucional” (p. 198 e s.), como manifestamente errada é, isso sim, a admissão de que possa criminalizar-se um comportamento para tutela de um bem jurídico sem relevo constitucional. E manifestamente errada, porque, ao menos no quadro da Constituição vigente, se trata de cenário abertamente inconstitucional, por violação da parte final do n.º 2 do art. 18.º da Lei Fundamental.

*relativa autonomia do direito penal secundário no corpo, fundamentalmente unitário, do direito penal*¹⁹⁷¹.

Como vimos já, é sobre a relação estabelecida com a ordem constitucional dos direitos fundamentais que se faz assentar a distinção entre o direito penal de justiça e o direito penal secundário, “pois enquanto os crimes do direito penal de justiça se relacionam em último termo, com a ordenação jurídico-constitucional relativa aos *direitos, liberdades e garantias das pessoas*, já os do direito penal secundário (...) se relacionam essencialmente com a ordenação jurídico-constitucional relativa aos *direitos sociais e à organização económica*”¹⁹⁷². O critério invocado para fundar esta classificação fundamental dentro do direito penal deixa perceber nesta concepção uma conexão privilegiada com o catálogo constitucional dos direitos fundamentais que dá corpo à Parte I da nossa Constituição (arts. 12.º a 79.º). Com efeito, sem prejuízo da menção ao referente constituído pelo quadro constitucional respeitante à organização económica (Parte II da CRP: arts. 80.º a 107.º), é notório o destaque aqui atribuído aos direitos fundamentais – tanto na sua vertente de direitos liberdades e garantias (art. 24.º e ss. da CRP), como na sua vertente de direitos económicos, sociais e culturais (art. 58.º e ss. da CRP) – como destinatários preferenciais da intervenção protectora do direito penal.

O lugar de primeiro plano assumido pelos direitos fundamentais no círculo dos bens jurídico-penais constitui um reflexo natural da sua importância cimeira na ordem dos valores constitucionais e do papel-chave na defesa desses interesses desde sempre atribuído ao direito penal. Estando em causa bens jurídicos de eminente relevo social nada mais natural do que chamar para sua protecção o ordenamento sancionatório que conta com os mais severos instrumentos punitivos de que a ordem jurídica dispõe. E na inversa, justamente porque o direito penal representa a mais poderosa e severa reacção ao ilícito de que o sistema jurídico pode lançar sobre os cidadãos deve a sua acção circunscrever-se às ofensas mais significativas dos mais importantes interesses pessoais e colectivos constitucionalmente reconhecidos.

Se repisamos estas evidências é só para fazer notar que um ponto e outro representam, em todo o caso, dimensões distintas do problema da legitimação material do direito penal. Na primeira vertente está em causa saber quando é que o direito penal

¹⁹⁷¹ DIAS, Figueiredo, “Para uma dogmática do direito penal secundário”, n.º 3717, p. 367.

¹⁹⁷² DIAS, Figueiredo, ²DP-PG, I, 6.º Cap., § 26, com a concordância de CARVALHO, Taipa de, ²DP-PG, § 263 e s.

pode ou eventualmente deve ser chamado a intervir com o seu arsenal sancionatório, isto é, uma questão de *legitimação positiva*, de definição de uma função; ao passo que na segunda vertente o que está em causa é saber quando é que o direito penal *não pode actuar*, ou seja, uma questão de *legitimação negativa*, de demarcação de um limite.

Sucedem que a recorrente e certa invocação do art. 18.º-2 da CRP a que entre nós se assiste como trunfo imbatível na discussão sobre a legitimação material do direito penal releva apenas nesta *dimensão negativa*, não tendo porém o condão de cunhar positivamente os termos da actuação penal. Na realidade, tendo o n.º 2 do art. 18.º da Constituição como escopo regular as restrições dos direitos fundamentais das pessoas, a sua acção normativa dirige-se à protecção daqueles que possam cair sob a alçada punitiva de um eventual tipo incriminador e não à tutela dos bens jurídicos ameaçados pela prática do facto típico. Dando corpo ao *princípio da proibição do excesso*, dele decorre, em suma, aquilo que o direito penal *não* pode fazer: o direito penal *não* está autorizado a restringir, através dos instrumentos sancionatórios penais, os direitos fundamentais dos cidadãos para salvaguarda de outros direitos ou interesses *não* constitucionalmente protegidos. Mas, porque a *ratio* deste art. 18.º-2 da CRP é apenas a de limitar as restrições aos direitos, liberdades e garantias, dele já não decorre aquilo que o direito penal pode fazer ou a função que deve assumir¹⁹⁷³. A ideia de bem jurídico releva pois aqui, como bem esclarece Winfried Hassemer, no seu sentido originário, como princípio negativo, de limitação do direito penal e não, portanto, do lado da justificação do direito penal¹⁹⁷⁴: “este princípio não dirige ao legislador qualquer imposição de criminalização ou de ameaça penal ali onde esteja em causa a protecção de um bem jurídico, mas antes, pelo contrário, uma proibição de criminalização no caso de se não divisar qualquer bem jurídico”¹⁹⁷⁵.

¹⁹⁷³ Nestes exactos termos, PULITANÒ, Domenico, “Obblighi costituzionali di tutela penale?”, *RIDPP*, 1983, p. 495, e numa direcção próxima LAGODNY, “Basic rights and substantive criminal law: the incest case”, p. 767 e ss.

¹⁹⁷⁴ HASSEMER, “Strafrechtlicher Rechtsgüterschutz unter der Verfassung”, p. 217, e “Darf es Straftaten geben, die ein strafrechtliches Rechtsgut nicht in Mitleidenschaft ziehen?”, *in*: Hefendehl / von Hirsch / Wohlers (org.), *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2003, p. 59, retomando a sua concepção sobre o princípio do bem jurídico como princípio de legitimação negativa desenvolvida no seu *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, 1973, p. 194 e ss. (esp. p. 216 e ss.). Para uma adesão, na doutrina portuguesa, a esta ideia de legitimação negativa oferecida pelo conceito de bem jurídico proposta por Hassemer, ANDRADE, Costa, “A «dignidade penal» e a «carência de tutela penal»”, p. 185 e s.

¹⁹⁷⁵ HASSEMER, “Strafrechtlicher Rechtsgüterschutz unter der Verfassung”, p. 220, e “Darf es Straftaten geben...”, p. 61.

Encarado o paradigma do bem jurídico nesta perspectiva, isto é, na perspectiva da delimitação pela negativa das margens de actuação do direito penal, se algum préstimo ele pode ter para o nosso problema do confronto entre o direito penal e o direito contra-ordenacional é o de abrir caminho à ideia de que a singularidade do primeiro em relação ao segundo reside não no plano do *facto* – pois dele não se espere receber qualquer indicação sobre a função que o direito penal deve desempenhar – mas no plano da *sanção*, dado que é sobretudo em função da natureza das sanções criminais e das suas drásticas repercussões sobre a esfera dos direitos fundamentais dos destinatários das normas incriminadoras que se justificam as exigências de dignidade penal e de carência de tutela penal opostas à criminalização¹⁹⁷⁶.

Não ignoramos que o pensamento de legitimação penal pelo bem jurídico tal qual foi traçado por Figueiredo Dias e colhe a adesão maioritária da doutrina e da jurisprudência nacionais vai bem mais longe daquilo que é consentido por esta perspectiva de cariz negativo, pretendendo, muito mais do que isso, acolher-se na proposição do n.º 2 do art. 18.º da Constituição para a partir dela sustentar, *pela positiva*, o princípio de que o direito penal deve assumir como missão uma função de protecção de bens jurídicos¹⁹⁷⁷. Posição que espelha a iniludível dialéctica “entre as funções delimitativas tradicionalmente postas em primeiro plano e o significado «fundante» que em termos lógicos lhe é indissociável” há já longo tempo identificada por Domenico Pulitanò¹⁹⁷⁸.

Compreende-se o raciocínio: se não é constitucionalmente legítima uma intervenção penal para tutela de bens jurídicos sem dignidade constitucional; então, o direito penal deve ser concebido como uma ordem de tutela de bens jurídicos com respaldo constitucional. E uma vez que uma tão estrita exigência parece não fazer sentir-se em relação a outros domínios sancionatórios da ordem jurídica, nomeadamente, o contra-ordenacional, só em relação ao direito penal pode dizer-se que a sua acção se encontra irremissivelmente subordinada à condição de que os bens jurídicos objecto da sua tutela constituam interesses jurídico-constitucionalmente reconhecidos. Daí a afirmar que apenas o direito penal, e já não também o direito

¹⁹⁷⁶ Assim, logo e por todos, SAX, “Grundsätze der Strafrechtspflege”, p. 923 e ss.

¹⁹⁷⁷ Abertamente neste sentido, DIAS, Figueiredo, ²DP-PG, I, 6.º Cap., § 3, ao afirmar que “o conceito material de crime (...) constitui-se padrão crítico tanto do direito vigente, como do direito a constituir, indicando ao legislador aquilo que ele *pode e deve criminalizar* e aquilo que ele pode e deve deixar fora do âmbito penal” (it. nosso).

¹⁹⁷⁸ PULITANÒ, “Obblighi costituzionali di tutela penale?”, p. 494 e s.

contra-ordenacional, pode assumir uma tal função é só um passo mais. Trata-se, porém, de um salto argumentativo destituído de sustentação nas premissas de que arranca, pois do que destas resulta é que o direito penal não pode entrar em acção senão para proteger bens jurídicos com dignidade constitucional e não propriamente que estes só possam beneficiar da tutela penal e de nenhuma tutela mais.

Como cremos ter já ficado suficientemente claro através de amplas partes do nosso estudo, é nossa firme convicção também que a única missão a que o direito penal pode e deve aspirar é a da tutela subsidiária de bens jurídicos. Divergimos, todavia, daquela que é a este propósito a corrente dominante entre nós quanto à sustentação desta proposição fundamental, designadamente, no que respeita à invocação do princípio da proibição do excesso (*sc.*, do art. 18.º-2 da CRP) para apontar e fundar, *pela positiva*, as escolhas da criminalização.

3. Antes de irmos mais longe e para que desde já se intua o caminho que nos propomos seguir, aquilo que pretendemos significar resulta cabalmente ilustrado por aquelas situações em que se discute não se dada incriminação se mostra constitucionalmente justificada, mas sim se é legítimo o recuo da intervenção penal, mediante previsão de uma causa de justificação, ou até a não criminalização de um certo comportamento. Como exemplo da primeira hipótese tivemos ainda recentemente o caso da exclusão da ilicitude do aborto praticado por decisão da mulher através de uma solução do prazo (art. 142.º-1, *e*), do CP, na redacção da Lei n.º 16/2007, de 17/4)¹⁹⁷⁹; e como exemplo da segunda a não incriminação da maternidade de substituição a título gratuito pela Lei n.º 32/2006, de 26/7, que todavia criminalizou a maternidade de substituição a título oneroso (art. 39.º)¹⁹⁸⁰.

Em ambos os casos o cerne do debate que se instalou não se prendeu com a questão de saber se, à luz da nossa Constituição, o sistema legal português poderia punir criminalmente os comportamentos em análise, mas antes se *poderia abster-se* de os punir penalmente. Casos, pois, que como poucos outros exigem que o debate penal vá directamente ao cerne do problema da determinação e fundamentação da função do

¹⁹⁷⁹ Cf. Ac. do TC n.º 75/2010 (esp. 11.4), e DIAS, Figueiredo, ²*Comentário Conimbricense do Código Penal*, I, Nótula antes do art. 142.º

¹⁹⁸⁰ Cf. Ac. do TC n.º 101/2009 (esp. apartado *l*) da fundamentação), e ANTUNES, Maria João, “Procriação medicamente assistida”, p. 91.

direito penal¹⁹⁸¹. Neles impõe-se perceber por que razão o direito penal poderá eventualmente encontrar-se (constitucionalmente) obrigado a actuar para proteger determinado bem jurídico integrado na ordem axiológico-constitucional dos direitos fundamentais¹⁹⁸².

Ora, para isso torna-se imprescindível convocar e dilucidar as razões que, *pela positiva*, poderão justificar ou até mesmo impor uma intervenção penal. Precisamente por isso, o tópico que nesta discussão é chamado para o centro do discurso em prol da intervenção penal é o da obrigação estadual de protecção de direitos fundamentais e seu correspectivo princípio da proibição da insuficiência (*Untermaßverbot*) e não o do dever estadual de abstenção na esfera dos direitos fundamentais das pessoas e seu correspectivo princípio da proibição do excesso (*Übermaßverbot*)¹⁹⁸³. É que, como logo intuíram os juízes do Tribunal Constitucional Federal alemão Rupp-v.Brünneck e Simon no seu voto de vencidos ao primeiro acórdão deste Tribunal sobre a interrupção voluntária da gravidez, “os direitos fundamentais como direitos de defesa são logo à partida inidóneos para impedir uma batida em retirada de prescrições penais decidida pelo legislador”¹⁹⁸⁴. Na verdade, considerados os direitos fundamentais na sua acepção originária de direitos de defesa e valorada a função negatória¹⁹⁸⁵ que assim deles directamente deriva, nenhuma ilação se extrairá sobre um eventual dever da ordem jurídica de lançar mão do direito penal para proteger um direito fundamental. O que por si só revela que não será na base de uma consideração dos direitos fundamentais como direitos de defesa e da sua categoria da proibição do excesso que poderá fundamentar-se positivamente uma decisão legislativa no sentido da criminalização de um *qualquer*

¹⁹⁸¹ Em termos próximos, tendo também em vista o problema da interrupção voluntária da gravidez, já PULITANÒ, “Obblighi costituzionali di tutela penale?”, p. 492.

¹⁹⁸² No caso da interrupção voluntária da gravidez a *vida intra-uterina*, consagrada como direito fundamental pelo art. 24.º da CRP (Ac. do TC n.º 75/2010); e no caso da maternidade de substituição os “bens jurídicos dignos de tutela que decorrem do direito à identidade pessoal, do direito ao desenvolvimento da personalidade e, ainda, do direito às condições de um integral desenvolvimento” (Ac. do TC n.º 101/2009).

¹⁹⁸³ Assim, muito claramente, quanto a uma solução de prazo como causa de justificação da interrupção voluntária da gravidez, na doutrina, DIAS, Jorge de Figueiredo, ²*Comentário Conimbricense do Código Penal*, I, Nótula antes do art. 142.º, § 10 e ss.; e na jurisprudência constitucional, o Ac. do TC n.º 75/2010 (esp. 11.4) e os votos de vencido dos Conselheiros Maria Lúcia Amaral e Rui Moura Ramos a esse Ac. n.º 75/2010, bem como já os votos de vencido do Conselheiro Paulo Mota Pinto aos Acs. do TC n.º 288/98 e n.º 617/2006.

¹⁹⁸⁴ Acórdão de 25-02-1975, *BVerfGE* 39, 1, p. 71. Chamando logo a atenção para esta novidade, MÜLLER-DIETZ, Heinz, “Zur Problematik verfassungsrechtlicher Pönalisierungsgebote”, in: Hans-Heinrich Jescheck (org.), *Festschrift fuer Eduard Dreher zum 70. Geburtstag*, Berlin, Walter de Gruyter, 1977, p. 99 e s.

¹⁹⁸⁵ A expressão é de KLEIN, Eckart, “Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates”, *NJW*, 1989, p. 1633.

comportamento¹⁹⁸⁶. Vale pois aqui a máxima de Dietlein acerca da relação entre os princípios da proibição do excesso e da proibição da insuficiência: por via da proibição do excesso afere-se apenas se para prossecução dos seus fins o legislador lançou mão de meios proporcionais, em sentido amplo, mas já não se e em que medida os meios escolhidos são constitucionalmente impostos ou, ao menos, necessários para cumprimento desses fins¹⁹⁸⁷.

A conexão entre o direito penal e a ordem constitucional dos direitos fundamentais há muito¹⁹⁸⁸ proposta por Figueiredo Dias aponta na direcção certa, devendo ser-lhe reconhecido o mérito de se ter afirmado entre nós como o primeiro e decisivo passo no sentido de uma interpenetração do discurso legitimador da criminalização (e, como tal, do próprio direito penal) com o pensamento constitucional sobre os direitos fundamentais. Tal passo permitiu que frutificasse e se consolidasse na doutrina penal nacional – sendo aqui justo destacar os decisivos contributos para tanto não só de Figueiredo Dias como também de Costa Andrade¹⁹⁸⁹ e de Conceição Cunha¹⁹⁹⁰ – um valioso património dogmático de densificação do princípio constitucional da *proibição do excesso* conformado pelas especificidades das exigências postas pelas características próprias do direito penal, sobretudo através das categorias da dignidade penal e da carência de tutela penal. Mas estamos em crer que esse mesmo

¹⁹⁸⁶ Neste sentido, vincadamente, HASSEMER, “Strafrechtlicher Rechtsgüterschutz unter der Verfassung”, p. 216 e ss., e “Darf es Straftaten geben...”, p. 59 e ss.

¹⁹⁸⁷ DIETLEIN, Johannes, “Das Untermaßverbot”, *Zeitschrift für Gesetzgebung*, 2/1995, p. 138. Concordante, para ressaltar, com razão, que o princípio da proibição da insuficiência não se integra no princípio geral da proporcionalidade, MAUNZ / DÜRIG / GRZESZICK, ⁶⁷GG, Art. 20, n.º m. 127. Quanto a este último ponto, em sentido contrário, MIRANDA, Jorge / SILVA, Jorge Pereira da, ²*Constituição Portuguesa Anotada*, I, Art. 18.º, p. 344. Já CANOTILHO, José Joaquim Gomes, “Omissões normativas e deveres de protecção”, in: Figueiredo Dias *et. al.* (org.), *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*, II, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, p. 118, considera “discutível a sua autonomia em face do princípio da proporcionalidade”.

¹⁹⁸⁸ Embora se tratasse, a partir de BRICOLA, “Teoria Generale del Reato”, 1973, de tema objecto de ampla discussão na doutrina italiana (cf. supra, § 11.), até para que melhor perceba a razão pela qual enfatizamos em texto o mérito de Figueiredo Dias, é curioso notar que ainda há uma década atrás HASSEMER, “Strafrechtlicher Rechtsgüterschutz unter der Verfassung”, p. 214, apresentava como nova, ao menos sob o ponto de vista da doutrina penal, a luz que se propunha fazer incidir sobre a discussão em torno do problema do bem jurídico, a luz irradiada da Constituição. A afirmação de Hassemer parece, não obstante, parece por alto de toda a uma já longa e veneranda tradição da doutrina alemã – que, como aliás resulta da nossa investigação, tem como expoentes autores como Walter Sax, Roxin ou Müller-Dietz – de fazer confluir o problema do bem jurídico com o pensamento constitucional dos direitos fundamentais – para uma panorâmica geral, cf. FIANDACA, “Il «bene giuridico»...”, p. 47 e ss., CUNHA, Maria da Conceição, «*Constituição e Crime*», p. 131 e ss.

, em todo o caso, ser temperada por uma

¹⁹⁸⁹ ANDRADRE, Costa, “O novo Código Penal e a moderna criminologia”, p. 227 e s., nota 34, “A «dignidade penal» e a «carência de tutela penal»”, p. 178 e ss., e “Constituição e Direito Penal”, p. 201 e ss., e *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, p. 20 e ss.

¹⁹⁹⁰ CUNHA, Maria da Conceição, «*Constituição e Crime*», *passim*.

passo de “reconstrução jurídico-penal da proibição do excesso”¹⁹⁹¹ abre ainda caminho a que a compreensão sobre a função de protecção de bens jurídicos que – como é entendido, porventura unanimemente, entre nós – deve caracterizar o direito penal possa colher o influxo das linhas de força, já relativamente estabilizadas, que, de acordo com a doutrina constitucional portuguesa dominante, marcam as funções constitucionalmente impostas aos direitos fundamentais.

4. Considerando-se que o campo privilegiado de acção do direito penal é o da tutela de bens jurídicos inerentes à ordem dos constitucional dos direitos fundamentais – quer dos direitos, liberdades e garantias, quer dos direitos económicos, sociais e culturais – parece, na verdade, que ao menos aí, nesse domínio em que intervém para protecção de bens jusfundamentais, se encontra ele naturalmente talhado para receber da teoria constitucional dos direitos fundamentais um contributo relevante para a dilucidação do fundamento que justifica a sua acção em tal domínio¹⁹⁹². Com efeito, o que é de estranhar é que pretendendo consignar-se ao direito penal uma precípua função de protecção de bens jurídicos que estão numa relação de analogia material com os dos direitos fundamentais o respectivo discurso legitimador mantenha ainda hoje uma assinalável distância em relação a essa teoria, nomeadamente, ao essencial da teoria dos direitos fundamentais que directa e especificamente se dirige à consideração dos direitos fundamentais sob a perspectiva de um *dever estadual de protecção de bens jurídicos*¹⁹⁹³. Pois é nem mais nem menos do que nesta acepção, e não na acepção dos direitos fundamentais como direitos de defesa em relação ao Estado (*Abwehrrechte*), que pode fundar-se e justificar-se pela positiva uma decisão legislativa de criminalização de um qualquer facto que contenda com um direito fundamental constitucionalmente reconhecido¹⁹⁹⁴.

Não constitui, obviamente, nosso propósito passar em revista as várias e complexas teorias de direitos fundamentais emanadas da ciência jurídico-constitucional ao longo dos tempos¹⁹⁹⁵. Nem é este o lugar para tal, nem nós nos sentimos habilitados

¹⁹⁹¹ HASSEMER, “Darf es Straftaten geben...”, p. 60.

¹⁹⁹² Sugerindo esta ligação, ROXIN, ⁴AT, § 2, n.º m. 96, nota 128.

¹⁹⁹³ Cf., todavia, o estudo precursor de CUNHA, Maria da Conceição, «Constituição e Crime», p. 271 e ss.

¹⁹⁹⁴ Próximo, ao que parece, ROXIN, ⁴AT, § 2, n.º m. 96 (esp. nota 128).

¹⁹⁹⁵ Particularmente instrutivos, BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, “Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation”, *NJW*, 1974, p. 1530 e ss., ALEXY, Robert, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1986, e ANDRADE, Vieira de, ⁵*Os Direitos Fundamentais*, p. 51 e ss.

a empreender tal digressão. O que pretendemos é tão-só integrar no nosso debate aquelas que nos parecem ser hoje as coordenadas essenciais acerca da compreensão da função e da natureza dos direitos fundamentais, desenvolvidas em torno e tomando como referência a Constituição e em relação às quais se poderá admitir a existência de um consenso alargado na dogmática e na jurisprudência constitucionais nacionais. Tal consenso, que efectivamente existe, é fruto sobretudo de uma assimilação pela experiência portuguesa do pensamento constitucional alemão em matéria de direitos fundamentais, pelo que a nossa análise levará igualmente em linha de conta a realidade alemã neste domínio, aliás, como é sabido, fortemente impulsionada por problemas constitucionais de natureza penal, designadamente e sobretudo, pela questão da interrupção voluntária da gravidez¹⁹⁹⁶.

Antecipando o sentido da nossa posição, pensamos que a fundamentação da função jurídico-penal de tutela de bens jurídicos correspondentes a direitos fundamentais radica na *dimensão objectiva* que a estes é hoje amplamente reconhecida e do mesmo passo no *dever estadual de protecção* desses mesmos direitos fundamentais que dela directamente decorre e representa a face inversa da função de defesa que eles igualmente assumem¹⁹⁹⁷. De modo algum quereremos com isto fazer a apologia de um dever implícito absoluto de criminalização onde quer que se descortine um direito fundamental, para prevenção de ataques que lhe possam ser dirigidos. Nada poderia estar mais longe do nosso pensamento do que uma qualquer ideia tendente a acolher a existência de imposições constitucionais implícitas absolutas de criminalização. Temos antes para nós que o reconhecimento ou a atribuição de natureza jusfundamental a determinado bem jurídico implica para o Estado um dever de, dentro do possível, promover as medidas idóneas e necessárias à sua tutela; e que é aí, nessa obrigação estadual de protecção inerente à ideia de Estado de direito¹⁹⁹⁸, que o direito penal – como, de resto, também o direito contra-ordenacional, quando entra em acção para defesa de bens jurídicos com respaldo na ordem axiológico-constitucional dos direitos

¹⁹⁹⁶ Cf. o já referido Acórdão do Tribunal Constitucional Federal alemão de 25-02-1975, *BVerfGE* 39, 1, e ainda o Ac. de 28-05-1993, *BVerfGE* 88, 203, os chamados Acórdãos I e II sobre a interrupção voluntária da gravidez.

¹⁹⁹⁷ Referindo-se às funções de protecção (*i. e.*, ao dever estadual de tutela de direitos fundamentais) e de defesa (*i. e.*, à sua concepção como direitos de salvaguarda perante o Estado) dos direitos fundamentais como duas faces da mesma moeda, ISENSEE, Josef, “Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht”, *in*: Isensee / Kirchhof (orgs.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 3.ª ed., IX, § 191, Heidelberg, C. F. Müller, 2011, n.º m. 194.

¹⁹⁹⁸ MAUNZ / DÜRIG / GRZESZICK, *67GG*, Art. 20, n.º m. 127 e s., ISENSEE, “Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht”, n.º m. 3, e *infra*, § 29.

fundamentais – encontra a sua fonte de legitimação material. O direito penal, como ordem sancionatória estadual, é pois chamado a intervir porque o Estado, que reserva para si o monopólio do uso da força nas relações sociais, dele carece para dar cumprimento ao seu imperativo de tutela de direitos fundamentais ante ofensas que lhes possam ser dirigidas por membros da comunidade. Por isso mesmo entendemos que é nesta função protectiva imanente à categoria dos direitos fundamentais que o direito penal funda positivamente a sua intervenção ordenada à tutela de bens jurídicos com relevo jusfundamental. Como entendemos ainda, nesta linha, que o direito penal e o direito contra-ordenacional acabam nesta matéria fulcral por partilhar o mesmo fundamento legitimador, dado que também este último colhe no imperativo estadual de tutela de direitos fundamentais a sua credencial legitimadora para ser arvorado a instrumento de protecção de direitos fundamentais. Dada ser esta a que via que, a nosso ver, conduz e dá consistência material à relação de convergência substancial entre o facto penal e o facto contra-ordenacional, justifica-se que a aprofundemos e a fundamentemos mais detidamente.

§ 28. O DEVER ESTADUAL DE PROTECÇÃO COMO FUNÇÃO JUSFUNDAMENTAL EMANADA DA DIMENSÃO OBJECTIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

§ 28.1 Os direitos fundamentais como direitos subjectivos de defesa

Na sua formulação clássica¹⁹⁹⁹, de índole liberal²⁰⁰⁰, os direitos fundamentais exprimem um significado de defesa do cidadão perante o Estado. Sob esta perspectiva, desempenham uma função de protecção das pessoas face a possíveis investidas estaduais, em todas as suas eventuais formas de poder, que representem uma ameaça para os seus direitos fundamentais. Dada a sua génese liberal, trata-se de uma função especialmente conotada com os chamados *direitos fundamentais de primeira geração*²⁰⁰¹, abrangendo direitos ditos fundamentalíssimos²⁰⁰² como a vida, a

¹⁹⁹⁹ PIETRZAK, Alexandra, “Die Schutzpflicht im verfassungsrechtlichen Kontexte – Überblick und neue Aspekte”, *JuS*, 1994, p. 748, e VOßKUHL, Andreas / KAISER, Anna-Bettina, “Grundwissen – Öffentliches Recht: Funktionen der Grundrechte”, *JuS*, 2011, p. 411.

²⁰⁰⁰ BÖCKENFÖRDE, “Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation”, p. 1530 e ss.

²⁰⁰¹ ASSIM, ISENSEE, “Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht”, n.º m. 16 e s.

integridade pessoal, a liberdade física e de consciência, bem como outros interesses individuais de natureza pessoal e patrimonial como a honra, a inviolabilidade do domicílio e da correspondência ou a propriedade, *etc.*, comumente agregados sob a designação de *direitos de liberdade*²⁰⁰³ (*Freiheitsrechte*²⁰⁰⁴). Esta função de defesa postula uma relação bilateral²⁰⁰⁵ entre o Estado e o cidadão, na qual os direitos fundamentais são opostos ao Estado como barreiras para deter os ataques que este pretenda desferir sobre o particular. Sob este prisma, os direitos fundamentais são concebidos como autênticos direitos subjectivos detidos pelo cidadão na sua relação com o Estado e que ele pode opor ao Estado.

Os direitos fundamentais são aqui, em suma, *direitos de defesa*²⁰⁰⁶ (na terminologia alemã, *Abwehrrechte*²⁰⁰⁷), nomeadamente, de defesa *contra o Estado*, sendo portanto encarados como *direitos subjectivos de defesa*²⁰⁰⁸. Contraponto dos direitos subjectivos imanentes aos direitos fundamentais enquanto direitos de defesa dos cidadãos é, por sua vez, o dever que sobre o Estado recai de se abster de os ofender²⁰⁰⁹. Via de regra, o Estado encontra-se proibido de ameaçar, atacar, agredir, lesar, *etc.* direitos fundamentais das pessoas. Quando, porém, deva intrometer-se na esfera dos direitos fundamentais, continua o Estado obrigado a deixar intacto o seu núcleo essencial e a conformar a sua ingerência pelo princípio da proibição do excesso (art. 18.º, n.ºs 2 e 3, da CRP). Uma vez que, num Estado de direito material, é pelo direito penal que um cidadão pode sofrer a mais pesada compressão dos seus direitos de

²⁰⁰² ANDRADE, Vieira de, ⁵*Os Direitos Fundamentais*, p. 98, e ROMANO, Mario, “La legittimazione delle norme penali: ancora su limiti e validità della teoria del bene giuridico”, *Criminalia*, 2011, p. 36.

²⁰⁰³ CANOTILHO, Gomes, ⁷*Direito Constitucional*, p. 395, e MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional, Tomo IV: Direitos Fundamentais*, 5.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 100 e ss.

²⁰⁰⁴ PIEROTH, Bodo / SCHLINK, Bernhard, *Grundrechte Staatsrecht, II*, 28.ª ed., Heidelberg, C. F. Müller, 2012, n.º m. 37, e desenvolvidamente, ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, p. 309 e ss.

²⁰⁰⁵ ISENSEE, “Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht”, n.º m. 4 e ss.

²⁰⁰⁶ Entre nós, por outros, ANDRADE, Vieira de, ⁵*Os Direitos Fundamentais*, pp. 51 e ss. e 107 e ss., CANOTILHO, Gomes, ⁷*Direito Constitucional*, p. 407 e s., e MIRANDA, Jorge / SILVA, Jorge Pereira da, ²*Constituição Portuguesa Anotada*, I, Art. 18.º, p. 342.

²⁰⁰⁷ Cf., por todos, Ac. do TC Federal alemão de 15-01-1958, no caso Lüth, *BVerfGE* 7, 198, p. 204, ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, p. 174 e ss., e ISENSEE, “Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht”, n.ºs m. 2 e ss. e 47 e ss.

²⁰⁰⁸ Assim, KLEIN, Eckart, “Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates”, p. 1635, e SARLET, Ingo Wolfgang, “Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais: o direito penal entre proibição de excesso e de insuficiência”, *BFDUC*, vol. 81, 2005, p. 345.

²⁰⁰⁹ Como adverte NOVAIS, Jorge Reis, *As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 72, não será, em todo o caso, correcto associar a esta função de defesa apenas uma dimensão subjectiva dos direitos fundamentais, dado que o dever de abstenção que neste contexto se projecta sobre o Estado assume uma natureza objectiva. Ainda neste sentido, ISENSEE, “Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht”, n.ºs m. 144 e 194.

liberdade às mãos do Estado, é evidentemente nesta face dos direitos fundamentais como direitos de defesa dos cidadãos que entronca toda a discussão jurídico-penal orientada pelo propósito de limitação do poder punitivo penal do Estado, incluindo, logo à cabeça, o paradigma do bem jurídico que nela avulta²⁰¹⁰. Um paradigma que, como aponta Hassemer, se inscreve pois na “clássica função dos direitos fundamentais como direitos de defesa”²⁰¹¹. Com efeito, não é seguramente obra do acaso, mas antes sinal de uma indissolúvel imbricação mútua, que o ideário iluminista e liberal haja sido o berço tanto do pensamento penal do bem jurídico²⁰¹², como da mundivisão constitucional dos direitos fundamentais como direitos de defesa. Tanto assim, que “o aspecto primeiro e mais relevante na história dos direitos fundamentais parece ter sido o da protecção contra a detenção e incriminação arbitrárias”²⁰¹³.

Concebidos os direitos fundamentais (apenas) como direitos de defesa em face do Estado, não será pela sua força legitimadora que poderão justificar-se as intervenções estaduais de facto direccionadas para a tutela de valores jusfundamentais. Numa estilização do puro Estado liberal, na qual os direitos fundamentais só relevem através da sua função de defesa, à sua vista “o Estado não cumpre qualquer dever de asseguramento ou de garantia de realização das liberdades jusfundamentais”²⁰¹⁴, já que a concreta materialização da liberdade juridicamente garantida é deixada nas mãos das iniciativas individuais e sociais.

É claro que mesmo num contexto exasperadamente liberal como este não deixa de existir direito penal, que, aliás, como sempre, vê na tutela de bens jusfundamentais o seu campo privilegiado de acção. Só que aí o seu fundamento legitimador não é pedido à categoria dos direitos fundamentais, que persiste “apenas” como barreira ao poder punitivo do Estado²⁰¹⁵, mas assenta na tradicional e genérica função do Estado de

²⁰¹⁰ Esta concepção do bem jurídico antes e acima de tudo como um freio ao poder penal do Estado transparece muito nitidamente em toda a obra de Figueiredo Dias e de Claus Roxin, porventura os mais estrénuos defensores da ideia de bem jurídico nas doutrinas penais portuguesa e alemã – cf., por último, DIAS, Figueiredo, “O «direito penal do bem jurídico» como princípio jurídico-constitucional”, *passim*, e ROXIN, Claus “El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 15-01, 2013, *passim*.

²⁰¹¹ HASSEMER, “Darf es Straftaten geben...”, p. 59.

²⁰¹² Cf. ANDRADE, Costa, *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, p. 42 e ss., ROXIN, ⁴AT, § 2, n.º m. 7 e ss., DIAS, Figueiredo, “O «direito penal do bem jurídico» como princípio jurídico-constitucional”, p. 33, e SCHÜNEMANN, “Das Rechtsgüterschutzprinzip als Fluchtpunkt...”, p. 137 e ss.

²⁰¹³ ANDRADE, Vieira de, ⁵*Os Direitos Fundamentais*, p. 52, nota 4.

²⁰¹⁴ BÖCKENFÖRDE, “Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation”, p. 1531.

²⁰¹⁵ Em sentido próximo, os juízes Rupp-v.Brünneck e Simon na sua já mencionada declaração de voto ao Ac. do TC alemão de 25-02-1975, *BVerfGE* 39, 1, p. 73.

garantia da segurança e da paz pública²⁰¹⁶. Como esclarece Vieira de Andrade, nesta visão das coisas tanto a actividade penal, como outras actividades que o Estado ao longo dos tempos chamou a si seriam “consideradas tarefas essenciais ligadas, *por definição*, à própria existência da comunidade política e o seu desempenho era predominantemente entendido como o exercício de uma função comunitária de interesse geral, e *não enquanto meio de protecção dos direitos individuais*”²⁰¹⁷.

§ 28.2 O desvelamento da dimensão objectiva dos direitos fundamentais

1. A função de protecção de direitos fundamentais pelo Estado através do direito penal que, como vem de se dizer, ia apenas implícita²⁰¹⁸ na missão geral estadual de preservação da segurança e da realização da justiça acaba por entrar em força na discursividade da(s) teoria(s) dos direitos fundamentais quando, a par de uma dimensão subjectiva, a estes passa a ser por ela(s) reconhecida também uma *dimensão objectiva*.

Este movimento de interpenetração do conceito material de crime na lógica dos direitos fundamentais que ficou a dever-se à objectivização da categoria dos direitos fundamentais representa mesmo um dos exemplos mais claros e significativos da visão de Robert Alexy de que “a dimensão objectiva dos direitos fundamentais constitui o mais importante instrumento da dogmática dos direitos fundamentais do pós-guerra para a aquisição de um novo conteúdo de jusfundamentalidade”²⁰¹⁹. A partir daqui, isto é, do generalizado reconhecimento de uma faceta objectiva aos direitos fundamentais, não mais o esforço legitimador do direito penal pode manter-se à margem deste novo *acquis* da ciência constitucional. E será tanto mais assim quanto ele aflora a propósito de bens jurídicos como a vida, a integridade física ou a liberdade de expressão e assim se projecta inescapavelmente sobre aquele que é o núcleo essencial do próprio direito penal clássico. Sendo embora certo que o direito penal estende a sua força de tutela bem para além do domínio dos direitos fundamentais, abrangendo ainda o vasto mundo dos

²⁰¹⁶ PULITANÒ, “Obblighi costituzionali di tutela penale?”, p. 514 e ss., PIETRZAK, Alexandra, “Die Schutzpflicht im verfassungsrechtlichen Kontext”, p. 748, e STERN, Klaus, “Die Schutzpflichtenfunktion der Grundrechte: Eine juristische Entdeckung”, *Die Öffentliche Verwaltung*, 2010, p. 242.

²⁰¹⁷ ANDRADE, Vieira de, *Os Direitos Fundamentais*, p. 138.

²⁰¹⁸ Nesta direcção, PINTO, Paulo Mota, “O direito ao livre desenvolvimento da personalidade”, *in: Portugal-Brasil Ano 2000*, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, p. 190, e CANOTILHO, Gomes, “Omissões normativas e deveres de protecção”, p. 111.

²⁰¹⁹ ALEXY, Robert, “Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen”, *Der Staat*, 1990, p. 49.

bens jurídicos referidos à organização económica e à organização e estruturação do Estado de direito democrático, não pode deixar de reconhecer-se que, a haver um *Kernbereich* do direito penal, é ali que ele pode ser encontrado, na esfera dos bens jusfundamentais. Tendo o pensamento jurídico-constitucional evoluído no sentido de, através da componente objectiva dos direitos fundamentais, acolher e acomodar no seu seio a acção penal dirigida à tutela de bens jurídicos com relevo jusfundamental, inserindo-a assim num contexto mais amplo de justificação e fundamentação da acção do Estado em prol da protecção e promoção de direitos fundamentais, parece-nos que a reflexão em torno do conceito material de crime e suas relações com o conceito de contra-ordenação deve tomá-lo em decisiva conta.

Resultado de um longo e complexo processo influenciado pelas sucessivas vagas de mutações políticas, sociais e económicas do ocidente europeu²⁰²⁰ e da confluência de distintas correntes dogmáticas²⁰²¹, a natureza objectiva dos direitos fundamentais aparece-nos hoje como um dado perfeitamente adquirido e consolidado no nosso pensamento constitucional, essencialmente sob directa influência alemã.

Sinal de que a proposição de que os direitos fundamentais exprimem uma *dupla natureza subjectiva e objectiva* se encontra já tão enraizada entre nós que é assumida como incontestada²⁰²² na nossa doutrina²⁰²³ e jurisprudência constitucionais²⁰²⁴ são as seguintes expressivas considerações tecidas pela Conselheira Maria Lúcia Amaral na sua declaração de voto ao Ac. do TC n.º 101/2009: “é mais que sabido (...) que as

²⁰²⁰ ANDRADE, Vieira de, *Os Direitos Fundamentais*, p. 51 e ss.

²⁰²¹ BÖCKENFÖRDE, “Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation”, p. 1532 e ss.

²⁰²² Como refere NOVAIS, Jorge Reis, *As Restrições aos Direitos Fundamentais*, p. 58, “a doutrina acaba por partir, *quase invariavelmente*, de um duplo carácter (Hesse, Häberle) ou de uma dupla dimensão dos direitos fundamentais, a objectiva e a subjectiva” (it. nosso). Afirmando igualmente o largo domínio desta posição na doutrina constitucional alemã, UNRUH, Peter, *Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten*, Berlin, Duncker & Humblot, 1996, p. 17 e ss., e em data mais próxima, STERN, Klaus, “Die Schutzpflichtenfunktion der Grundrechte”, p. 243.

²⁰²³ Pela aceitação da dupla natureza subjectiva e objectiva dos direitos fundamentais, embora com flutuações não despidiendas acerca da preponderância ou não do lado subjectivo, CANOTILHO, Gomes, *Direito Constitucional*, pp. 407 e ss. e 1255 e ss., ANDRADE, Vieira de, *Os Direitos Fundamentais*, p. 107 e ss., LOUREIRO, João Carlos, *O Procedimento Administrativo entre a Eficiência e a Garantia dos Particulares (Algumas Considerações)*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, p. 180 e ss., PINTO, Paulo Mota, “O direito ao livre desenvolvimento da personalidade”, p. 187 e ss., QUEIROZ, Cristina M. M., *Direitos Fundamentais (Teoria Geral)*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, p. 96 e ss., NOVAIS, Jorge Reis, *As Restrições aos Direitos Fundamentais*, p. 57 e ss., MIRANDA, Jorge / SILVA, Jorge Pereira da, *Constituição Portuguesa Anotada*, I, Art. 18.º, p. 397 e ss., e ABRANTES, José João, “Labour contract and fundamental rights”, *BFDUC*, 2004, p. 613 e s.

²⁰²⁴ Cf. logo o Ac. do TC n.º 85/85 (IVG II), pronunciando-se sobre o relevo constitucional da vida intra-uterina: “a vida intra-uterina não é constitucionalmente irrelevante ou indiferente, sendo antes um bem constitucionalmente protegido, compartilhando da protecção conferida em geral à vida humana enquanto *bem constitucional objectivo*” (it. nosso).

normas constitucionais que consagram direitos fundamentais não têm apenas dimensões subjectivas. Não se limitam à previsão de estruturas subjectivas que integrem *direitos* susceptíveis de ser invocados pelos seus titulares perante o Estado ou perante a comunidade; para além disso, exprimem elas a decisão constituinte de proteger *objectivamente* certos bens jurídicos enquanto componentes estruturais básicas de toda a ordem infraconstitucional, de tal modo que, perante tais bens – *e ainda que não exista uma pretensão subjectiva da parte de quem quer que seja* – esteja obrigado o legislador ordinário a certos deveres de protecção”.

A *natureza objectiva dos direitos* fundamentais está longe, porém, de assumir um significado unívoco. Sob esta chancela abrigam-se projecções tão variadas dos direitos fundamentais como o do seu efeito irradiador sobre todos os domínios da ordem jurídica, o do dever de protecção, o da protecção jusfundamental nos e através dos procedimentos e organizações ou o das garantias institucionais²⁰²⁵. Por isso se diz que o seu conteúdo é tudo menos claro²⁰²⁶, prestando-se a ser usado como um *joker* ao serviço das mais variadas disputas jurídico-constitucionais²⁰²⁷. Seja como for, parece existir actualmente um mínimo denominador comum no sentido de a natureza objectiva dos direitos fundamentais se traduzir “em direitos de conformação institucional e de organização e procedimento, bem como em deveres de prestações e de protecção que impendem objectivamente sobre o Estado”²⁰²⁸.

A concepção dos direitos fundamentais (também) como bens constitucionais objectivos que de há muito faz curso no pensamento constitucional português tem a sua raiz directa num continuado e nunca revertido percurso trilhado pela jurisprudência constitucional alemã desde meados do século XX, seguido e desenvolvido *pari passu* pela doutrina constitucional germânica. Esta (re)descoberta do carácter axiológico objectivo dos direitos fundamentais como qualidade jurídica autónoma consumou-se, segundo Böckenförde, em dois actos: um, o da compreensão do domínio global dos direitos fundamentais como ordem objectiva de valores e como sistema axiológico com

²⁰²⁵ Cf., por outros, VOßKUHLE / KAISER, “Grundwissen – Öffentliches Recht: Funktionen der Grundrechte”, p. 412 e s.

²⁰²⁶ ALEXY, “Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen”, p. 51, e ANDRADE, Vieira de, *Os Direitos Fundamentais*, p. 108 e ss. – a este destaque do carácter polifórmico da dimensão objectiva e à denúncia da sua concomitante ambiguidade que divisamos em Robert Alexy e Vieira de Andrade não será provavelmente alheio o esforço de (re)subjectivização dos direitos fundamentais que um e outro desenvolvem.

²⁰²⁷ Jürgen Schwabe, *Probleme der Grundrechtsdogmatik*, 1977, p. 286, *apud* NOVAIS, Jorge Reis, *As Restrições aos Direitos Fundamentais*, p. 67, nota 75.

²⁰²⁸ NOVAIS, Jorge Reis, *As Restrições aos Direitos Fundamentais*, p. 67.

aspiração de validade em todo o ordenamento jurídico; e o outro, o da concepção dos específicos direitos fundamentais como normas fundamentais jurídico-objectivas portadoras de uma decisão axiológica²⁰²⁹. Os traços essenciais de um e de outro encontravam-se já bem marcados na experiência constitucional alemã quando Portugal passou a dispor de uma nova Constituição para um Estado de direito democrático e a contar com uma justiça constitucional, tendo contribuído decisivamente para que a dogmática constitucional nacional em matéria de direitos fundamentais houvesse sido desde sempre desenvolvida sob o signo da natureza objectiva dos direitos fundamentais.

2. Na génese deste movimento em dois actos a que se refere Böckenförde está o célebre caso Lüth, objecto do Acórdão do *Bundesverfassungsgericht* de 15 de Janeiro de 1958²⁰³⁰. Em causa estava o exercício do direito à liberdade de expressão de pensamento do crítico de cinema Erich Lüth, no entender do Tribunal Constitucional Federal violado por decisão judicial que o havia condenado a abster-se de apelar ao boicote de um novo filme realizado por um cineasta com um passado recente estreitamente ligado ao regime nazi. Na base da decisão esteve todo um novo entendimento sobre a natureza dos direitos fundamentais. Mantendo embora o princípio de que os direitos fundamentais devem, antes de mais, ser concebidos como esferas de liberdade do cidadão, para sua salvaguarda perante as ameaças providas do poder público, e assim, portanto, como direitos de defesa contra o Estado²⁰³¹, o Tribunal reconheceu ainda nos direitos fundamentais uma natureza distinta desta, de feição já não subjectiva, mas *objectiva*: “exacto é também, porém, que a Lei Fundamental, que de modo algum pretende constituir-se como ordenação axiologicamente neutra (...), postulou igualmente, no seu capítulo respeitante aos direitos fundamentais, uma ordem objectiva de valores e que é precisamente daí que em princípio deriva uma intensificação da força de vigência dos direitos fundamentais (...). Este sistema axiológico (...) deve valer, enquanto decisão fundamental jurídico-constitucional, em todos os domínios do direito”²⁰³².

Surge aqui, neste caso Lüth, o reconhecimento do sistema dos direitos fundamentais como sistema axiológico jusconstitucional de carácter objectivo. E é nele

²⁰²⁹ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, “Grundrechte als Grundsatznormen”, *Der Staat*, 1990, p. 4.

²⁰³⁰ *BVerfGE* 7, 198. Para uma análise exaustiva deste caso, CANARIS, Claus-Wilhelm, *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, Coimbra, Almedina, 2003, p. 43 e ss. e *passim*.

²⁰³¹ *BVerfGE* 7, 198, p. 204.

²⁰³² *BVerfGE* 7, 198, p. 205.

que surge também, simultaneamente, no fluir da tomada de decisão no sentido do repúdio à limitação do direito fundamental à liberdade de expressão, a concepção de que a ordem objectiva de valores encerrada no sistema dos direitos fundamentais projecta um efeito de irradiação (*Ausstrahlungswirkung*) sobre toda a ordem jurídica²⁰³³. Trata-se, no fundo, de fazer valer o primado da Constituição sobre a legislação ordinária, de modo a que, além do mais, o direito infraconstitucional seja valorado e interpretado em conformidade com as decisões axiológicas jurídico-objectivas emanadas dos direitos fundamentais constitucionalmente reconhecidos²⁰³⁴. Isto o que já levou o nosso Tribunal Constitucional, perfilhando esta concepção, a considerar que “as normas sobre direitos fundamentais, *enquanto princípios objectivos*, valem para todos os âmbitos do direito”, entendendo ainda inclusivamente que “todos os princípios materiais relevantes para a «fundamentação jusfundamental» têm este *poder de irradiação*: o princípio do Estado de direito, a ideia de justiça, a máxima da proporcionalidade são capazes de abarcar positivamente as normas reguladoras de competências privadas”²⁰³⁵.

Uma vez desenhados os direitos fundamentais não apenas com um perfil subjectivo, mas também com um perfil objectivo cunhado através da sua qualificação como ordem axiológica encontrava-se aberto o caminho para que por seu intermédio passassem eles a assumir uma nova função, aliás, ao menos nos domínios do direito público sancionatório, bem mais intensa e preñe de consequências do que aquela relacionada com um seu “mero” efeito irradiador²⁰³⁶.

3. Em causa está agora o *dever estadual de protecção de direitos fundamentais*²⁰³⁷, que, tal outras emanações jusfundamentais, nasce também a partir da dimensão objectiva dos direitos fundamentais²⁰³⁸. Na sugestiva imagem de Josef Isensee, “a

²⁰³³ BVerfGE 7, 198, p. 207. Sobre o efeito irradiador dos direitos fundamentais, desenvolvidamente e com amplas referências bibliográficas, NOVAIS, Jorge Reis, *As Restrições aos Direitos Fundamentais*, p. 80 e ss.

²⁰³⁴ Cf. BVerfGE 7, 198, p. 208 e s.

²⁰³⁵ Ac. do TC n.º 259/98 (it. nosso).

²⁰³⁶ No âmbito da doutrina criminal, a estreita conexão entre o direito penal e o direito processual penal e esta ordem objectiva de valores foi logo identificada por SAX, “Grundsätze der Strafrechtspflege”, p. 909 e s., em 1959, tomando precisamente o acórdão Lüth como decisão de referência.

²⁰³⁷ Parecendo, todavia, inclinado a integrar a eficácia de irradiação dos direitos fundamentais na figura do dever de protecção, SILVA, Jorge Pereira da, *Dever de Legislar e Protecção Judicial contra Omissões Legislativas. Contributo para uma Teoria da Inconstitucionalidade por Omissão*, Lisboa, Univ. Católica Editora, 2003, p. 44.

²⁰³⁸ Filiando também o dever de protecção na vertente objectiva dos direitos fundamentais, BÖCKENFÖRDE, “Grundrechte als Grundsatznormen”, p. 12, KLEIN, Eckart, “Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates”, p. 1636, ISENSEE, “Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche

«ordem objectiva de valores» constitui a sopa primordial hermenêutica da qual não param de brotar novas funções, particularmente os diversos deveres de protecção, entre os quais o dever (jus)estadual de protecção de direitos fundamentais²⁰³⁹. Apesar de apenas judicialmente postulado e doutrinariamente desenvolvido somente umas duas décadas depois do caso Lüth, não tardou a que, num plano sistemático, o dever de protecção passasse a “representar o conceito central da dimensão jurídico-objectiva dos direitos fundamentais”²⁰⁴⁰. Para tanto, terá seguramente contribuído o seu relevo directo para fundar uma recompreensão sobre o exercício do poder legislativo com significado para os direitos fundamentais em todas as áreas jurídicas, incluindo as do direito público sancionatório. Mas terá contribuído também o apelo que a ele foi feito no âmbito do direito privado, sobretudo por acção de Canaris²⁰⁴¹, em ordem a um novo enquadramento dogmático do influxo do direito constitucional sobre o direito civil, ao ponto de a doutrina do dever de protecção ter logrado suplantar a tese do efeito irradiador²⁰⁴² e representado um ponto de fuga para ultrapassar a velha querela acerca da aplicabilidade mediata ou imediata dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas²⁰⁴³.

Uma vez mais, foi o Tribunal Constitucional Federal alemão o principal impulsionador do dever estadual de protecção como função dos direitos fundamentais²⁰⁴⁴, abrindo e desbravando o amplo espaço dogmático que hoje a figura ocupa.

Claramente indiciador do seu elevado significado para a discussão jurídico-penal acerca do conceito material de crime é logo o facto de na sua génese ter estado um problema central do direito penal clássico, a exclusão da responsabilidade penal da interrupção voluntária da gravidez fundada numa solução do prazo, independentemente, portanto, de qualquer indicação médica, eugénica, criminológica, socio-económica ou

Schutzpflicht”, n.º m. 158 e ss., NOVAIS, Jorge Reis, *As Restrições aos Direitos Fundamentais*, p. 89, e SARLET, Ingo, “Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais”, p. 343 e ss.

²⁰³⁹ ISENSEE, “Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht”, n.º m. 159.

²⁰⁴⁰ BÖCKENFÖRDE, “Grundrechte als Grundsatznormen”, p. 12, com a concordância de NOVAIS, Jorge Reis, *As Restrições aos Direitos Fundamentais*, p. 80 e ss.

²⁰⁴¹ Cf. CANARIS, Claus-Wilhelm, “Grundrechte und Privatrecht”, *Archiv für die civilistische Praxis*, vol. 184, 1984, p. 225 e ss. e *passim*.

²⁰⁴² CANARIS, *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, pp. 47 e ss. e 58 e s.

²⁰⁴³ Cf. ANDRADE, Vieira de, *Os Direitos Fundamentais*, pp. 229 e ss. e 239 e ss., e NOVAIS, Jorge Reis, *Direitos Fundamentais: Trunfos contra a Maioria*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, p. 69 e ss.

²⁰⁴⁴ UNRUH, Peter, *Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten*, p. 18, e ISENSEE, “Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht”, n.º m. 26.

outra²⁰⁴⁵. O tema foi, evidentemente, objecto de um amplo e cerrado debate penal, que, porém, quanto à sua repercussão sobre a questão de fundo da legitimação do direito penal, se centrou sobretudo em saber se da Constituição decorreriam imposições implícitas de criminalização²⁰⁴⁶. Todavia, em geral ficou por considerar e levar a discussão para o plano no âmbito do qual o dever de protecção nos parece poder ser especialmente virtuoso no domínio penal, o da sua adopção, em conjugação com a ideia de bem jurídico, como esteio fundamentador e legitimador de carácter geral das escolhas da criminalização.

§ 28.3 A génese jurisprudencial da função do dever estadual de protecção e seu acolhimento na jurisprudência constitucional portuguesa

1. Ponto de partida para o desenvolvimento da função de protecção dos direitos fundamentais através do Estado foi o Acórdão do Tribunal Constitucional Federal alemão de 25 de Fevereiro de 1975, no qual foi submetido a apreciação de constitucionalidade um acto legislativo parlamentar que, entre outras medidas, determinava a não punibilidade penal da interrupção voluntária da gravidez se realizada até à 12.^a semana da gestação²⁰⁴⁷. Pela primeira vez²⁰⁴⁸, cerne do problema de constitucionalidade jurídico-penal seria não a questão da legitimidade para criminalizar um comportamento, mas antes a questão inversa, a da *legitimidade constitucional da não incriminação* de uma determinada conduta. Nessa medida, não estando em discussão uma possível intromissão do Estado no reduto das liberdades dos cidadãos, seria inútil e até destituído de sentido o apelo à tradicional concepção dos direitos fundamentais como direitos subjectivos de defesa perante agressões do Estado. Donde, pretendendo-se, ainda assim, situar a problemática no quadro dos direitos fundamentais sempre seria necessário recorrer a uma outra função jusfundamental, que não aquela função de defesa, para erigir o direito fundamental em apreço a parâmetro de

²⁰⁴⁵ Cf. DIAS, Figueiredo / BRANDÃO, Nuno, ²Comentário Conimbricense do Código Penal, I, Art. 142.º, § 26 e ss.

²⁰⁴⁶ Cf., v. g., MÜLLER-DIETZ, Heinz, “Zur Problematik verfassungsrechtlicher Pönalisierungsgebote”, p. 97 e ss., DRIENDL, Johannes, *Zur Notwendigkeit und Möglichkeit einer Strafgesetzgebungswissenschaft in der Gegenwart*, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1983, pp. 12 e ss. e 33 e ss., e na doutrina portuguesa CUNHA, Maria da Conceição, «Constituição e Crime», pp. 271 e ss. e 363 e ss.

²⁰⁴⁷ BVerfGE 39, 1.

²⁰⁴⁸ MÜLLER-DIETZ, Heinz, “Zur Problematik verfassungsrechtlicher Pönalisierungsgebote”, p. 99, e PAULDURO, Aurelia, *Die Verfassungsgemäßheit von Strafrechtsnormen*, p. 92.

constitucionalidade do acto legislativo despenalizador²⁰⁴⁹. E foi precisamente isso que sucedeu, assim se manifestando no âmbito *penal* o segundo acto no sentido da objectivização dos direitos fundamentais identificado por Böckenförde, a consideração de um específico direito fundamental, e já não apenas do catálogo dos direitos fundamentais em geral, como norma fundamental jurídico-objectiva²⁰⁵⁰.

Como logo se percebe, o bem jurídico portador de dignidade constitucional jusfundamental afectado pelo acto legislativo de recuo da intervenção penal sujeito ao juízo de constitucionalidade seria já não, como em regra sucede na apreciação da constitucionalidade de uma incriminação, a liberdade dos potenciais infractores da norma penal, mas o bem jurídico cuja tutela passaria a deixar de ser assegurada pela incriminação do aborto. No caso, o bem jurídico *vida humana*, dado que, na perspectiva do Tribunal, o direito fundamental à vida consagrado no art. 2.º, n.º 2, 1., da GG, “protege também a vida em desenvolvimento no ventre materno como bem jurídico autónomo”²⁰⁵¹, sendo o aborto inclusivamente qualificado como uma conduta homicida²⁰⁵².

É nesta base, e portanto no quadro hermenêutico dos direitos fundamentais, que pela primeira vez o Tribunal Constitucional Federal aponta, assumida e expressamente²⁰⁵³, para a existência de um *dever* estadual de protecção dos direitos fundamentais, mais precisamente, da vida intra-uterina: “o dever de protecção do Estado é global. Ele não só proíbe – como é por demais evidente – ingerências estaduais directas na vida em desenvolvimento, como também impõe ao Estado que proteja e promova esta vida, isto é, e acima de tudo, que também a defenda de agressões ilícitas provindas de terceiros. (...) Esta obrigação de protecção do Estado tem de ser levada tanto mais a sério quanto mais elevado for o grau de importância do bem jurídico em apreço na ordem axiológica da Lei Fundamental”²⁰⁵⁴.

²⁰⁴⁹ Assim, logo, como referimos já, a declaração de voto dos juízes Rupp-v.Brünneck e Simon ao Acórdão em análise – cf. *BVerfGE* 39, 1, p. 69 e ss.

²⁰⁵⁰ BÖCKENFÖRDE, “Grundrechte als Grundsatznormen”, p. 4.

²⁰⁵¹ *BVerfGE* 39, 1, p. 36.

²⁰⁵² *BVerfGE* 39, 1, p. 46.

²⁰⁵³ E dizemos *assumida e expressamente*, porque segundo CANARIS, *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, p. 82 e ss., a ideia do dever de protecção se encontrava já *implícita* num Acórdão de 1961 (*BVerfGE* 25, 256), relativo uma questão cível em matéria de liberdade de imprensa: “A finalidade da liberdade de imprensa, de facilitar e garantir a formação de uma opinião pública livre, exige por isso a protecção (!) da imprensa contra tentativas de afastar a concorrência de opiniões através de meios de pressão económicos” (p. 84).

²⁰⁵⁴ *BVerfGE* 39, 1, p. 42.

Dado que a concreta questão com que o Tribunal se debatia era a da decisão legislativa de passar a não garantir a tutela penal nas interrupções voluntárias da gravidez realizadas até às 12 semanas, cumpria então ponderar se esta abstenção de intervenção penal seria compatível com o dever constitucional incidente sobre o Estado de assegurar uma protecção efectiva do bem jurídico. E a resposta foi negativa, ditando uma conclusão no sentido da nulidade da lei por incompatibilidade com o direito à vida (art. 2.º, n.º 2, 1., da GG) em conjugação com o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1.º, n.º 1, da GG) constitucionalmente plasmados. Isto, não propriamente, como veremos infra mais de espaço, em função de uma absoluta e férrea imposição constitucional de atribuição de relevo penal à conduta legalmente despenalizada, mas antes por se ter entendido que sem essa intervenção penal não seria possível assegurar uma tutela *adequada e eficaz* da vida intra-uterina. Com efeito, considerou o Tribunal que “um dever «absoluto» de punir penalmente” seria de repudiar, antes sendo de afirmar, “dada a inadequação de todos os demais meios, a existência de uma obrigação «relativa» de recurso à ameaça penal”²⁰⁵⁵. Tal dever *relativo* de criminalização funda-se portanto no dever estatal, constitucionalmente fundado, de tutela dos direitos fundamentais, só sendo concretamente aceitável “em casos extremos, nomeadamente, se o imperativo de tutela decorrente da Constituição não puder ser assegurado de nenhum outro modo”²⁰⁵⁶. Quando tal suceda, pode pois o legislador encontrar-se obrigado a lançar mão do direito penal para protecção do bem jurídico carente de tutela.

Esta posição do *Bundesverfassungsgericht* no sentido da existência de um dever de protecção de bens jurídicos subjacentes a direitos fundamentais posto a cargo do Estado justificador e legitimador da legiferação penal e/ou de outras medidas legislativas destinadas a assegurar a sua tutela consolidou-se muito rapidamente, ao ponto de no Acórdão de 8 de Agosto de 1978 (caso Kalkar I) o Tribunal sustentar já que “de acordo com a *jurisprudência constante* do Tribunal Constitucional Federal as responsabilidades jusfundamentais compreendem não apenas direitos de defesa subjectivos do particular perante o poder público, como também simultaneamente decisões axiológicas jurídico-objectivas da Constituição, que são válidas para todos os ramos da ordem jurídica e oferecem linhas de orientação para o legislador, para a

²⁰⁵⁵ BVerfGE 39, 1, p. 47.

²⁰⁵⁶ BVerfGE 39, 1, p. 46 e s.

administração e para a jurisprudência”²⁰⁵⁷. Resulta daqui uma assumpção clara de que o dever de protecção dá corpo a uma função jusfundamental que se não confunde com a função de defesa que também os caracteriza; como resulta ainda, também diferentemente do que com esta sucede, que a função cumprida pelo dever de protecção assenta no *conteúdo objectivo* dos direitos fundamentais, mais precisamente no *radical axiológico* que lhe é imanente.

Nas últimas décadas, esta jurisprudência constitucional alemã assim sumariamente enunciada expandiu-se para lá das questões limite relativas à tutela de um bem jurídico fundamentalíssimo como a vida humana, tendo sido convocada para a apreciação de questões tão díspares como as relacionadas com o exercício dos direitos parentais, a protecção da liberdade pessoal, a segurança perante o terrorismo, a legitimidade da execução de penas criminais e de medidas processuais penais privativas da liberdade, a protecção em face de riscos associados a equipamentos técnicos e a protecção do direito geral de personalidade, bem como de específicos direitos de personalidade ante ameaças a eles dirigidas²⁰⁵⁸.

2. Sob clara e assumida influência desta jurisprudência constitucional alemã, também o Tribunal Constitucional português vem, praticamente desde a sua fundação, guardando fidelidade a uma *concepção dual dos direitos fundamentais*, que passa por qualificá-los como direitos subjectivos de defesa ante o Estado e como princípios²⁰⁵⁹ objectivos portadores de significado axiológico-constitucional. Certamente não por acaso, entre os espécimes jurisprudenciais onde esta visão constitucional se espelha mais nitidamente contam-se os vários acórdãos sucessivamente proferidos em matéria de interrupção voluntária da gravidez²⁰⁶⁰, tanto na apreciação de regimes legais despenalizadores do aborto²⁰⁶¹, como até na fiscalização preventiva da

²⁰⁵⁷ BVerfGE 49, 89, p. 141 e s. (it nosso). Cf. ainda, de permeio, o Ac. de 16-10-1977 (caso Schleyer), BVerfGE 46, 160, p. 164, que teve por objecto um sequestro praticado por um grupo terrorista e estava em causa a tutela da vida humana no confronto com as exigências dos terroristas para libertação da vítima.

²⁰⁵⁸ Para uma referência detida a toda esta casuística, ISENSEE, “Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht”, n.º m. 146 e ss.

²⁰⁵⁹ Para uma compreensão dos direitos fundamentais no quadro da contraposição entre *regras* e *princípios* emanados das normas jusfundamentais, ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, p. 71 e ss.

²⁰⁶⁰ Sobre esta jurisprudência constitucional, cf. o Ac. do TC n.º 75/2010, (11.3), e na doutrina DIAS, Figueiredo, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, I, Nótula antes do art. 142.º, § 9 e ss., e MEDEIROS, Rui / SILVA, Jorge Pereira da Silva, *Constituição Portuguesa Anotada*, I, Art. 24.º, p. 503 e ss.

²⁰⁶¹ Acs. do TC n.ºs 25/84, 85/85 e 75/2010.

constitucionalidade e da legalidade das propostas de referendo nesse âmbito aprovadas pela Assembleia da República²⁰⁶².

Particularmente ilustrativo desta filiação da jurisprudência constitucional portuguesa no pensamento de que os direitos fundamentais comportam uma dimensão objectiva e de que dela deriva uma incumbência estadual de protecção é logo o Acórdão n.º 85/85. Confrontado com a alegação da inconstitucionalidade de uma solução de indicações legalmente adoptada, e procurando explicitar o teor do anterior Acórdão n.º 25/84, frisou aquele aresto n.º 85/85 que “a vida intra-uterina compartilha da protecção que a Constituição confere à vida humana enquanto bem constitucionalmente protegido (isto é, *valor constitucional objectivo*)”, não sendo, por conseguinte, constitucionalmente irrelevante ou indiferente, mas antes configurando um “bem constitucional objectivo”. Isto assente, considerou ainda o Tribunal Constitucional que valeria aqui o princípio de que “os bens ou valores constitucionalmente protegidos em geral, tenham ou não a natureza de direitos fundamentais, *exigem do Estado* (a começar do legislador) pelo menos duas coisas: a) que ele mesmo não atente contra eles; b) que *os proteja dos atentados de outrem*”²⁰⁶³. Em suma, e na esteira da concepção alemã, temos pois uma consideração dos direitos fundamentais como direitos de defesa face ao Estado e ainda também como imperativos de tutela colocados na responsabilidade do Estado. Imperativos estes que, em todo o caso, concluiu o Tribunal – não sem numerosos votos de vencido, apesar de em causa estar não uma solução de prazo, como a que justificou a inconstitucionalidade ditada na Alemanha, mas apenas um modelo de indicações! – não iam ao ponto de exigir uma intervenção penal nas situações de necessidade²⁰⁶⁴ legalmente previstas para justificar a interrupção voluntária da gravidez;

²⁰⁶² Acs. do TC n.ºs 288/98, 578/2005 e 617/2006.

²⁰⁶³ Ac. do TC n.º 85/85 (it. nosso). Já nesta direcção, em termos mais desenvolvidos, mas concluindo pela inconstitucionalidade, ia a declaração de voto do Conselheiro J. M. Cardoso da Costa ao anterior Ac. do TC n.º 25/84: “De resto, sendo a questão em apreço a da conformidade de determinadas normas com um princípio constitucional, bem pode dispensar-se na sua análise o lado subjectivo considerado, pois que há de ser logo directamente o *lado objectivo valorativo desse princípio (o lado objectivo do «direito fundamental» em causa) a fornecer o critério da respectiva solução.* (...) A protecção constitucional da vida humana, incluindo a vida intra-uterina, implica para o Estado, antes de mais, o dever de abster-se de condutas que representem agressões a esse bem ou valor jurídico fundamental (...). Ao lado dela, porém, perfila-se uma *vertente ou dimensão positiva da protecção constitucional*, que se traduz na *obrigação para o Estado de adoptar procedimentos e tomar medidas que salvaguardem e promovam* a possibilidade de cada homem viver a sua vida, na realização do projecto ou destino pessoal único que é o seu. E isto, que se diz para o direito à vida, dir-se-á também, naturalmente, para a *generalidade dos direitos e valores jurídicos fundamentais*” (it. nosso).

²⁰⁶⁴ O Ac. n.º 85/85 deu o devido relevo à situação de necessidade tida em mente pelo legislador ao considerar “que, nos casos contemplados pelas normas em discussão — e só eles estão aqui em causa —, não é sustentável uma obrigação constitucional de penalização. Afigura-se estar-se perante situações de

nesse sentido aduzindo-se ainda o critério do Tribunal Constitucional Federal alemão de que as medidas penais “só serão constitucionalmente exigíveis quando se trate de proteger um direito ou bem constitucional de primeira importância e *essa protecção não possa ser garantida de outro modo*”²⁰⁶⁵.

Um quarto de século decorrido e voltou a ser substancialmente este o enquadramento jurídico-constitucional adoptado pelo nosso Tribunal Constitucional no seu notável Acórdão n.º 75/2010. Em discussão, de novo um regime legal despenalizador da interrupção voluntária da gravidez, desta feita, porém, mediante um modelo de prazo²⁰⁶⁶. Identificando como questão central de constitucionalidade a questão de saber se com a nova disciplina legal da interrupção voluntária da gravidez “o Estado cumpre, ou não, o dever que sobre ele impende de protecção da vida intra-uterina”²⁰⁶⁷, o Tribunal reiterou a sua jurisprudência anterior no sentido de que este bem jurídico é assumido como bem digno e carente de tutela estadual “enquanto bem objectivo”²⁰⁶⁸, projecção da dimensão objectiva que integra o direito fundamental à vida consagrado no art. 24.º da Constituição²⁰⁶⁹. E na ponderação constitucional do dever de protecção que por essa via reconheceu recair sobre o Estado, o Tribunal chamou ao debate o essencial da tese germânica dos imperativos de tutela: “Na fixação dessa disciplina, goza o legislador ordinário de uma ampla margem de discricionariedade legislativa, balizada por dois limites ou proibições, de sinal contrário. Ele deve, por um lado, não desrespeitar a *proibição do excesso* (...). Mas também deve, no pólo oposto, não descurar o valor objectivo da vida humana, que confere ao nascituro (à sua potencialidade de, pelo nascimento, aceder a uma existência autonomamente vivente) dignidade constitucional, como bem merecedor de tutela jurídica. O cumprimento desse dever está sujeito a uma medida mínima, sendo violada a *proibição de insuficiência*

conflito, de tal natureza e gravidade, que não se pode defender ser apropriado ou proporcionado impor à mulher grávida, mediante instrumentos penais, que sacrifique os seus direitos ou interesses constitucionalmente protegidos a favor da persistência da gravidez”.

²⁰⁶⁵ Da conjugação deste critério – mais tarde designado princípio da proibição da insuficiência – com o princípio da proibição do excesso, concluiu o Tribunal pela inexistência de inconstitucionalidade: “(...) entre afirmar isso [também a vida intra-uterina reclama a protecção do Estado] e sustentar que essa protecção tem de revestir, por força da Constituição, natureza penal, mesmo contra a mulher grávida (...), vai uma enorme distância, não podendo por isso partir-se do princípio de que a ausência de protecção penal equivale pura e simplesmente a desamparo e desprotecção”.

²⁰⁶⁶ Sobre este regime legal, constante do art. 142.º do CP (esp. da alínea *e*) do n.º 1), da Lei n.º 16/2007, de 17/4, e da Portaria n.º 741-A/2007, de 21/6, cf. DIAS, Jorge de Figueiredo / BRANDÃO, Nuno, ²*Comentário Conimbricense do Código Penal*, I, Art. 142.º, § 48 e ss.

²⁰⁶⁷ Ac. do TC n.º 75/2010 (11.4.2).

²⁰⁶⁸ Ac. do TC n.º 75/2010 (11.4.3).

²⁰⁶⁹ Ac. do TC n.º 75/2010 (11.4.2), citando o Ac. do TC n.º 288/98.

(“*Untermassverbot*”) quando as normas de protecção ficarem aquém do constitucionalmente exigível”²⁰⁷⁰.

Este quadro hermenêutico penetrado pelas ideias rectoras da natureza objectiva dos direitos fundamentais e do seu correlativo dever estadual de protecção tem ainda assomado, mais ou menos explicitamente, na nossa jurisprudência constitucional a propósito de outros bens jusfundamentais e de regimes legais com atinência contra-ordenacional²⁰⁷¹.

A regulação da proibição de fumar em estabelecimentos fechados – tutelada contra-ordenacionalmente pela Lei n.º 37/2007 (em especial, para o que aqui releva, pelo seu art. 25.º-1, c)) – foi, por exemplo, reconduzida pelo Tribunal Constitucional não só ao direito fundamental de cariz social consagrado no art. 64.º da CRP, o direito à protecção da saúde, como ainda também ao direito à integridade pessoal vertido no art. 25.º-1 da CRP como direito, liberdade e garantia²⁰⁷². Assim, tendo em vista o preceito legal dirigido aos proprietários de determinados estabelecimentos de restauração ou de bebidas, dando-lhes a possibilidade de, sob certas condições, permitirem o fumo no seu espaço²⁰⁷³, o Tribunal situou o(s) bem(ns) jurídico(s) que aí divisou – a saúde e a integridade física das pessoas – na “zona de sobreposição do direito à saúde com o direito à integridade física”. Tendo isto em conta, e sem prejuízo do relevo dado à chamada dimensão negativa do direito à saúde, considerou o Tribunal Constitucional, acompanhando Rui Medeiros, que “o direito fundamental à protecção da saúde exige do Estado-prestador a adopção de condutas activas no sentido da sua promoção, da prevenção e do combate à doença”²⁰⁷⁴. Com isto se vê que, na óptica da nossa

²⁰⁷⁰ Ac. do TC n.º 75/2010 (11.4.3).

²⁰⁷¹ Além das decisões analisadas em texto, cf. ainda o já referido Ac. do TC n.º 101/2009 (I), quanto à não criminalização da maternidade de substituição a título gratuito.

²⁰⁷² Ac. do TC n.º 423/2008.

²⁰⁷³ O busfílis da constitucionalidade estava precisamente aqui, mais precisamente no facto de o acto legislativo sindicado, da autoria da Assembleia Legislativa da Região Autónoma da Madeira, suprimir as várias condições materiais definidas pela lei geral da República para tornar admissível a existência de espaços para fumadores nos estabelecimentos, tudo passando a depender só da decisão do proprietário do estabelecimento.

²⁰⁷⁴ Ac. do TC n.º 423/2008, que, não obstante, nesta parte essencial da fundamentação mereceu considerável número de votos de vencido, na base do entendimento, sintetizado pela Cons. Maria João Antunes, de que “a norma em causa visa proteger a saúde pública – e não o bem jurídico individual da integridade física –, não envolvendo qualquer dimensão negativa de direitos fundamentais que justifique a aplicação do regime dos direitos, liberdades e garantias”. Esta divergência em relação à tese que prevaleceu parece igualmente assumida pelo próprio MEDEIROS, Rui, ²*Constituição Portuguesa Anotada*, I, Art. 64.º, p. 1310 e s., que critica a recondução da questão à esfera dos direitos, liberdades e garantias. Na direcção do Ac. n.º 423/2008, na doutrina alemã, ISENSEE, “Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht”, n.º m. 153.

jurisprudência constitucional, o bem jurídico saúde – seja ele concebido na perspectiva supra-individual da saúde pública, seja ele encarado, como nos parece preferível²⁰⁷⁵, na dimensão individual da integridade física – é credor de protecção estadual em relação às práticas tabágicas dos fumadores e que essa tutela é legalmente cometida ao direito das contra-ordenações.

O dever de protecção voltou a ser tomado como parâmetro de constitucionalidade e de novo a propósito do direito à saúde, agora na específica vertente do direito fundamental juslaboral à “*prestação do trabalho em condições de higiene, segurança e saúde*” (art. 59.º-1, c), da CRP), pelos Acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 187/2010, 269/2010 e 270/2010. Em todos eles, o Tribunal Constitucional deparou-se com a desaplicação por tribunais judiciais do art. 12.º da Lei n.º 7/2009, de 12/2, que aprovou o novo Código do Trabalho, fundada na violação do dever de protecção daquele direito fundamental. E tudo porque através deste preceito o legislador parlamentar, ao que parece inadvertidamente²⁰⁷⁶, revogou as disposições legais que até aí asseguravam tutela sancionatória, no caso contra-ordenacional, à generalidade das prescrições legislativas dirigidas a garantir que a prestação laboral seja desenvolvida em condições de higiene e de segurança e com salvaguarda da saúde dos trabalhadores. Dado que na sucessão de leis laborais foram mantidas intactas as regras legais impositivas dos deveres estabelecidos para esse efeito, em causa não estava a ausência de uma regulação legal concretizadora do direito fundamental à higiene, segurança e saúde no trabalho²⁰⁷⁷. Uma eventual violação do dever de protecção poderia estar antes no vazio legislativo entretanto criado no plano sancionatório com o puro e

Como nota MEDEIROS, Rui, ²*Constituição Portuguesa Anotada*, I, Art. 64.º, p. 1310 e s., embora de novo em sentido discordante, no caso resultava especialmente relevante saber se o acto normativo em análise contendia ou não com a matéria dos direitos, liberdades e garantias, dado que, tendo ele sido aprovado pela Assembleia Legislativa madeirense, uma resposta afirmativa determinaria, como efectivamente acabou por determinar, um juízo de inconstitucionalidade orgânica, por violação dos arts. 165.º-1, b), e 227.º-1, a), da CRP.

²⁰⁷⁵ Cf. supra, § 24.2.

²⁰⁷⁶ Para mais detalhes sobre esta verdadeira trapalhada legislativa, envolvendo ainda uma Declaração de Rectificação para tentar resgatar o regime entretanto legalmente revogado (Declaração de Rectificação n.º 21/2009, que obviamente acabou por ser julgada inconstitucional – cf., por outros, o Ac. do TC n.º 490/2009), RIBEIRO, João Soares, *Contra-Ordenações Laborais. Regime Jurídico (Anotado)*, 3.ª ed., Coimbra, Almedina, 2011, p. 111 e ss.

²⁰⁷⁷ Nesta parte, por isso, a questão assume contornos distintos da da despenalização da interrupção voluntária da gravidez num modelo de prazo, pois que nesta a conduta de aborto atentatória da vida do nascituro é uma conduta *lícita* (pela qualificação da alínea e), do n.º 1 do art. 142.º do CP, como causa de justificação, DIAS, Figueiredo / BRANDÃO, Nuno, ²*Comentário Conimbricense do Código Penal*, I, Art. 142.º, §§ 2 e 48), ao passo que, apesar de contra-ordenacionalmente irrelevante, a infracção aos deveres juslaborais seria *ilícita*, desde logo na esfera do direito privado.

simples desaparecimento de todas as contra-ordenações até aí associadas a tais deveres legais. Ora, foi essencialmente o mesmo arsenal dogmático do dever estadual de protecção de direitos fundamentais e do princípio da insuficiência, muito pouco tempo antes reiterado no referido Acórdão n.º 75/2010 a propósito da interrupção voluntária da gravidez, que o Tribunal Constitucional levou ao seu critério de decisão sobre a questão da inconstitucionalidade fundada na ausência de tutela sancionatória contra-ordenacional para os deveres subsistentes.

Começou o Tribunal por recordar que, mesmo sendo dado cumprimento pelo Estado à imposição legiferante de densificação legal inerente ao direito fundamental em consideração, sempre seria de convir que “não basta estabelecer um quadro normativo que imponha deveres a cargo da entidade patronal, deixando a sua realização prática ao jogo da autonomia privada nas relações entre empregadores e trabalhadores”²⁰⁷⁸. Donde, acrescentou ainda o Tribunal Constitucional, “bem se compreende que o cumprimento dos deveres postos por lei a cargo das entidades patronais em ordem à promoção da segurança, higiene e saúde no trabalho seja tradicionalmente sujeito a fiscalização por parte de entidades públicas (v.gr. organismos de inspecção do trabalho) e que o incumprimento de tais deveres dos empregadores (...) seja *objecto de sanção repressiva*. Isto é, que o incumprimento de tais deveres não acarrete ou não acarrete somente ilicitude contratual, mas constitua *ilícito de mera ordenação social* e, em situações de maior gravidade, até *ilícito penal*”²⁰⁷⁹. Numa palavra, a não ser assim, “a imposição de deveres neste domínio ficaria em larga medida «letra morta»”²⁰⁸⁰; mais se reconhecendo até que “o direito de mera ordenação social é, no nosso ordenamento, o *instrumento de eleição* para assegurar a tutela repressiva da generalidade das infracções a comandos deste tipo”²⁰⁸¹.

²⁰⁷⁸ Ac. do TC n.º 187/2010 (5.).

²⁰⁷⁹ Ac. do TC n.º 187/2010 (5.).

²⁰⁸⁰ Ac. do TC n.º 269/2010 (9.).

²⁰⁸¹ Ac. do TC n.º 187/2010 (8.), ao que o Ac. n.º 269/2010 acrescentou ainda que em comandos deste tipo – isto é, importa precisar, que concretizem um direito económico, social e cultural expressamente consagrado na Constituição como *direito fundamental* – “está em causa o desrespeito por normas ordenadoras da actividade económica e da organização do trabalho, impondo condutas ao empregador, em ordem à prevenção do perigo, geralmente *sem ressonância ética*”. Vai aqui patente o recorrente vício de que enfermam as concepções do critério ético-social (cf. supra, § 14.4), o da sobreposição da mundivisão pessoal e irredutivelmente subjectiva de cada um acerca do significado ético-social de um facto à valoração que a ordem axiológico-constitucional dele faz: determinada regulação legal está ao serviço da densificação e protecção de bens jurídicos correspondentes a direitos que a Constituição erige a direitos fundamentais e, todavia, o juízo do Tribunal Constitucional é de que se trata de comandos legais “geralmente sem ressonância ética”! Neste mesmo sentido crítico em relação à jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, APPEL, Ivo, *Verfassung und Strafe*, p. 242.

Ainda assim, o Tribunal concluiu pela não inconstitucionalidade, pois *i*) não estando em apreciação a abolição de toda a plêiade de contra-ordenações revogadas, mas apenas a específica norma sujeita ao juízo de fiscalização *concreta* de constitucionalidade, seria de entender que da eliminação da contra-ordenação nela prevista não resultaria comprometido o núcleo essencial do direito fundamental em apreço²⁰⁸², e além disso, *ii*) podendo os trabalhadores contar com os meios comuns de defesa dos seus direitos, entre os quais um procedimento cautelar específico, não poderia concluir-se ter a legislação ficado aquém do limiar mínimo determinado pelo princípio da proibição da insuficiência²⁰⁸³.

Como quer que seja, e é isto que nos parece relevar sobremaneira para o nosso problema, esta jurisprudência, quando relacionada com a demais analisada, revela que para o nosso Tribunal Constitucional o dever estadual de protecção *i*) representa uma função de *todos* os direitos fundamentais, *ii*) abrange tanto os direitos fundamentais com a natureza de *direitos, liberdades e garantias*, como aqueles com a natureza de *direitos económicos, sociais e culturais*²⁰⁸⁴, *iii*) é válido quer para o domínio penal, quer para o domínio contra-ordenacional²⁰⁸⁵ e *iv*) tem como critério decisivo de avaliação da constitucionalidade em caso de ausência de tutela sancionatória de bens jusfundamentais o princípio da proibição da insuficiência.

²⁰⁸² Nestes termos, os Acs. do TC n.ºs 187/2010 e 269/2010.

²⁰⁸³ Este, que foi o argumento invocado subsidiariamente pelos Acs. n.ºs 187/2010 e 269/2010, acabou por ser o único aduzido pelo Ac. n.º 270/2010, apesar de o complexo normativo apreciado ser exactamente o mesmo (a supressão da contra-ordenação referida ao dever do empregador de promover a realização de exames de saúde, previsto no art. 245.º, n.ºs 1 e 2, da Lei n.º 35/2004) e de o Tribunal ter funcionado com a mesma composição nos três acórdãos, mudando apenas o relator (naqueles, o Cons. Vítor Gomes; neste, a Cons. Ana Guerra Martins).

²⁰⁸⁴ Sobre a questão da aplicabilidade ou não do dever de protecção jusfundamental ao campo dos direitos sociais, cf. *infra*, § 29., 3.2.

²⁰⁸⁵ Paradigmático, o Ac. do TC n.º 270/2010, ao optar por transpor o critério de decisão usado pelo Ac. n.º 75/2010 no âmbito penal da interrupção voluntária da gravidez para o âmbito contra-ordenacional da higiene, segurança e saúde no trabalho: “Transpondo estas considerações [do Ac. n.º 75/2010] para o campo do ilícito de mera ordenação social, importa, portanto, frisar que a tutela contra-ordenacional de valores constitucionais – tais como a protecção da saúde dos trabalhadores [artigo 59º, n.º 1, alínea *c*), da CRP] – só será constitucionalmente reclamada, quando constitua o único meio de protecção daqueles mesmos valores. O que importa, então, é avaliar se o «princípio da proibição da insuficiência» está a ser respeitado”.

§ 29. O DEVER ESTADUAL DE PROTECÇÃO COMO EXPRESSÃO DO PRINCÍPIO DO ESTADO DE DIREITO

1. Posto que breve, este exercício de análise de alguns dos momentos essenciais da jurisprudência constitucional alemã e nacional relativa ao dever de protecção de direitos fundamentais parece-nos suficiente para que dúvidas não haja de que se trata de uma figura plenamente consolidada na sua prática jurisprudencial, de modo algum podendo ser vista como uma função exótica sem serventia de qualquer espécie para o problema com que nos debatemos. Bem pelo contrário, percebe-se que é a ela que, em derradeira e decisiva instância, os Tribunais Constitucionais vêm recorrendo para tomarem posição sobre as mais críticas e cruciantes²⁰⁸⁶ questões do foro penal suscitadas pelo desguarnecimento da tutela sancionatória dos bens jusfundamentais²⁰⁸⁷.

Ao ser remetido para o campo dos direitos fundamentais, é no âmbito da lógica e com o instrumentário dogmático dos direitos fundamentais que este problema passa a ser considerado pela jurisprudência constitucional. E é-o de uma forma que abre o passo a que *o dever de protecção de direitos fundamentais* se torne no horizonte de compreensão essencial para a legitimação, pela positiva, das decisões legislativas no sentido da intervenção penal ou contra-ordenacional em todo o domínio de tutela dos bens jurídicos de natureza jusfundamental. Dá-se assim expressão, também neste nosso domínio, à ideia-chave, tão bem cunhada por Reis Novais, de que “os direitos fundamentais, na medida em que se concebem também como encargos sociais jurídico-constitucionalmente vinculativos, convertem-se em *fundamentos substanciais da actuação do Estado*, funcionando como *legitimação da sua actividade e determinando*

²⁰⁸⁶ *Cruciante* foi mesmo a expressão dada pelos Conselheiros J. da Costa Aroso (Relator) e J. M. Cardoso da Costa para caracterizar as dúvidas que os acompanharam nas suas tomadas de decisão, em sentidos opostos, no primeiro Acórdão do Tribunal Constitucional sobre a despenalização da interrupção voluntária da gravidez (Ac. do TC n.º 25/84).

²⁰⁸⁷ Além da já amplamente aludida questão da despenalização da interrupção voluntária da gravidez, entrará seguramente neste rol o problema de confronto de vidas contra vidas em caso de sequestro aéreo apreciado pelo Tribunal Constitucional Federal alemão no seu Acórdão de 15-02-2006 (*BVerfGE* 115, 118), tendo por objecto uma lei que autorizava o abate de aeronaves sequestradas por terroristas no caso de suspeita fundada do seu uso para atentado contra vidas humanas em terra (§ 14.3 da Lei de Segurança Aérea, de 11-01-2005): factores essenciais da difícil equação com que o Tribunal se debateu foram, de um lado, o dever estadual de protecção das pessoas (potenciais vítimas) em terra e do outro o dever estadual de abstenção de comportamentos atentatórios contra as vidas das pessoas sequestradas no avião, tendo sido esta função de defesa dos direitos fundamentais que prevaleceu e essencialmente determinou a posição do Tribunal no sentido da inconstitucionalidade. Contra, criticando aquela que dizem ser uma sobrevalorização unilateral dos direitos fundamentais como direitos de defesa, VOSGERAU, Ulrich, “Zur Kollision von Grundrechtsfunktionen. Ein zentrales Problem der Grundrechtsdogmatik”, *AöR*, 2008, p. 360 e ss., e ISENSEE, “Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht”, n.º m. 296 e ss.

constitutivamente, enquanto quadros, impulsos e directivas, *as próprias funções do Estado*”²⁰⁸⁸.

Este horizonte de compreensão assume, em nosso modo de ver, um significado determinante para (justificar) a nossa tomada de posição no sentido da convergência material entre a natureza do *facto* penal e do *facto* contra-ordenacional. Porque assim é, cremos dever chamar à nossa discussão aquele que é hoje o pensamento doutrinal constitucional claramente dominante no âmbito deste tema que ora nos ocupa, o dos imperativos de tutela bens jusfundamentais.

2. Tal como a jurisprudência constitucional nacional, também a doutrina constitucional portuguesa é nesta matéria essencialmente tributária das concepções doutrinárias alemãs desenvolvidas em torno do chamado *Schutzpflicht* (dever de protecção)²⁰⁸⁹. E tal como na Alemanha, onde “a função do dever de protecção dos direitos fundamentais pertence hoje ao indiscutível estado da arte da dogmática dos direitos fundamentais”²⁰⁹⁰; também na doutrina portuguesa é largamente consensual a ideia – já tida como “um adquirido doutrinal”²⁰⁹¹ – de que, além de uma função de defesa do indivíduo contra o Estado, o direito fundamental postula ainda uma função, directamente assente na sua dimensão objectiva e que deve ser cumprida pelo Estado, de protecção do cidadão em relação a ofensas aos seus bens jusfundamentais providas dos seus concidadãos²⁰⁹².

Como se depreende de tudo quanto já se avançou, o dever de protecção constitui uma função jusfundamental que tem um destinatário preciso, o Estado. Consubstancia-

²⁰⁸⁸ NOVAIS, Jorge Reis, *As Restrições aos Direitos Fundamentais*, p. 75 (it. nosso).

²⁰⁸⁹ Por todos, v. g., o já abundantemente referido estudo de ISENSEE, “Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht”, à letra, “o direito fundamental como direito de defesa e como dever estadual de protecção”.

²⁰⁹⁰ STERN, Klaus, “Die Schutzpflichtenfunktion der Grundrechte”, p. 247.

²⁰⁹¹ LOUREIRO, João Carlos, *Constituição e Biomedicina. Contributo para uma Teoria dos Deveres Bioconstitucionais na Esfera da Genética Humana*, Coimbra, FDUC, 2003, p. 315.

²⁰⁹² Acolhendo o essencial da ideia do dever de protecção como projecção da dimensão objectiva dos direitos fundamentais, CUNHA, Maria da Conceição, «*Constituição e Crime*», p. 273 e s., CANOTILHO, Gomes, “Omissões normativas e deveres de protecção”, p. 112 e ss., e ⁷*Direito Constitucional*, pp. 273 e 407 e ss., RIBEIRO, Joaquim de Sousa, “Constitucionalização do direito civil”, p. 747 e ss., PINTO, Paulo Mota, “O direito ao livre desenvolvimento da personalidade”, p. 187 e ss., AMARAL, Diogo Freitas do / MEDEIROS, Rui, “Responsabilidade civil do Estado por omissão de medidas legislativas – o caso Aquaparque”, *RDES*, 2000, n.º 3 e 4, p. 356 e ss., LOUREIRO, João, *Constituição e Biomedicina*, p. 283 e ss., NOVAIS, Jorge Reis, *As Restrições aos Direitos Fundamentais*, p. 86 e ss., MIRANDA, Jorge, ⁵*Manual, IV: Direitos Fundamentais*, p. 326 e s., MIRANDA, Jorge / SILVA, Jorge Pereira da, ²*Constituição Portuguesa Anotada*, I, Art. 18.º, p. 342 e ss., ANDRADE, Vieira de, ⁵*Os Direitos Fundamentais*, pp. 137 e ss., 164 e s. e 205, e SILVA, Sandra Oliveira e, *A Protecção de Testemunhas no Processo Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 39 e ss.

se ela numa obrigação do Estado de tomar as medidas necessárias para proteger e promover adequada e eficientemente bens jurídicos de valia constitucional jusfundamental em relação a ameaças que possam ter a sua génese em comportamentos dos particulares em geral. Daí que se diga que, sob este ponto de vista, o Estado se transfigura num amigo dos direitos fundamentais, em contraste com a sua tradicional caracterização como Estado inimigo dos direitos fundamentais²⁰⁹³. Agindo aqui o Estado, via de regra, para proteger um indivíduo perante outro, desenha-se tendencialmente uma relação tripolar, de forma triangular, que pode, em todo o caso, assumir feições mais complexas, de tipo poligonal, se nela entrarem mais vítimas e mais agressores²⁰⁹⁴.

Nisto não vai, como é óbvio, nada de inteiramente novo, pois, como ressalva, Gomes Canotilho, “esta ideia, verdade seja dita, esteve sempre implícita na *ideia constitucional*”²⁰⁹⁵. Por isso, na linha de Isensee, antes que de uma descoberta, será aqui preferível falar numa *redescoberta* da dimensão protectora dos direitos fundamentais²⁰⁹⁶. Com efeito, na génese do ideário liberal ia compreendida não apenas uma percepção dos direitos do homem como armas de defesa ante os desmandos do Estado, mas igualmente ainda como títulos legitimadores de uma pretensão de acção protectora assegurada pelo Estado, manifestada na ideia de *segurança*. Inspirando-se nas Constituições e nas declarações de direitos fundamentais de outras paragens do mundo ocidental²⁰⁹⁷, logo a primeira Constituição portuguesa deu expressão a este desígnio, que não deixou de encontrar correspondência no pensamento constitucional da época²⁰⁹⁸. “A Constituição política da Nação Portuguesa tem por objecto manter a liberdade, segurança, e propriedade de todos os Portugueses” (art. 1.º), consistindo a

²⁰⁹³ Sobre esta mudança de papéis, por tantos outros, STERN, Klaus, “Die Schutzpflichtenfunktion der Grundrechte”, p. 244, e CUNHA, Maria da Conceição, «*Constituição e Crime*», p. 273 e s.

²⁰⁹⁴ ISENSEE, “Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht”, n.º m. 5, nota 8.

²⁰⁹⁵ CANOTILHO, Gomes, “Omissões normativas e deveres de protecção”, p. 111; e exactamente assim, também, ROBBERS, Gerhard, “Strafpflichten aus der Verfassung”, in: K. Lüderssen (org.), *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 1998, p. 147.

²⁰⁹⁶ ISENSEE, “Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht”, § 24 e ss.

²⁰⁹⁷ V. g., na experiência norte-americana o art. 3.º do Virginia Bill of Rights, de 1776 (“3. *That government is, or ought to be, instituted for the common benefit, protection, and security, of the people, nation, or community*”); e na francesa, o art. 3.º da Déclaration des Droits de L’homme et du Citoyen, de 1789 (“*Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l’homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l’oppression*”). Para mais referências, cf. ROBBERS, Gerhard, “Strafpflichten aus der Verfassung”, p. 147 e s., LOUREIRO, João, *Constituição e Biomedicina*, p. 274 e ss., e ISENSEE, “Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht”, n.º m. 18 e ss.

²⁰⁹⁸ LOUREIRO, João, *Constituição e Biomedicina*, p. 294 e ss.

segurança pessoal “na *protecção, que o Governo deve dar a todos*, para poderem conservar os seus direitos pessoais”, declarava a Constituição de 1822; assim pretendendo significar que “a liberdade e a segurança passavam pelo respeito das mesmas quer do lado dos poderes públicos quer do lado dos particulares, e pelo dever de protecção, a cargo do Governo, dos direitos pessoais”²⁰⁹⁹.

O peso da dimensão subjectiva de defesa dos direitos fundamentais no paradigma liberal acabou, todavia, por determinar um progressivo esbatimento do dever estadual de protecção, tendo culminado numa plena identificação dos direitos fundamentais como direitos de defesa. Entre nós, o hiato só é quebrado já na vigência da Constituição de 1976, não porém através de uma reabilitação do constitucionalismo luso de oitocentos, mas da recepção – ao que parece, pela primeira vez²¹⁰⁰, pela mão do Tribunal Constitucional nos dois primeiros sobreditos acórdãos sobre a interrupção voluntária da gravidez –, da jurisprudência constitucional alemã a que nos referimos *supra*²¹⁰¹.

Parece-nos certo, como sustenta João Loureiro, que o dever de protecção se funda “na própria ideia de constituição como garantia de bens jurídico-constitucionais, como constituição do Estado e da Sociedade, que encontra, naturalmente, apoios na história das ideias”²¹⁰². Importa, não obstante, aproximar o olhar à Lei Fundamental em ordem a procurar aí firmes e indiscutíveis amarras que permitam escorar de forma sólida este que se nos afigura ser o título de legitimação material positiva da acção penal e contra-ordenacional na esfera dos direitos fundamentais.

3. A definição da sede constitucional do dever de protecção não encontra uma resposta unívoca na discussão constitucional portuguesa que sobre ela se tece. O problema, se é que se pode dizer que se trata de um problema, não está numa possível ausência de fontes de fundamento constitucional, mas apenas na pluralidade dos esteios constitucionais já invocados para o efeito. Duas tendências parecem desenhar-se. Para uma, a que granjeia mais apoios, o dever estadual de protecção de bens jusfundamentais

²⁰⁹⁹ CANOTILHO, Gomes, “Omissões normativas e deveres de protecção”, p. 112. Em termos semelhantes, NOVAIS, Jorge Reis, *Direitos Fundamentais: Trunfos contra a Maioria*, p. 84 e s.

²¹⁰⁰ Assim, MIRANDA, Jorge / SILVA, Jorge Pereira da, *Constituição Portuguesa Anotada*, I, Art. 18.º, p. 344 e s.

²¹⁰¹ Próximo desta ideia, LOUREIRO, João, *Constituição e Biomedicina*, p. 283, quando afirma que é pelo aproveitamento do lastro teórico e dogmático germânico que se reestabelece o contacto com o constitucionalismo vintista português.

²¹⁰² LOUREIRO, João, *Constituição e Biomedicina*, p. 307.

tem assento geral no n.º 1 do art. 18.º da Constituição, na parte em que nele se determina que “os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as *entidades públicas*”²¹⁰³. Entende-se que *este vínculo* implica para o Estado um dever de princípio de se não intrometer na esfera dos direitos, liberdades e garantias das pessoas, bem como ainda um dever de proteger esses direitos de liberdade face a ataques de terceiros, nele podendo portanto ancorar-se devidamente o dever de protecção. É esta uma leitura que nos parece congruente com a preocupação constitucional de ampla tutela dos direitos fundamentais, designadamente, com um alcance que cubra tanto as ameaças com proveniência pública, como privada. Julgamos, no entanto, preferível a ideia, que forma a tendência alternativa, de que o dever de protecção radica, *prima facie*, no art. 2.º da Constituição, mais exactamente na “*garantia de efectivação dos direitos e liberdades fundamentais*” inerente ao princípio do Estado de direito aí consagrado²¹⁰⁴. Constitui, na verdade, condição *sine qua non* da própria afirmação do Estado como Estado de direito que ele assuma e seja conseqüente com a responsabilidade fundamental de garantir às pessoas, no contexto do seu relacionamento social com as demais, a concreta afirmação e exercício dos direitos fundamentais que proclama. Também, pois, nesta perspectiva jusfundamental, cobra sentido a ideia de Estado Garantidor, do Estado como entidade que, para dar cumprimento à *responsabilidade de garantia de efectivação dos direitos fundamentais*, deve regular as relações sociais, impondo regras ordenadoras,

²¹⁰³ Nesta direcção, NOVAIS, Jorge Reis, *As Restrições aos Direitos Fundamentais*, p. 88 e s., que, em rigor, apela ainda à “dimensão jurídica-objectiva autónoma de cada disposição de direito fundamental”, SILVA, Jorge Pereira da, *Dever de Legislar...*, p. 38 e ss., MIRANDA, Jorge / SILVA, Jorge Pereira da, ²*Constituição Portuguesa Anotada*, I, Art. 18.º, p. 342 e s., e ANDRADE, Vieira de, ⁵*Os Direitos Fundamentais*, p. 205.

²¹⁰⁴ Por esta corrente, CANOTILHO, Gomes / MOREIRA, Vital, ⁴*CRP*, I, p. 208, e Ac. do TC n.º 75/2010 (11.4.3). Neste Acórdão, voltando-se para a “dogmática dos imperativos jurídico-constitucionais de protecção”, o Tribunal Constitucional fundamenta expressamente esses imperativos no art. 2.º da Constituição: “O Estado não está apenas obrigado ao respeito da vida pré-natal, abstendo-se de qualquer acção susceptível de acarretar a destruição do seu desenvolvimento no ventre materno. *Sobre ele recai também uma vinculação a prestações satisfatórias da «garantia de efectivação» (art. 2.º da CRP)* de tal valor, designadamente contra potenciais agressões de terceiros ou da própria gestante”. Cf. ainda, numa linha próxima à do texto, PALMA, Maria Fernanda, *Direito Constitucional Penal*, p. 56.

É similar o fundamento convocado pela doutrina e pela jurisprudência alemãs para sustentar o dever de protecção a partir do próprio texto da Lei Fundamental, sendo via de regra chamado à colação o art. 1.º, n.º 1, 2., que obriga as entidades públicas a respeitarem (“*zu achten*”) e protegerem (“*zu schützen*”) a dignidade da pessoa humana – cf., v. g., CANARIS, “Grundrechte und Privatrecht”, p. 226, entendendo ainda que se trata de exigência em princípio válida para os diversos direitos de liberdade.

estabelecendo direitos e deveres e, se necessário, prevendo sanções públicas, penais e contra-ordenacionais, para a sua violação²¹⁰⁵.

Várias são as razões que nos levam a propender para considerar que a fundamentação do dever estadual de protecção na base da garantia de efectivação dos direitos fundamentais ínsita à ideia de Estado de direito plasmada no art. 2.º da Constituição leva vantagem e deve preferir-se àquela outra que a reconduz eminentemente ao princípio de vinculação das entidades públicas aos preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias constante do n.º 1 do art. 18.º da Constituição.

3.1 Tomando-se em consideração o art. 2.º, torna-se indiscutível que a Constituição dá expresso arrimo a uma compreensão das funções dos direitos fundamentais direccionada tanto na vertente de defesa perante o Estado, como de protecção através do Estado em relação a ataques de terceiros. Será desde logo assim pelo facto de o *texto* do art. 2.º, ao contrário do do art. 18.º-1, distinguir de forma muito clara entre aquilo que é o *respeito* e aquilo que é a *garantia de efectivação* dos direitos fundamentais que ao Estado incumbe, impondo bem mais abertamente, através deste segundo segmento, que ao lado do dever estadual de abstenção de ingerência na esfera dos direitos fundamentais concorra ainda uma tarefa estadual de protecção de bens jusfundamentais.

Com esta injunção constitucional de que a República Portuguesa seja um Estado baseado não só no respeito, como também na garantia de efectivação dos direitos e liberdades fundamentais fica liminarmente travado o passo a que sequer se cogite a possibilidade de um regresso a uma visão extremadamente liberal dos direitos fundamentais como puros e simples direitos de defesa, insusceptíveis, portanto, de orientar e fundar decisões dos órgãos estaduais movidas pelo propósito de garantir a tutela de bens jurídicos imanentes aos direitos fundamentais perante terceiros em virtude dessa sua natureza jusfundamental. Nomeadamente, uma concepção como aquela manifestada pelos juízes dissidentes no primeiro acórdão alemão sobre a interrupção voluntária da gravidez ao repudiarem o apelo ao pensamento dos direitos fundamentais para, pela positiva, justificar e fundar a atribuição de relevância penal a

²¹⁰⁵ Para esta ligação entre o ideário do Estado Garantidor e o pensamento dos direitos fundamentais, sobretudo nesta sua vertente do dever estadual de protecção, cf. ANDRADE, Vieira de, “Os direitos dos consumidores como direitos fundamentais...”, p. 153 e ss., GONÇALVES, Pedro, *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, pp. 160 e ss. e 1101 e ss., e “Estado de Garantia e mercado”, p. 111 e ss., e SILVA, Suzana Tavares da, *Direitos Fundamentais na Arena Global*, p. 107 e ss.

um facto, pondo-se assim de pernas para o ar a função de defesa dos direitos fundamentais²¹⁰⁶.

3.2 Ao legitimar-se o dever de protecção jusfundamental no quadro do art. 2.º evitam-se ainda as dúvidas quanto à sua capacidade aplicativa a *todos* os direitos fundamentais, direitos de liberdade à cabeça, mas também direitos sociais²¹⁰⁷. Já será, porém, difícil escapar a tais dúvidas quando se enquadre o dever de protecção somente no n.º 1 do art. 18.º da Constituição, dado que o seu enunciado literal se circunscreve apenas aos direitos, liberdades e garantias, assim parecendo, ao menos à primeira vista, pretender deixar de fora os direitos económicos, sociais e culturais.

Não é essa, todavia, a posição que vemos adoptada por quem ampara o dever de protecção no art. 18.º-1 da CRP. É esse o caso de Jorge Pereira da Silva, para quem esse preceito e o fundamento que dele se extrai nesta matéria valem para os “direitos fundamentais na sua globalidade”²¹⁰⁸ e não apenas para os direitos, liberdades e garantias²¹⁰⁹. Mas para isso sente necessidade de recorrer ao conceito de dimensão negativa dos direitos sociais²¹¹⁰, recorrentemente sufragado entre nós. Como exemplo, aduz o direito à saúde, citando jurisprudência constitucional, no sentido negativo de “dar ao seu titular (os cidadãos em geral) o direito de exigir que ninguém (desde logo e em particular o Estado) actue ou tome qualquer medida lesiva da saúde do cidadão ou dos cidadãos em geral”²¹¹¹. O exemplo não parece particularmente feliz, todavia, pois, mesmo aceitando-se a existência e qualificação da saúde pública como bem jusfundamental de natureza supra-individual ligado ao direito social à saúde consagrado

²¹⁰⁶ BVerfGE 39, 1, p. 73, com a concordância de PAULDURO, Aurelia, *Die Verfassungsgemäßheit von Strafrechtsnormen*, p. 91; crítico, KLEIN, Eckart, “Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates”, p. 1637 e s.

²¹⁰⁷ Considerando que a expressão “direitos e liberdades fundamentais” plasmada no art. 2.º da CRP engloba ambos os tipos de direitos fundamentais, CANOTILHO, Gomes / MOREIRA, Vital, ⁴CRP, I, p. 208.

²¹⁰⁸ SILVA, Jorge Pereira da, *Dever de Legislar...*, p. 39 e s. Nesta conclusão, também SARLET, Ingo, “Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais”, p. 352.

²¹⁰⁹ É também esta a posição de NOVAIS, Jorge Reis, *As Restrições aos Direitos Fundamentais*, pp. 59 e ss. e 86 e ss., desde logo porque, no seu ponto de vista, “não há direitos, liberdades e garantias, de um lado, e direitos económicos, sociais e culturais, do outro. Há, pura e simplesmente, direitos fundamentais” (*Direitos Fundamentais: Trunfos contra a Maioria*, p. 196). Além de não vermos como possa esta posição conciliar-se com o próprio texto e sistematização da Constituição, dificilmente será ela também compatível com a marca genética da Constituição neste âmbito (cf. COSTA, José Manuel Cardoso da, “A hierarquia das normas constitucionais e a sua função na protecção dos direitos fundamentais”, *BMJ*, n.º 396, 1990, p. 6 e ss., e ANDRADE, Vieira de, “Os direitos dos consumidores como direitos fundamentais...”, p. 147 e ss.).

²¹¹⁰ Concordante, MIRANDA, Jorge, ⁵Manual, IV: *Direitos Fundamentais*, p. 326 e s.

²¹¹¹ SILVA, Jorge Pereira da, *Dever de Legislar...*, p. 40, citando o Ac. do TC n.º 39/84, em posição que se identifica com a configuração do direito à protecção da saúde proposta por CANOTILHO, Gomes / MOREIRA, Vital, ⁴CRP, I, p. 825.

no art. 64.º-1 da CRP, eventuais condutas estaduais que com ela contendam negativamente reclamam a acção da *função de defesa* do direito fundamental. Em causa estará, com efeito, uma pretensão contra o Estado, corporizada num dever de abstenção que a ele pode ser oposto, pelo que o direito fundamental surge nas vestes de direito de defesa²¹¹². Ora, não parece este um caminho apto a justificar a aplicação aos direitos sociais da função do dever de protecção, uma vez que argumentação conduz o problema para o quadro de uma função jusfundamental que não só não se identifica com ela, como até constitui o seu reverso. E isto que vale para ataques estaduais ao direito à saúde vale igualmente para ofensas públicas aos bens jurídicos imanentes aos demais direitos económicos, sociais e culturais.

Sucedem que, à semelhança dos bens jusfundamentais ligados aos direitos, liberdades e garantias, também os bens jurídicos da área dos direitos económicos, sociais e culturais carecem da acção protectiva do Estado contra os ataques que lhes possam ser desferidos por privados. Demais que estes direitos, “ditos «direitos sociais», são direitos à protecção estadual”²¹¹³. Tal necessidade far-se-á especialmente sentir em relação aos bens jusfundamentais sociais que se movam sobretudo no seio de relações sociais de natureza privada, v. g., em domínios como os do trabalho (arts. 58.º e 59.º da CRP), do consumo (art. 60.º da CRP)²¹¹⁴, da família (arts. 67.º e 68.º da CRP) ou dos menores (arts. 69.º e 70.º da CRP), e que por isso vêm nos particulares e não no Estado a principal fonte de ameaça para a sua integridade. Desta forma, devendo o Estado considerar-se obrigado a assegurar tal protecção, faz todo o sentido incluir dentro do raio de acção do dever estadual de protecção de direitos fundamentais esses bens jurídicos de cariz económico, social e cultural²¹¹⁵, que, afinal de contas, no programa da Constituição não são menos fundamentais do que os dos direitos, liberdades e garantias. Foi essa, de resto, a posição seguida pelo nosso Tribunal Constitucional quando, como vimos, foi confrontado com um problema de constitucionalidade colocado por um

²¹¹² NOVAIS, Jorge Reis, *As Restrições aos Direitos Fundamentais*, p. 74.

²¹¹³ ANDRADE, José Carlos Vieira de, “Os direitos dos consumidores como direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, *Estudos de Direito do Consumo*, n.º 5, 2003, p. 142.

²¹¹⁴ Na direcção do texto, MONTE, Mário Ferreira, *Da Protecção Penal do Consumidor*, p. 63 e ss., ANDRADE, Vieira de, “Os direitos dos consumidores como direitos fundamentais...”, p. 142 e ss., DIAS, Silva, “Linhas gerais do regime jurídico dos crimes contra interesses dos consumidores...”, p. 319 e ss., e MIRANDA, Jorge, *Constituição Portuguesa Anotada*, I, Art. 60.º, p. 1172.

²¹¹⁵ Nesta direcção, ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, p. 401 e ss.; e diversamente, reservando este dever de protecção apenas para os direitos de liberdade, ISENSEE, “Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht”, n.ºs m. 196 e ss. e 222, que, todavia, não deixa de reconhecer que para os direitos sociais vale igualmente um dever de protecção inerente à ideia de Estado Social. Entre nós, hesitante, PINTO, Paulo Mota, “O direito ao livre desenvolvimento da personalidade”, p. 191, nota 115.

eventual déficit de protecção de bens jurídicos inerentes a um direito social como a segurança, higiene e saúde no trabalho (art. 59.º-1, c), da CRP)²¹¹⁶. Também aí, não obstante estar fora de discussão um bem jurídico correspondente a um direito de liberdade, o Tribunal enquadrou a questão no mesmo dever de protecção jusfundamental que antes, em Acórdãos como o n.º 101/2009 (PMA) e n.º 75/2010 (IVG), considerou inerente aos direitos, liberdades e garantias em jogo na maternidade de substituição e na interrupção voluntária da gravidez. Que, como assim se verifica, para o Tribunal Constitucional o dever de protecção não deve estar circunscrito aos direitos de liberdade resulta igualmente da já referida declaração de voto da Conselheira Maria Lúcia Amaral àquele Ac. n.º 101/2009, em especial, quando aí, a propósito da dimensão objectiva dos direitos fundamentais e do dever de protecção que se lhe encontra associado, dá como assente que uma realidade e outra são válidas “quanto a *quaisquer* normas jusfundamentais”²¹¹⁷.

Ao fundar-se o dever estadual de protecção fundamentalmente no art. 2.º da Constituição, e assim portanto no princípio do Estado de direito democrático e *social* nele consagrado, fica claro que a imposição de garantia de efectivação dos direitos fundamentais que lhe dá substrato tem uma amplitude que alcança também os direitos sociais. É sob esta perspectiva que, temos para nós, pode, decisiva e definitivamente, sustentar-se que a função do dever de protecção releva também no âmbito dos direitos económicos, sociais e culturais. Como é sabido, da ideia de Estado de direito emanada da nossa Constituição é indissociável uma eminente dimensão de socialidade, bem espelhada logo no art. 2.º quando se proclama como desígnio fundamental do Estado de direito português a “realização da democracia económica, social e cultural”. Como sublinham Gomes Canotilho / Vital Moreira não só “não é este seguramente o traço menos importante na concepção constitucional do Estado de direito”, como até dele irradiam “elementos essenciais do próprio conceito global de Estado de direito democrático”²¹¹⁸. Por isso que o cumprimento da garantia de efectivação dos direitos fundamentais que está subjacente e confere um fundamento legitimador ao dever de protecção não pode ficar à porta dos direitos sociais, só sendo devidamente concretizado

²¹¹⁶ Cf. novamente os Acs. do TC n.ºs 187/2010, 269/2010 e 270/2010.

²¹¹⁷ Posição já muito antes, aliás, manifestada pelo Cons. J. M. Cardoso da Costa na sua declaração de voto ao Ac. do TC n.º 25/84, quando, depois de se pronunciar a favor do reconhecimento de um dever estadual de protecção da vida humana acrescentou “e isto, que se diz para o direito à vida, dir-se-á também, naturalmente, para a generalidade dos direitos e valores jurídicos fundamentais”.

²¹¹⁸ CANOTILHO, Gomes / MOREIRA, Vital, ⁴CRP, I, p. 209 e s.

se o dever de protecção for igualmente dirigido à prossecução da realização da democracia económica, social e cultural que consubstancia a dimensão de socialidade irredutível à ideia constitucional de Estado de direito.

3.3 Por último e acima de tudo, só a fundamentação do dever de protecção jusfundamental no art. 2.º da Constituição faz inteira justiça àquela que é, em derradeira e fulcral instância, a sua matricial razão de ser, *a ideia de Estado de direito*.

O princípio do Estado de direito é e deve ser a ideia rectora do Estado português, por ele devendo por isso passar, antes de tudo mais, a compreensão da missão estadual de tutela de direitos fundamentais²¹¹⁹. Com efeito, “princípio do Estado de Direito significa e exige (...) *garantia e promoção de direitos fundamentais*, pois é em função do desses objectivos que o Estado adopta a particular estruturação e vinculação ao Direito que o identificam como tipo histórico de Estado”²¹²⁰. O compromisso do Estado com a protecção dos bens jusfundamentais face a ofensas provenientes de terceiros faz parte da essência do próprio Estado tal como hoje o compreendemos enquanto Estado de direito. E é isso que justifica, pois, que esse dever estadual fundamental possa e deva ser primacialmente radicado no princípio do Estado de direito consagrado no art. 2.º da Constituição.

Convergemos com o pensamento muito difundido de que o monopólio da força que o Estado para si reserva, com a consequente proibição genérica e de princípio da justiça privada, representa um tópico legitimador do dever estadual de protecção²¹²¹. De facto, a partir do momento em que o Estado proíbe em geral os cidadãos de fazerem justiça pelas próprias mãos no caso de serem ofendidos bens jurídicos por si titulados, é evidente que não pode depois demitir-se de chamar a si e de efectivar a tutela de tais bens. Isto sem prejuízo, como é natural, da autonomia e das faculdades de autoprotecção do próprio indivíduo, incluindo a possibilidade de evitar colocar-se numa situação de

²¹¹⁹ Para esta vinculação do dever de protecção ao *Rechtsstaatsprinzip*, cf. de novo, na doutrina alemã, MAUNZ / DÜRIG / GRZESZICK, ⁶⁷GG, Art. 20, n.º m. 127 e s., e ISENSEE, “Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht”, n.º m. 3.

²¹²⁰ NOVAIS, Jorge Reis, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes*, p. 44 e ss. (it. nosso).

²¹²¹ Cf. PINTO, Paulo Mota, “O direito ao livre desenvolvimento da personalidade”, p. 190 e s., NOVAIS, Jorge Reis, *As Restrições aos Direitos Fundamentais*, p. 88 e s., SILVA, Sandra Oliveira e, *A Protecção de Testemunhas no Processo Penal*, p. 50 e ss., KLEIN, Eckart, “Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates”, p. 1635 e s., UNRUH, Peter, *Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten*, p. 37 e ss., e ISENSEE, “Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht”, n.º m. 174 e ss.

Numa perspectiva próxima, afirmando que “a existência do direito penal é um aspecto do monopólio estadual da força – e das suas necessidades historicamente determinadas”, PULITANÒ, “Obblighi costituzionali di tutela penale?”, p. 515.

risco para si próprio²¹²². Quando mediatizada pela lógica dos direitos fundamentais, aquela tarefa estadual convola-se numa obrigação estatal de protecção jusfundamental e passa a representar o fundamento legitimador da acção desenvolvida pelos poderes estaduais, desde logo, como é evidente, o legislativo, em ordem à tutela de bens jurídicos com dignidade constitucional jusfundamental contra agressões com origem em terceiros. De entre a enorme e diversificada pluralidade de medidas de que o Estado pode lançar mão para dar cumprimento a esse seu dever contam-se as de natureza sancionatória pública, ou seja, as penais e as contra-ordenacionais, quer no plano substantivo, quer ainda, sob pena de a garantia de protecção que o direito sancionatório substantivo visa oferecer não passar na prática de uma mera declaração de boas intenções, também no plano processual²¹²³.

Se, como acabámos de afirmar, acompanhamos a ideia de que o monopólio estatal da força concorre inequivocamente para a fundamentação constitucional do encargo estadual de tutela jusfundamental, não nos parece, ainda assim, que a tónica essencial desse exercício de legitimação deva ser nele colocada. Mesmo tratando-se de uma crucial dimensão do princípio do Estado de direito material, limitar o discurso fundamentador ao pensamento de que o Estado está obrigado à protecção de direitos fundamentais apenas porque retira aos indivíduos o poder de fazerem uso da força para tutela dos seus direitos como que soa a resignação, não fazendo verdadeiramente jus ao real significado do dever de protecção na ideia última de Estado de direito material.

Para que possa efectivamente assumir-se como Estado de direito material tem o Estado de inscrever no seu código genético como sua primeira e mais importante missão a tutela dos direitos fundamentais. Deve ser um Estado que, antes e acima de tudo, se importa e se interessa pela protecção e promoção dos direitos fundamentais dos cidadãos. Pois um Estado que se desinteressa dos direitos fundamentais é um Estado que não interessa. Ora, um Estado que verdadeiramente se preocupa e ocupa com os

²¹²² Sobre o relevo da possibilidade de autotutela para a conformação do conteúdo do dever estadual (assim subsidiário) de protecção, ISENSEE, “Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht”, n.º m. 271 e ss., e no fundo também, a propósito da protecção que, considerando o exercício do poder individual de autodeterminação, deva ser garantida pelo direito penal, ANDRADE, Costa, *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, p. 265 e ss. e *passim*.

²¹²³ Ligando a obrigatoriedade de princípio da promoção processual penal estadual ao monopólio estatal da força, DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Processual Penal*, Coimbra, FDUC, 1988-89, p. 84 e s., BRANDÃO, Nuno, “A nova face da instrução”, *RPCC*, 2 e 3/2008, p. 252 e s., e por último, desenvolvidamente, à luz do dever estadual de protecção de direitos fundamentais, VIGANÒ, Francesco, “L’arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali”, in: *Studi in onore di Mario Romano*, IV, Napoli, Jovene, 2011, p. 2645 e ss., e BARROSO, Ivo Miguel, *Objecto do Processo Penal*, Lisboa, AAFDL, 2013, p. 238 e ss.

direitos fundamentais não é aquele que se limita a orientar a sua acção pelo propósito de os não ofender, mas que, bem mais do que isso, assume como sua primeira e essencial razão de ser uma finalidade de tutela de bens jusfundamentais em relação às ameaças que sobre eles pairam no âmbito das relações entre os particulares, movendo-se “por considerações axiológicas de justiça na promoção e realização de todas as condições – sociais, culturais e económicos – de livre desenvolvimento da personalidade de cada homem”²¹²⁴. É, como tal, um Estado que tem de desenvolver as actividades possíveis e ao seu alcance para efectivar essa protecção nas relações privadas. Se assim não for, não é, pura e simplesmente, um Estado de direito material. Bem se vê assim que o dever estadual de protecção dos direitos fundamentais constitui uma fiel representação da própria ideia de Estado de direito, dela directamente colhendo o seu fundamento legitimador.

Este paradigma encontra expressão na proclamação do art. 2.º da Constituição de que o Estado de direito democrático se baseia na *garantia de efectivação* dos direitos e liberdades fundamentais e manifesta-se ainda na determinação constitucional das “tarefas *fundamentais* do Estado” levada ao art. 9.º da Constituição. Entre essas tarefas estaduais, que a própria Constituição qualificou como fundamentais, contam-se as tarefas de “garantir os direitos e liberdades fundamentais” (*b*) e de “promover (...) a efectivação dos direitos económicos, sociais, culturais e ambientais” (*d*). Com estas determinações pretende a Constituição deixar bem marcada a essencialidade da garantia dos direitos fundamentais para a materialização do princípio do Estado de direito, tornando claro que “as liberdades fundamentais e o Estado de direito não implicam apenas o seu respeito pelo Estado, numa postura abstencionista de não ingerência, mas que constituem também um encargo dele, no sentido de os garantir e de os fazer observar por todos (tarefas positivas na garantia dos direitos fundamentais). Não basta

²¹²⁴ DIAS, Figueiredo, “Direito penal e Estado-de-Direito material”, *Revista de Direito Penal*, n.º 31, 1982, p. 39, que, num texto luminoso, continua assim: “Todo o Estado, por outras palavras, que sem renunciar, bem pelo contrário, a uma específica intencionalidade axiológico-normativa, nem por isso quebra ou atenua a sua ligação ao direito nos quadros da legalidade democrática; todo o Estado, em suma, que simultânea e porventura paradoxalmente reconheça ao homem a liberdade *de* o ser e lhe queira possibilitar a liberdade *para* o ser”. Reiterando, em data recente, esta compreensão, DIAS, Figueiredo, *Acordos sobre a Sentença em Processo Penal*, p. 22.

uma atitude passiva de sujeição, é necessária uma postura activa para os fazer valer como elemento objectivo da República e de um *Estado de direitos e liberdades*²¹²⁵.

Enquanto emanção do princípio do Estado de direito democrático e social, o dever estadual de protecção de bens jusfundamentais encontra assim no art. 2.º da Constituição a sua primeira e principal sede legitimadora, no passo em que nele se impõe ao Estado um dever de “garantia de efectivação dos direitos e liberdades fundamentais”. Outras disposições constitucionais mais, com maior ou menor alcance, correm igualmente nesse sentido legitimador, concretizando-o e reforçando-o. É o caso das referidas alíneas *b)* e *d)* do art. 9.º, ao especificarem as tarefas fundamentais do Estado no capítulo dos direitos fundamentais; do n.º 1 do art. 18.º, ao impor uma vinculação das entidades públicas aos direitos, liberdades e garantias; e ainda de normas várias do âmbito dos direitos sociais – *v. g.*, arts. 57.º-2, 59.º-2, 60.º (conjugado com o art. 81.º, *h*))²¹²⁶, 63.º-2 e -5, 64.º-3, 65.º-2 e -3, 66.º-2, 67.º-1 e -2, 68.º-1, 69.º-1 e -2, 74.º-2, 78.º-2 e 79.º-2 da CRP – ao preverem específicos deveres estaduais para tutela e promoção de direitos económicos, sociais, culturais e ambientais fundamentais.

A dimensão protectiva dos direitos fundamentais, no seu confronto com os particulares, resulta enfim, deste jeito, do complexo normativo jurídico-constitucional fundamentador enunciado e da sua vinculação inextricável a cada uma das normas jusfundamentais, que no seu lado objectivo são portadoras de uma autónoma e própria decisão axiológico-constitucional que reclama uma intervenção protectora do Estado²¹²⁷.

²¹²⁵ CANOTILHO, Gomes / MOREIRA, Vital, *4 CRP*, I, p. 277. Em direcção concordante, CUNHA, Maria da Conceição, «*Constituição e Crime*», p. 287, chamando também o art. 9.º da Constituição para a temática da legitimação material da intervenção penal.

²¹²⁶ ANDRADE, Vieira de, “Os direitos dos consumidores como direitos fundamentais...”, p. 150, nota 7.

²¹²⁷ Assim, NOVAIS, Jorge Reis, *As Restrições aos Direitos Fundamentais*, p. 88 e s., na parte em que fundamenta o dever de protecção “na dimensão jurídico-objectiva autónoma de cada disposição de direito fundamental e nos deveres constitucionais explícitos ou implícitos que dela decorrem”; tal como ainda BÖCKENFÖRDE, “Grundrechte als Grundsatznormen”, p. 12, UNRUH, Peter, *Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten*, pp. 56 e s. e 89 e s., PIETRZAK, Alexandra, “Die Schutzpflicht im verfassungsrechtlichen Kontext”, p. 749, STERN, Klaus, “Die Schutzpflichtenfunktion der Grundrechte”, p. 244, e ISENSEE, “Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht”, n.º m. 158 e ss.

**§ 30. O DEVER ESTADUAL DE PROTECÇÃO COMO REFERENTE DE
LEGITIMAÇÃO MATERIAL DO DIREITO PENAL E DO DIREITO CONTRA-
ORDENACIONAL**

Ao dever (*rechtsstaatliche*) de protecção é inerente, como resulta de tudo quanto já foi dito a este propósito, a premissa de que os direitos fundamentais têm o Estado como seu destinatário ou sujeito passivo. É este um dado que bem pode considerar-se indiscutível, quer os direitos fundamentais sejam encarados sob o ponto de vista da sua clássica faceta subjectiva, quer da sua faceta objectiva. Por força desta, os direitos fundamentais são, em suma, “valores constitucionais que aos poderes públicos cabe respeitar, mas igualmente fazer respeitar como interesses públicos fundamentais”²¹²⁸. Para o Estado, o dever de protecção vem a ser o outro rosto da sua tradicional relação com os direitos fundamentais. Uma função, em todo o caso, autónoma da clássica função de defesa e que espelha a natureza ambivalente dos direitos fundamentais²¹²⁹.

Controvertida continua, porém, a ser a questão da aplicabilidade²¹³⁰ dos direitos fundamentais aos particulares no âmbito das relações que entre eles se estabelecem²¹³¹. Em questão não está a vinculação das entidades privadas aos direitos de liberdade²¹³², quanto mais não fosse porque se trata de vinculação expressamente afirmada pelo n.º 1 do art. 18.º da Constituição. Um preceito que, todavia, não parece que possa ser considerado suficiente para a resolução do problema da aplicabilidade²¹³³, dado que deixa campo aberto quer para uma solução de eficácia imediata (*sc.*, os direitos fundamentais incidem directamente sobre as relações privadas, sem necessidade de

²¹²⁸ ANDRADE, Vieira de, *Os Direitos Fundamentais*, p. 232.

²¹²⁹ Cf. PULITANO, “Obblighi costituzionali di tutela penale?”, p. 495, e ISENSEE, “Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht”, n.º m. 192 e ss.

²¹³⁰ Usamos aqui o termo adoptado por ANDRADE, Vieira de, *Os Direitos Fundamentais*, p. 228, suficientemente descomprometido para não antecipar, nem condicionar decisivamente nenhuma solução no sentido da validade ou da eficácia dos direitos fundamentais no contexto das relações privadas.

²¹³¹ Para uma longa lista de referências bibliográficas, portuguesas e estrangeiras, MIRANDA, Jorge, *Manual, IV: Direitos Fundamentais*, p. 326

²¹³² Mesmo NOVAIS, Jorge Reis, *Direitos Fundamentais: Trunfos contra a Maioria*, pp. 72 e 76, que, como veremos de seguida, se insurge veementemente contra qualquer ideia de eficácia directa dos direitos fundamentais sobre os particulares, não põe em dúvida que alguma eficácia e vinculação existirão. Para uma leitura restritiva dessa vinculação, limitando-a às entidades privadas que “disponham de poder especial de carácter privado sobre (outros) indivíduos”, ANDRADE, Vieira de, *Os Direitos Fundamentais*, p. 245 e ss.

²¹³³ Nestes exactos termos, ANDRADE, Vieira de, *Os Direitos Fundamentais*, p. 241; e em sentido próximo, RIBEIRO, Joaquim de Sousa, “Constitucionalização do direito civil”, p. 741 e s.

mediação legal)²¹³⁴, quer para teses de sentido oposto, hoje maioritárias²¹³⁵, seja sob a forma da clássica teoria da eficácia mediata (atribuída geralmente a Dürig), seja nos termos da actualmente dominante²¹³⁶ teoria dos deveres de protecção, iniciada por Canaris²¹³⁷.

Como quer que seja, a questão é largamente estranha à nossa temática, avultando em domínios onde não releve um princípio da legalidade com as feições próprias ou próximas do *nullum crimen sine lege, maxime* no direito privado. Ali onde haja *legislação* constrictiva da autonomia e da liberdade geral de acção dos particulares (de direito privado, administrativo, penal, contra-ordenacional, *etc.*), para tutela de bens jusfundamentais é directamente por via dela que os particulares se encontram obrigados a não os ofenderem, independentemente, por conseguinte, da mediata ou imediata eficácia dos preceitos constitucionais respectivos sobre os privados²¹³⁸. E é por isso que a discussão adquire relevo sobretudo na esfera do direito privado, muito menos sujeito a exigências de legalidade formal do que os ramos do direito público, assomando, designadamente, “quando não há lei ordinária que regule especificamente a situação controvertida ou quando o problema não é adequadamente resolúvel através da interpretação jusfundamentalmente conforme das cláusulas gerais”²¹³⁹. Trata-se, pois, de um problema que se projecta sobre a função do juiz e não da do legislador, ficando, quando muito, a jusante do objecto da nossa investigação.

Domínios como o penal e o contra-ordenacional, sujeitos a um estrito princípio da legalidade, carecem sempre de mediação legislativa para exercerem uma função de

²¹³⁴ Por esta tese, na doutrina portuguesa, CANOTILHO, Gomes / MOREIRA, Vital, ⁴CRP, I, p. 384 e ss., e LOUREIRO, João, *Constituição e Biomedicina*, p. 300 e ss., na esteira de Nipperdey. Contra, convincentemente, com base num sólido e arrasador requisitório de oposição à teoria da eficácia directa, NOVAIS, Jorge Reis, *Direitos Fundamentais: Trunfos contra a Maioria*, p. 74 e ss.

²¹³⁵ ANDRADE, Vieira de, ⁵Os Direitos Fundamentais, p. 239.

²¹³⁶ Assim, para a Alemanha, CANARIS, *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, pp. 47 e ss. e 58 e s., e para Portugal, NOVAIS, Jorge Reis, *Direitos Fundamentais: Trunfos contra a Maioria*, p. 76 e s., ao conceber a teoria da eficácia mediata como uma página virada na história do problema.

²¹³⁷ CANARIS, “Grundrechte und Privatrecht”, p. 225 e ss., e *Direitos Fundamentais e Direito Privado, passim*. Na sua linha, na doutrina lusa, RIBEIRO, Joaquim de Sousa, “Constitucionalização do direito civil”, p. 741 e ss., PINTO, Paulo Mota, “O direito ao livre desenvolvimento da personalidade”, p. 187 e ss., e NOVAIS, Jorge Reis, *Direitos Fundamentais: Trunfos contra a Maioria*, p. 69 e ss.

²¹³⁸ Assim, dada a existência de lei penal proibitiva do homicídio e da escravidão, não vemos a razão que torna tão premente para CANOTILHO, Gomes / MOREIRA, Vital, ⁴CRP, I, p. 387, o recurso à figura da eficácia directa dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas para prevenir que os particulares façam “uso da autonomia privada e negocial para, de forma livre e atípica, reduzirem a pessoa a nada ou a objecto («escravatura») ou eliminarem mesmo a existência física dessa pessoa («canibalismo»)”. Próximo da posição que defendemos em texto, ANDRADE, Vieira de, ⁵Os Direitos Fundamentais, p. 250 e s.

²¹³⁹ NOVAIS, Jorge Reis, *Direitos Fundamentais: Trunfos contra a Maioria*, p. 74, e ainda LOUREIRO, João, *Constituição e Biomedicina*, p. 303, ao delimitar a problemática aos casos de falta de mediação normativa, por inacção legislativa ou por inconstitucionalidade.

tutela de bens jurídicos com dignidade jusfundamental. Deste modo, logo por aqui e em face do que vai dito supra, percebe-se que, sob o ponto de vista da dogmática dos direitos fundamentais, a sua intervenção acabe necessariamente por ser reconduzida ao dever estadual de protecção. Pese embora o truísmo, destinatário deste dever é o Estado²¹⁴⁰, sendo pois por via dele que, através do direito público, se poderá reagir *sancionatoriamente* às ofensas de que os direitos fundamentais sejam alvo nas relações privadas.

É esta uma posição que no contexto alemão radica sobretudo no entendimento absolutamente dominante de que apenas o Estado, e já não também os particulares, se encontra constitucionalmente sujeito aos direitos fundamentais²¹⁴¹. Uma ideia que, ademais, sempre alimentou a crítica de fundo à tese da eficácia constitucional imediata dos direitos fundamentais sobre os particulares²¹⁴². Também na doutrina constitucional portuguesa – independentemente da convicção de todos de que, em razão do art. 18.º-1 da CRP, os direitos fundamentais vinculam, com maior ou menor latitude, as entidades privadas e da posição por uns e outros assumida na controvérsia acerca da sua eficácia, imediata ou não, sobre os particulares – é ao cumprimento do dever estatal de protecção que, invariavelmente, são reconduzidas as escolhas legislativas penais dirigidas à tutela de bens jurídico-fundamentais. E é assim, e deve ser assim, além de tudo mais, pela razão simples, fundada no princípio do Estado de direito democrático, de que é ao Estado, no exercício do seu poder legislativo, que cumpre decidir, com uma ampla margem de liberdade, que comportamentos devem ou não ser crime.

Concretizando: é não através de uma eventual *directa* subordinação dos particulares à ordem axiológico-*constitucional* dos direitos fundamentais, enquanto sujeitos passivos de direitos subjectivos de defesa titulados por outros indivíduos; mas em função da materialização do dever de protecção jusfundamental que ao Estado – ele sim, directo e imediato destinatário dos direitos fundamentais – cumpre assegurar, que, na perspectiva da dogmática dos direitos fundamentais, se explica, concebe,

²¹⁴⁰ Cf. Acs. do TC n.º 75/2010 (11.4.2 e s.) e 101/2009 (f), ANDRADE, Vieira de, “Os direitos dos consumidores como direitos fundamentais...”, p. 146, e AMARAL, Freitas do / MEDEIROS, Rui, “Responsabilidade civil do Estado...”, p. 357.

²¹⁴¹ CANARIS, “Grundrechte und Privatrecht”, p. 227, UNRUH, Peter, *Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten*, p. 21 e ss., PIETRZAK, Alexandra, “Die Schutzpflicht im verfassungsrechtlichen Kontext”, p. 748 e ss., e ISENSEE, “Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht”, n.º m. 1 e *passim*.

²¹⁴² Cf. ANDRADE, Vieira de, *Os Direitos Fundamentais*, p. 234, a propósito da doutrina da eficácia mediata de Dürig.

fundamenta, enfim, numa palavra, se *legitimam* as intervenções penais e contra-ordenacionais legislativamente determinadas pelo propósito de protecção de bens jurídicos com dignidade jusfundamental.

Assim, paradigmaticamente, quando o legislador tipifica como crime o homicídio, o aborto ou a ofensa à integridade física actua animado e legitimado pelo cumprimento da sua eminente obrigação de tutela de bens jurídicos como a vida humana de pessoa já nascida²¹⁴³, a vida humana intra-uterina²¹⁴⁴ e a integridade física²¹⁴⁵, radicados nos direitos fundamentais à vida e à integridade pessoal consagrados nos arts. 24.º e 25.º da Constituição. Daí que se possa afirmar, com Isensee, que a “a ameaça legal penal constitui um meio pelo qual o Estado dá cumprimento ao seu dever de protecção”²¹⁴⁶, representando até, porventura, nas palavras de Jorge Pereira da Silva, “a forma paradigmática de protecção de direitos fundamentais”²¹⁴⁷.

O mesmo vale quando o legislador atribui relevo contra-ordenacional a condutas que, por exemplo, atentem contra o gozo da licença de parentalidade pela mãe após o parto (art. 41.º do CT), fundado no direito à protecção da maternidade, qualificada constitucionalmente como *valor social eminente* (art. 68.º-2 da CRP) e nesta específica vertente expressamente contemplada no n.º 3 do art. 68.º da CRP; ou quando qualifique

²¹⁴³ Integrando a criminalização do homicídio no quadro dogmático dos imperativos de tutela jusfundamentais, CANOTILHO, Gomes, ⁷*Direito Constitucional*, pp. 399 e 409, ANDRADE, Vieira de, ⁵*Os Direitos Fundamentais*, p. 182, ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, p. 413, e VIGANÒ, Francesco, “L’arbitrio del non punire”, p. 2703 e s. Ainda nesta direcção, destacando a especial relevância da teoria dos deveres de protecção quando está em causa o direito à vida, AMARAL, Freitas do / MEDEIROS, Rui, “Responsabilidade civil do Estado...”, p. 367.

²¹⁴⁴ Para uma recondução da incriminação do aborto ao dever estadual de protecção da vida intra-uterina, cf., além da jurisprudência constitucional já recenseada (Acs. do TC n.º 85/85, 288/98 e 75/2010; e Acs. do Tribunal Constitucional Federal alemão de 25-02-1975 e de 28-05-1993, *BVerfGE* 39, 1, e 88, 203), LOUREIRO, João, “Aborto: algumas questões jurídico-constitucionais (a propósito de uma reforma legislativa)”, *BFDUC*, 1998, p. 352 e ss., CANOTILHO, Gomes, “Omissões normativas e deveres de protecção”, p. 112 e ss., e ⁷*Direito Constitucional*, p. 273, CANOTILHO, Gomes / MOREIRA, Vital, ⁴*CRP*, I, p. 449 e s., SILVA, Jorge Pereira da, *Dever de Legislar...*, p. 48 e ss., MIRANDA, Jorge / SILVA, Jorge Pereira da, ²*Constituição Portuguesa Anotada*, I, Art. 18.º, p. 344 e s., e DIAS, Figueiredo, ²*Comentário Conimbricense do Código Penal*, I, Nótula antes do art. 142.º, § 10 e ss.

²¹⁴⁵ Cf. AMARAL, Freitas do / MEDEIROS, Rui, “Responsabilidade civil do Estado...”, p. 367, ANDRADE, Vieira de, ⁵*Os Direitos Fundamentais*, p. 164 e s., e MARQUES, Pedro Garcia, ²*Constituição Portuguesa Anotada*, I, Art. 25.º, p. 557.

²¹⁴⁶ ISENSEE, “Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht”, n.º m. 152. Nos mesmos termos, SARLET, Ingo, “Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais”, p. 358 e s., e VIGANÒ, Francesco, “L’arbitrio del non punire”, p. 2703 e s.

²¹⁴⁷ SILVA, Jorge Pereira da, *Dever de Legislar...*, p. 46. Próximo desta ideia, ANDRADE, Vieira de, ⁵*Os Direitos Fundamentais*, p. 250 e s.

como contra-ordenação a violação da expressa proibição constitucional de todas as formas de publicidade oculta, indirecta ou dolosa (art. 60.º-2 da CRP)²¹⁴⁸.

Sendo o dever estadual de protecção de direitos fundamentais o enquadramento dogmático jurídico-constitucional inequivocamente reclamado pelo exercício legislativo da criminalização e da tipificação de contra-ordenações, parece-nos de meridiana clareza que qualquer esforço doutrinário penal de busca de um sentido de legitimação material à intervenção penal não pode viver de costas voltadas para ele e muito menos ainda contrariá-lo²¹⁴⁹. Isto sob pena de a legitimação da criminalização, a determinação das suas funções, a definição da sua missão político-criminal e, claro, a sua contraposição ao direito contra-ordenacional serem desenvolvidas e consumarem-se em soluções penais (e, não raro também, contra-ordenacionais) jurídico-constitucionalmente inadequadas ou até mesmo desconformes.

Importa assim densificar os termos em que as decisões legislativas penais e contra-ordenacionais no sentido da proibição e sancionamento de determinado comportamento devem ser integradas no desenho típico da função jusfundamental de protecção de bens jurídico-fundamentais.

§ 30.1 A estrutura típica do dever estadual de protecção

1. Nota característica do funcionamento da dimensão objectiva dos direitos fundamentais é a sua projecção numa *relação multipolar* que conta como intervenientes o Estado e duas ou mais pessoas.

Como temos vindo a ver, os direitos fundamentais incorporam uma decisão axiológica jurídico-objectiva da ordem de valores constitucional que faz penetrar nos bens jurídicos respectivos uma valia de jusfundamentalidade. Na medida em que daí decorre para o Estado uma responsabilidade de garantia de tais bens no âmbito das relações entre particulares, a configuração típica que assim se desenha assume, via de

²¹⁴⁸ Neste contexto, a propósito dos direitos fundamentais dos consumidores, tidos como equiparáveis a direitos, liberdades e garantias, afirmam CANOTILHO, Gomes / MOREIRA, Vital, ⁴CRP, I, p. 780 e s., que “independentemente do seu alcance como direitos fundamentais, eles seguramente têm, pelo menos, o efeito de legitimar todas as medidas de intervenção pública na actividade dos fornecedores de bens e necessários para os implementar” (it. nosso).

²¹⁴⁹ Cf. LAGODNY, Otto, “Human dignity and its impact on german substantive criminal law and criminal procedure”, *Israel Law Review*, 1999, p. 591, que alerta para o risco que impende sobre a doutrina penal quando se fecha sobre si mesma e mantém à distância a doutrina jurídico-constitucional: o risco de se condenar a si própria a um trabalho de Sísifo!

regra, uma forma *triangular*²¹⁵⁰. Não por acaso, a mesma estrutura a que insistentemente se alude no âmbito dogmático do Estado Garantidor²¹⁵¹. Correspondência material que não representa senão um inevitável consequência da simbiose substancial entre o pensamento da ciência constitucional relativo ao dever estadual de protecção de direitos fundamentais e o actual paradigma do Estado de Garantia desenvolvido pela nova ciência do direito administrativo.

A relação triangular, ou eventual multipolar, característica do dever estadual de protecção tem a singularidade de se traduzir numa “interacção entre dois portadores de direitos fundamentais e o Estado”²¹⁵²: frente a frente, nos vértices inferiores da figura, temos os particulares, de um lado o titular do bem jusfundamental ameaçado e do outro aquele que representa a fonte de perigo para tal bem²¹⁵³; e entre um e outro, ocupando o vértice superior, aparece-nos o Estado²¹⁵⁴. Ao interpor-se nesta relação privada e regulando os termos em que pode ela ser licitamente desenvolvida – v. g., impondo deveres, conferindo direitos, eventualmente cominando sanções, *etc.* –, o Estado é animado pelo propósito de prevenir a afectação da integridade do bem ameaçado. Actua como guardião de quem é titular do bem jusfundamental perante quem surge nas vestes de agressor, cumprindo, em suma, o seu *dever de protecção* de direitos fundamentais. Acontece que esse papel protector assumido pelo Estado representa normalmente uma tomada de posição numa situação de conflito entre privados²¹⁵⁵. Mais, regra geral, tal tomada de posição tem para o (potencial) agressor o significado de uma intromissão estadual na sua própria esfera de direitos fundamentais²¹⁵⁶, desde logo, pelo menos, no

²¹⁵⁰ CANOTILHO, Gomes, “Omissões normativas e deveres de protecção”, p. 122 e s., MIRANDA, Jorge / SILVA, Jorge Pereira da, ²*Constituição Portuguesa Anotada*, I, Art. 18.º, p. 343, UNRUH, Peter, *Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten*, p. 22 e s., VOßKUHLE / KAISER, “Grundwissen – Öffentliches Recht: Funktionen der Grundrechte”, p. 412, e STERN, Klaus, “Die Schutzpflichtenfunktion der Grundrechte”, p. 246.

²¹⁵¹ GONÇALVES, Pedro, “Estado de garantia e mercado”, p. 110.

²¹⁵² PIETRZAK, Alexandra, “Die Schutzpflicht im verfassungsrechtlichen Kontext”, p. 748.

²¹⁵³ Na perspectiva do modelo do Estado Garantidor relevarão aqui sobretudo os “fornecedores e prestadores de serviços” (GONÇALVES, Pedro, “Estado de garantia e mercado”, p. 110), em especial “as empresas privadas que prestem serviços de interesse económico geral (água, electricidade, gás natural, telecomunicações, transportes)” (ANDRADE, Vieira de, “Os direitos dos consumidores como direitos fundamentais...”, p. 154).

²¹⁵⁴ Adoptam esta configuração LAGODNY, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, p. 11 e s., CANOTILHO, Gomes, “Omissões normativas e deveres de protecção”, p. 122 e s., e MIRANDA, Jorge / SILVA, Jorge Pereira da, ²*Constituição Portuguesa Anotada*, I, Art. 18.º, p. 343.

²¹⁵⁵ Esta dimensão de conflito é especialmente acentuada por MAYER, Matthias, *Untermaß, Übermaß und Wesensgehaltgarantie: die Bedeutung staatlicher Schutzpflichten für den Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers im Grundrechtsbereich*, Baden-Baden, Nomos, 2005, p. 30 e ss. e *passim*.

²¹⁵⁶ Entendendo também que esta será a situação regra, MIRANDA, Jorge / SILVA, Jorge Pereira da, ²*Constituição Portuguesa Anotada*, I, Art. 18.º, p. 343.

plano da sua liberdade geral de acção e no extremo eventualmente até do da sua liberdade pessoal, caso à conduta seja atribuída relevância penal e seja aplicada pena de prisão. Por conseguinte, “uma protecção através de ingerência”²¹⁵⁷, pelo que, quando voltado para este último indivíduo, a feição que o Estado lhe mostra não é a do “amigo protector”, mas a do “inimigo agressor”. Razão pela qual, para essa pessoa, os direitos fundamentais funcionam aqui como *direitos de defesa* contra o Estado, convocando o princípio da proibição do excesso.

A imagem triangular mostra bem a ambivalência dos direitos fundamentais, revelando o rosto de Jano com que o Estado se apresenta neste confronto²¹⁵⁸. Mas revela ainda indiscutivelmente aquilo que neste contexto pretendemos significar, nomeadamente, que é na vertente do dever de protecção que surge o impulso para as medidas estaduais protectoras de direitos fundamentais, penais e contra-ordenacionais incluídas, nela radicando portanto o fundamento que, positivamente, permite cobrir de legitimidade material a intervenção estadual. É óbvio que isso não é suficiente para, sem mais, afirmar a legitimidade da acção protectora do Estado, tudo dependendo ainda da conformidade constitucional da intromissão restritiva, *maxime* da observância do princípio da proibição do excesso. Dito na gramática penal, caso se trate de realidade normativa com relevo criminal, tudo dependendo ainda da dignidade penal do facto e da sua carência de tutela penal. Mas estas categorias são um *posterius* de legitimação pela negativa; e não um *prius* de legitimação positiva, sendo, como tal, insusceptíveis de, em primeira linha, orientar o rumo da intervenção penal. Por outras palavras, colhidas da nossa jurisprudência constitucional, são o ponto de chegada e não o ponto de partida da decisão legislativa sobre a criminalização e da sua legitimação²¹⁵⁹.

2. A função estadual de protecção adquire sentido ali onde se deprende com uma necessidade de tutela de bens jurídicos inscritos no catálogo constitucional dos direitos fundamentais ante comportamentos juridicamente ilícitos de particulares que envolvam

²¹⁵⁷ WAHL, Rainer / MASING, Johannes, “Schutz durch Eingriff”, *JZ*, 1990, p. 553 e ss., e UNRUH, Peter, *Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten*, p. 80 e ss., para quem será rara uma protecção estadual desacompanhada de uma ingerência (p. 88).

²¹⁵⁸ SILVA, Sandra Oliveira e, *A Protecção de Testemunhas no Processo Penal*, p. 48.

²¹⁵⁹ Cf. Ac. do TC n.º 75/2010 (11.4.8).

a sua lesão ou um perigo para a sua integridade²¹⁶⁰, seja *per se*, seja em conjugação cumulativa com outras condutas da mesma espécie²¹⁶¹.

Em face de ameaças desta natureza para bens jusfundamentais está o Estado obrigado a avançar com um *programa de tutela* que garanta adequada e eficazmente a sua protecção. Sob o prisma constitucional, antes que de uma obrigação de meios, do que se trata é de uma obrigação de resultado²¹⁶², já que “a Constituição apresenta a protecção como finalidade, mas não especifica os termos da sua concreta materialização”²¹⁶³, sendo então “tarefa do legislador a concreta determinação do modo e da extensão da protecção”²¹⁶⁴. Na realidade, derivando da Constituição uma imposição de protecção de determinado bem jusfundamental, para esse específico efeito – que não, obviamente, para outros, como os que digam respeito a restrições de direitos fundamentais de terceiros inerentes à consecução da tarefa protectiva – é-lhe *relativamente indiferente* em que termos e com que meios é que essa tutela é concretamente assegurada. O que conta, na perspectiva constitucional, é que o seja; ficando, em primeira linha, ao critério do legislador ordinário a mobilização dos meios “adequados, eficazes e suficientes”²¹⁶⁵ para tanto.

3. Antes de levarmos mais longe o esforço de densificação das directrizes que devem orientar a concreta materialização do dever de protecção, cumpre fazer uma clarificação que nos parece imperiosa para desde já dissipar possíveis equívocos acerca do nosso pensamento nesta matéria.

²¹⁶⁰ Cf. PIETRZAK, Alexandra, “Die Schutzpflicht im verfassungsrechtlichen Kontext”, p. 749, ISENSEE, “Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht”, n.ºs m. 218 e 222 e ss., e PINTO, Paulo Mota, “O direito ao livre desenvolvimento da personalidade”, p. 192.

²¹⁶¹ Cf. supra, § 26.

²¹⁶² Neste sentido, PIETRZAK, Alexandra, “Die Schutzpflicht im verfassungsrechtlichen Kontext”, p. 752, e ISENSEE, “Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht”, n.º m. 299. Repare-se que de novo é patente uma convergência conceptual da teoria jusfundamental do dever estadual de protecção com o modelo do Estado Garantidor, onde, como verificámos (supra, § 22.2, 2.) também se entende que a responsabilidade pública de garantia se traduz para o Estado numa obrigação de resultado (cf. novamente SCHOCH, Friedrich, “Gewährleistungsverwaltung”, p. 245, FRANZIUS, Claudio, “Der Gewährleistungsstaat”, p. 355, e GONÇALVES, Pedro, “Estado de Garantia e mercado”, p. 104).

²¹⁶³ *BVerfGE* 88, 203, p. 254, seguido na doutrina portuguesa por CANOTILHO, Gomes, “Omissões normativas e deveres de protecção”, p. 113.

²¹⁶⁴ *BVerfGE* 88, 203, p. 254, e nos mesmos termos os Acs. do TC n.ºs 75/2010 e 101/2009.

²¹⁶⁵ ISENSEE, “Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht”, n.º m. 219 e ainda n.º m. 303, em consonância com o Tribunal Constitucional Federal alemão, que também aponta a *adequação* e a *eficácia* da tutela como conceitos-chave do dever de protecção (Ac. de 28-05-1993, IVG II, *BVerfGE* 88, 203, p. 254)

Neste contexto, temos sobretudo como propósito apresentar e fundamentar aquela que nos parece ser a fonte constitucional de legitimação material da intervenção penal e contra-ordenacional e não tanto discernir critérios de inconstitucionalidade motivada por uma eventual abstenção de actuação estadual penal ou contra-ordenacional. Dúvidas não há de que entre uma questão e outra existe uma estreita relação de mútua imbricação, pois se uma abstenção de acção protectora estadual for jurídico-constitucionalmente censurável é evidente que tal juízo radicar-se-á no mesmo fundamento que, por sua vez, permitiria legitimar um acto estadual dirigido a essa protecção. Exemplifiquemos: se, como entendem alguns, num juízo que não acompanhamos²¹⁶⁶, fosse inconstitucional a impunidade penal da interrupção voluntária da gravidez por simples decisão da gestante, num modelo de prazo, essa inconstitucionalidade ficaria a dever-se essencialmente a um défice de tutela adequada da vida intra-uterina que ao Estado cumpre proteger; ora, vendo as coisas pelo prisma inverso, é exactamente este dever de tutela que, positivamente, confere legitimidade ao Estado para tipificar como crime de aborto as condutas abortivas dolosas realizadas logo a partir da nidação.

Se, como assim se vê, o dever de protecção está na base da relação umbilical existente entre o plano da legitimação material da intervenção sancionatória e o plano da aferição da inconstitucionalidade da ausência de acção sancionatória, tal íntima conexão não vai, porém, ao ponto de implicar uma sobreposição entre esses dois planos. Significa isto, concretamente, que uma decisão legislativa no sentido de atribuir relevância penal ou contra-ordenacional a um certo comportamento em função da ameaça que representa para um bem jusfundamental não deixará de contar com o dever estadual de protecção de direitos fundamentais como sua fonte de legitimação material pelo facto de, em caso de inexistência de tal prescrição sancionatória, não haver motivo para suspeitar de inconstitucionalidade por violação do princípio da proibição da insuficiência. Exemplifiquemos de novo: não é pelo facto de a irrelevância penal do aborto cometido sob a forma negligente não parecer suscitar qualquer objecção de inconstitucionalidade por défice de protecção da vida intra-uterina que o legislador estará inibido de decidir criminalizar o aborto negligente (como sucede, por exemplo, em Espanha: art. 146.º do CP espanhol), sendo que se isso acontecer será por intermédio

²¹⁶⁶ Cf. DIAS, Figueiredo / BRANDÃO, Nuno, ²*Comentário Conimbricense do Código Penal*, I, Art. 142.º, §§ 48 e ss., na linha de DIAS, Figueiredo, ²*Comentário Conimbricense do Código Penal*, I, Nótula antes do art. 142.º, *passim*.

do dever estadual de protecção que a decisão incriminadora adquirirá a sua legitimação material. O mesmo se diga, na mesma linha exemplificativa, quanto à tutela contra-ordenacional do direito à higiene, segurança e saúde no trabalho: mesmo tendo sido julgada não inconstitucional a revogação, operada pelo art. 12.º da Lei n.º 7/2009, da contra-ordenação que sancionava o empregador pela violação do seu dever de submeter o trabalhador a exames de saúde antes da sua contratação (Acs. do TC n.ºs 187/2010, 269/2010 e 270/2010), dúvidas não haverá de que a credencial legitimadora da reposição de tal contra-ordenação pelo art. 108.º da Lei n.º 102/2009, de 10/9 (Regime Jurídico da Promoção da Segurança e Saúde no Trabalho), continua a residir no dever estadual de protecção inerente ao direito fundamental à prestação do trabalho em condições de higiene, segurança e saúde.

Com esta dilucidação fica patente que a legitimação da intervenção (eventualmente sancionatória) estadual para protecção de bens jusfundamentais não se reduz ao (nem se confunde com o) parâmetro do princípio constitucional da proibição da insuficiência, não sendo por isso de acompanhar Hassemer quando centra neste princípio a sua primeira aproximação a uma tentativa de fundamentação alternativa do paradigma do bem jurídico²¹⁶⁷. Mais ainda, fica além disso patente que de modo algum a questão do dever de protecção tem necessariamente de desembocar num cenário de imposição constitucional implícita de criminalização, já que pode não decorrer da Constituição uma obrigação de criminalização de uma certa conduta sem que por isso deixe ela de poder ser criminalizada em função do dever de protecção, dele recebendo assim a sua legitimação material.

Em síntese, um acto estadual teleologicamente orientado pela finalidade de cumprimento do dever estadual de protecção de direitos fundamentais não tem de ser constitucionalmente imposto para poder ser constitucionalmente legítimo²¹⁶⁸ e ver reconhecido que a sua legitimidade material é adquirida justamente através dessa função protectora²¹⁶⁹.

²¹⁶⁷ HASSEMER, “Darf es Straftaten geben...”, p. 62 e ss.

²¹⁶⁸ Nesta conclusão, igualmente CUNHA, Maria da Conceição, «*Constituição e Crime*», p. 289 e ss.

²¹⁶⁹ Deste modo, logo PULITANÒ, “Obblighi costituzionali di tutela penale?”, p. 497, suposta a aceitação do dever estadual de protecção de direitos fundamentais; e mais recentemente, SARLET, Ingo, “Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais”, p. 361, e ISENSEE, “Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht”, n.º m. 289, para quem é pelo “dever de protecção jusfundamental que é conferida legitimação material às leis que o materializam”.

Feita esta advertência clarificadora, prossigamos na exegese do conteúdo do dever de protecção, mais exactamente dos meios em geral mobilizáveis para lhe dar devido cumprimento.

4. Sendo essa uma eminente tarefa estadual, com ela devem estar comprometidos todos os poderes estaduais, o legislativo, o administrativo e o judicial, cabendo, naturalmente, o papel central ao poder legislativo. É do legislador que, na verdade, atenta a sua legitimidade democrática e o princípio da separação de poderes²¹⁷⁰, se espera o essencial da definição do *quando* e sobretudo do *como* da prossecução da acção estadual de tutela de direitos fundamentais²¹⁷¹.

Nesse papel, o legislador dispõe de uma ampla margem de liberdade de decisão e de conformação²¹⁷², cuja sindicabilidade constitucional é ainda mais lassa do que aquela que em regra vale para a apreciação das restrições aos direitos fundamentais²¹⁷³, já de si beneficiária de uma atitude de larga tolerância e de autocontenção da parte da jurisprudência constitucional, fruto da *judicial self-restraint* que por regra caracteriza a actividade de fiscalização da constitucionalidade²¹⁷⁴.

Deve-se sobretudo a Robert Alexy a compreensão hoje dominante acerca da estrutura do dever de protecção e sua contraposição com a função de defesa dos direitos fundamentais²¹⁷⁵, geralmente aquela que, no fundo, através das categorias da dignidade penal e da carência de tutela penal, é convocada pela doutrina penal para concretização do conceito material de crime. Determinando o dever de protecção uma acção do Estado, um *facere* – e não, como sucede na sua vertente de defesa face ao Estado, uma

²¹⁷⁰ Fundamental, BACHOF, “Estado de direito e poder político”, *passim*.

²¹⁷¹ Nestes termos, NOVAIS, Jorge Reis, *As Restrições aos Direitos Fundamentais*, p. 89 e s., ANDRADE, Vieira de, “Os direitos dos consumidores como direitos fundamentais...”, p. 149 e ss., e o Ac. do TC n.º 101/2009, citando Klaus Stern: “o legislador é o destinatário preferencial dos deveres de protecção”.

²¹⁷² Assim, o Tribunal Constitucional Federal alemão (*BVerfGE* 39, 1, p. 45 e ss.), objecto, porém da crítica de BACHOF, “Estado de direito e poder político”, p. 19, justamente por ter ido longe de mais na sua sindicância da discricionariedade legislativa. Na mesma direcção, também o nosso Tribunal Constitucional, *v. g.*, nos Acs. n.ºs 85/85, 75/2010 e, por fim, 101/2009: “No cumprimento dos deveres de protecção de bens jurídicos que a Constituição estabelece ao consagrar um direito fundamental o legislador tem sempre alguma margem de livre apreciação no que respeita à escolha dos meios mais adequados para garantir esse bem. (...) *Esta margem de livre apreciação aumenta quando está em causa a protecção penal*” (it. nosso). E na doutrina, BACHOF, “Estado de direito e poder político”, p. 19, CANARIS, “Grundrechte und Privatrecht”, p. 227, KLEIN, Eckart, “Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates”, p. 1637, ROBBERS, Gerhard, “Strafpflichten aus der Verfassung”, p. 152 e s., ROXIN, “AT”, § 2, n.º m. 95, AMARAL, Freitas do / MEDEIROS, Rui, “Responsabilidade civil do Estado...”, p. 369, e MIRANDA, Jorge / SILVA, Jorge Pereira da, ²*Constituição Portuguesa Anotada*, I, Art. 18.º, p. 344.

²¹⁷³ Cf. Ac. do TC n.º 75/2010 (11.4.17).

²¹⁷⁴ Cf. BACHOF, “Estado de direito e poder político”, p. 8 e ss., e supra, § 14.3, 3.

²¹⁷⁵ ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, pp. 179 e ss., 401 e ss. e (esp.) 410 e ss.

abstenção estadual, um *non facere* –, poderá ele materializar-se tanto sob a forma de acções estaduais materiais ou fácticas, como sob a forma de acções estaduais normativas²¹⁷⁶, traduzindo-se estas últimas, de acordo com Alexy, em “direitos a actos de normação estaduais”²¹⁷⁷. Sob este ponto de vista jusfundamental, poderá falar-se aqui num direito a uma prestação (*Leistungrecht*), exacto contrapólo do conceito de direito de defesa (*Abwehrrecht*) e de acordo com o qual um qualquer direito a uma conduta activa do Estado corresponde a um direito a uma prestação²¹⁷⁸. Integram-se aí actos estaduais tão díspares como aqueles que vão desde “a protecção do cidadão em relação a outros cidadãos através de normas jurídico-penais, passando pela previsão de normas organizatórias e procedimentais até à disponibilização de prestações pecuniárias e materiais”²¹⁷⁹. Constelações que dão lugar a uma categorização dos direitos a prestações, em sentido lato, em três grupos, o dos direitos à protecção, o dos direitos à organização e procedimento e o dos direitos a prestações em sentido estrito²¹⁸⁰. Aqueles *direitos à protecção* a que se refere Alexy correspondem em substância à função do dever estadual de protecção de direitos fundamentais a que vimos aludindo, tendo a estrutura para eles proposta por Alexy no seu *Theorie der Grundrechte* passado a servir de cânone exegético para toda a dogmática jusfundamental do dever de protecção²¹⁸¹.

A satisfação do dever de protecção poderá passar pelo recurso a prestações fácticas, mas assentará fundamentalmente em prestações estaduais de cariz normativo²¹⁸², designadamente, na emissão de legislação, seja ela de que ordem for²¹⁸³, administrativa, civil²¹⁸⁴, penal²¹⁸⁵, contra-ordenacional²¹⁸⁶, processual²¹⁸⁷, etc. A

²¹⁷⁶ ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, p. 179 e s.

²¹⁷⁷ ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, p. 180, que dá como exemplo, nem mais, nem menos, do que o direito do nascituro à protecção através de normas jurídico-penais.

²¹⁷⁸ ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, p. 402.

²¹⁷⁹ ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, p. 403.

²¹⁸⁰ ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, p. 405.

²¹⁸¹ ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, p. 410 e ss.; e claramente no seu encaço, v. g., UNRUH, Peter, *Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten*, pp. 74 e ss. e 79 e ss., ISENSEE, “Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht”, n.º m. 281 e ss., e na doutrina portuguesa, CANOTILHO, Gomes, “Omissões normativas e deveres de protecção”, p. 114 e ss., e NOVAIS, Jorge Reis, *As Restrições aos Direitos Fundamentais*, p. 93 e s.

²¹⁸² ANDRADE, Vieira de, “Os direitos dos consumidores como direitos fundamentais...”, p. 150 e ss., CANARIS, “Grundrechte und Privatrecht”, p. 227, ISENSEE, “Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht”, n.º m. 281 e ss., STERN, Klaus, “Die Schutzpflichtenfunktion der Grundrechte”, p. 247, e na esteira deste, citando um seu estudo anterior em que atribuía já à mediação legal este papel determinante, o Ac. do TC n.º 101/2009 (f).

²¹⁸³ ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, p. 410.

²¹⁸⁴ CANARIS, “Grundrechte und Privatrecht”, p. 227.

²¹⁸⁵ ISENSEE, “Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht”, n.º m. 152.

consideração dos instrumentos normativos a lançar mão para este efeito deve levar em linha de conta a profunda e prenhe de significado diversidade estrutural que separa as distintas funções de defesa ante o Estado e de protecção ante terceiros através do Estado que integram a ideia de direitos fundamentais²¹⁸⁸. Como explicita Alexy, neste passo expressamente seguido pelo nosso Tribunal Constitucional²¹⁸⁹, sob a óptica da sua função de defesa face ao Estado, o direito fundamental postula uma *proibição*, a proibição de *toda e qualquer* conduta estadual que com ele contenda; mas já sob a perspectiva da função de protecção face a terceiros implica uma *imposição*, só que não de uma imposição de uma qualquer acção, mas antes daquela concreta acção que se mostre adequada e eficaz à sua protecção²¹⁹⁰. Uma imposição que coenvolve a necessidade de uma escolha de entre um leque de opções de tutela frequentemente diversificado e leva portanto as mais das vezes implicada uma irredutível e ampla margem de apreciação (*Spielraum*)²¹⁹¹.

Neste quadro, os parâmetros de ponderação e de controlo de uma função e de outra não podem deixar de ser também eles distintos. Estando em causa uma ingerência estadual na esfera dos direitos de liberdade do indivíduo, *é essa específica intromissão* restritiva que carece de ser avaliada à luz da consideração dos direitos fundamentais como direitos de defesa. Já se o problema é o da ausência de determinada forma de protecção, e portanto de desguarnecimento de tutela, não é só essa medida protectora eventualmente em falta que deve entrar em contas, mas *todas as demais possíveis*, já existentes ou razoavelmente cogitáveis. Medidas essas que também elas estando (ou, se apenas admitidas no plano do direito a constituir, podendo estar) ao serviço da tutela do bem jusfundamental em questão, colhem a sua legitimidade material na função do dever de estadual de protecção de direitos fundamentais a que assim se encontram adstritas.

O Acórdão n.º 75/2010 do nosso Tribunal Constitucional é bem ilustrativo desta compreensão do problema. Confrontando-se com um regime legal despenalizador do aborto consensual num modelo de prazo, a avaliação da conformidade constitucional da

²¹⁸⁶ Referindo-se expressamente às normas contra-ordenacionais, mencionando-as em parêntese com as normas penais, ISENSEE, “Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht”, n.ºs m. 267 e 294.

²¹⁸⁷ VIGANÒ, Francesco, “L’arbitrio del non punire”, *passim*.

²¹⁸⁸ ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, p. 415 e s.

²¹⁸⁹ Cf. Acs. n.ºs 75/2010 (11.4.3) e 270/2010, e já antes também, na dogmática portuguesa, CANOTILHO, Gomes, “Omissões normativas e deveres de protecção”, p. 114 e ss.

²¹⁹⁰ ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, p. 420.

²¹⁹¹ ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, p. 420 e s.

opção legislativa andou bem longe de uma lógica de tudo (manutenção do funcionamento irrestrito da incriminação nas primeiras 10 semanas) ou nada (despenalização, pura e simples, sem qualquer medida adicional)²¹⁹². Bem pelo contrário, na discussão foram consideradas outras medidas protectivas do bem jurídico, como a da exigência legal de uma consulta prévia e possíveis feições de que a mesma se deveria revestir. Aliás, o debate dentro do Tribunal polarizou-se não sobre a questão da despenalização propriamente dita, mas do conteúdo da consulta prévia. Pomo da discórdia foi o do modelo da consulta (ainda) compatível com o cumprimento do dever de protecção: consulta de pendor mais informativo, como escolheu a lei portuguesa²¹⁹³ e mereceu o aval da maioria que fez vencimento no Tribunal por contraposição a uma consulta de cariz dissuasor, à semelhança da solução legal alemã, como pretendia a posição minoritária²¹⁹⁴. Com isto se percebe que a prevalecer a tese da inconstitucionalidade decorreria ela, afinal, não de uma ausência de tutela penal, mas tão-somente de um modelo de consulta prévia insuficiente para assegurar uma protecção adequada e eficaz do bem jurídico vida intra-uterina²¹⁹⁵. Como se percebe ainda, em vista do juízo de solvabilidade constitucional sufragado pelo Tribunal Constitucional português, que uma medida fáctica (v. g., uma consulta médica) pode concorrer com uma solução penal como alternativa válida para assegurar a tutela estadual constitucionalmente devida de um bem jusfundamental.

§ 30.2 A materialização do dever estadual de protecção especificamente através do direito penal e do direito das contra-ordenações

1. Aqui chegados, pensamos poder dar já como bem fundada a ideia que começámos por avançar de que a tutela de bens jurídicos dotados de dignidade constitucional jusfundamental de modo algum constitui um monopólio do direito penal.

²¹⁹² Cono nota UNRUH, Peter, *Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten*, p. 74, a lógica da dogmática do dever de protecção é arredia a um pensamento do “tudo ou nada”.

²¹⁹³ Cf. DIAS, Figueiredo / BRANDÃO, Nuno, ²*Comentário Conimbricense do Código Penal*, I, Art. 142.º, § 52 e s.

²¹⁹⁴ Cf. os votos vencidos dos Conselheiros Borges Soeiro, Maria Lúcia Amaral e Rui Moura Ramos ao Ac. do TC n.º 75/2010.

²¹⁹⁵ Quando comparado com o seu voto de vencido ao Ac. do TC n.º 617/2006, o voto do Cons. Moura Ramos ao Ac. n.º 75/2010 é bem sintomático disto que pretendemos mostrar: enquanto inicialmente entendia que qualquer solução de prazo seria inconstitucional, por implicitamente entender que o défice de protecção só seria colmatado mediante intervenção penal, depois passou a assentar o juízo de inconstitucionalidade já não na abstenção de tutela penal, mas na falta de uma consulta prévia verdadeiramente dissuasora do propósito abortivo manifestado pela gestante.

Que, portanto, aqueles bens jurídicos que correntemente são apelidados de bens jurídico-penais são os mesmíssimos bens jurídicos susceptíveis de receber protecção do direito civil, do direito administrativo, do direito contra-ordenacional, *etc.*²¹⁹⁶; e que quando tal suceda esses bens jurídico-penais são também bens jurídico-civis, bens jurídico-administrativos ou bens jurídico-contra-ordenacionais.

O direito penal tem, assim, a seu lado outros instrumentos, de natureza normativa e não normativa, que também participam da função de protecção que ao Estado cumpre desempenhar. Como agora nos parece resultar evidente, entre eles contam-se, de corpo inteiro, também o direito contra-ordenacional²¹⁹⁷. Destarte, visto da perspectiva da Constituição, o direito das contra-ordenações não só pode, como deve actuar em prol da directa e imediata tutela de bens jurídicos fundamentais. Mais, diríamos até que o direito contra-ordenacional desempenha aí hoje um papel decisivo, senão mesmo insubstituível, se se quiser preservar a natureza de *ultima ratio* do direito penal e evitar que as penas criminais se transformem na *sola ratio* da política criminal dirigida à tutela de bens jusfundamentais.

Sendo estas as coordenadas constitucionais que devem orientar a acção do direito contra-ordenacional no domínio dos direitos fundamentais, aquele que é, indubitavelmente, o espaço nobre do direito penal, tudo leva a crer que até nele não há razões para afirmar uma diferenciação material entre o facto penal e os facto contra-ordenacional. Ambos têm natureza exclusivamente sancionatória; ambos são constitucionalmente concebidos como instrumentos ao serviço da tutela de bens jusfundamentais, susceptíveis de utilização para cumprimento do dever estadual de protecção de direitos fundamentais e através dele adquirindo, *prima facie*, a sua legitimidade material; e ambos são tendencialmente mobilizáveis como meio de reacção sancionatória pública para reagir quer a lesões²¹⁹⁸, quer a colocações em perigo de bens jurídicos fundamentais. E porque assim é e assim deve ser à luz do quadro

²¹⁹⁶ Nesta direcção, LAGODNY, “Human dignity...”, p. 581 e ss., NOVAIS, Jorge Reis, *As Restrições aos Direitos Fundamentais*, p. 90, MIRANDA, Jorge / SILVA, Jorge Pereira da, ²*Constituição Portuguesa Anotada*, I, Art. 18.º, p. 344, CANARIS, *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, p. 115, e na doutrina penal MÜLLER-DIETZ, *Strafe und Staat*, p. 32, ROMANO, Mario, “La legittimazione delle norme penali”, p. 37, e ROXIN, “El concepto de bien jurídico...”, p. 14.

²¹⁹⁷ Neste sentido também, como referimos já, ISENSEE, “Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht”, n.º m. 267, e ainda LAGODNY, “Human dignity...”, p. 582.

²¹⁹⁸ Cf., v. g., o já mencionado art. 38.º-1, r), do Decreto-Lei n.º 315/2009, que tipifica uma contra-ordenação de *lesão* da integridade física por negligência, consubstanciada de violação dos deveres de cuidado e de vigilância de animais de companhia perigosos que “der azo a que um animal ofenda o corpo ou a saúde de outra pessoa causando-lhe ofensas à integridade física que não sejam consideradas graves”.

constitucional a que tanto o direito penal, como o direito contra-ordenacional se encontram subordinados, há então fundadas razões para entender que a relação entre um e outro, na perspectiva do *facto punível*, é de convergência e não de divergência material.

Só assim porventura não será se houver motivos para admitir que determinadas ofensas a bens jurídicos fundamentais são, pela sua natureza intrínseca, matéria absolutamente reservada ao direito penal, por isso que resultando directamente da Constituição directrizes impositivas da sua criminalização a que o legislador se encontra ferreamente amarrado. Uma realidade normativa que, todavia, é estranha ao nosso paradigma constitucional, que, como veremos, repudia imposições constitucionais implícitas absolutas de criminalização.

2. Para prossecução do seu dever de protecção, pode o Estado, como dissemos, lançar mão de medidas protectivas da mais variada espécie, normativas ou não, dispondo o legislador de uma assinalável liberdade de decisão. Entendendo conveniente o recurso, isolado ou concertado, a meios penais ou contra-ordenacionais será, como é óbvio, pela via normativa que a sua acção protectiva se desenvolverá. Para esta escolha, à semelhança, aliás, do que sucede com a generalidade das demais decisões legislativas, dificilmente poderão apontar-se mais do que genéricas linhas de orientação, que sempre carecem de ser afeiçoadas à concreta realidade da vida social a que se dirigem. Uma ideia, em todo o caso, nos parece segura, de resto, em linha de convergência com a generalidade da doutrina e jurisprudência constitucionais²¹⁹⁹, quando a este propósito enfatizam como ideia-chave a *efectividade da tutela*: objectivo do Estado deverá ser o de assegurar um programa de tutela que se apresente como adequado e eficaz a garantir a integridade do bem jurídico perante as plúrimas e multifacetadas ameaças que sobre ele parem.

Neste sentido, importará começar por definir as grandes linhas da abordagem normativa a adoptar, o que pressupõe uma avaliação global das necessidades de protecção dos bens jusfundamentais presentes no domínio da vida objecto de regulação²²⁰⁰. Uma tal aproximação ao problema começará por permitir a definição de uma *estratégia de tutela* assente em determinados eixos de actuação, v. g., de natureza

²¹⁹⁹ Cf. infra, § 30.3.

²²⁰⁰ Cf. *BVerfGE* 39, 1, p. 45.

cível, administrativa, policial, contra-ordenacional e/ou penal. Isto posto, e no que no plano sancionatório releva, cumprirá recortar as constelações fácticas representativas de hipóteses de lesão ou de perigo para os bens jurídicos em jogo a definir como ilícitas e susceptíveis de sancionamento estadual, sejam elas fruto de uma única conduta isolada ou de um conjunto de acções cumulativamente consideradas. Como é natural, a abordagem sancionatória não tem de ser monocolor, podendo fazer todo o sentido, como em muitos casos faz, a adopção de um regime sancionatório misto, que conte tanto com crimes, como com contra-ordenações, combinando e articulando as duas espécies de infracções em ordem a garantir uma tutela tão eficaz quanto possível. Nos termos desta “estratégia sancionatória global”²²⁰¹, mais do que uma consideração avulsa de cada uma das infracções tipificadas, descontextualizada do regime em que se integram, importa sobretudo levar em linha de conta a força protectora das medidas escolhidas quando tomadas na sua globalidade e em funcionamento concertado²²⁰². Daí que nos pareça fazer sentido referirmo-nos aqui a um *programa de tutela*, concebido como um conjunto sistematizado e coerente de medidas estaduais filiadas num desígnio de tutela que lhes confere uma unidade global de sentido.

Devendo a protecção resultar deste esforço global de tutela e portanto ser vista como bem mais do que uma mera soma desgarrada das medidas protectoras mobilizadas, será redutora uma apreciação da sua efectividade concentrada apenas, avulsa e unilateralmente, em cada um dos meios de protecção, desligando-o dos demais²²⁰³. Um risco que, todavia, é potenciado por uma avaliação levada a cabo no âmbito de uma fiscalização concreta de constitucionalidade, normalmente convocada para uma apreciação particularíssima de uma específica norma sancionatória do plano global de tutela. Vimos isso suceder na análise da constitucionalidade da revogação da contra-ordenação relativa aos exames de saúde a efectuar pelo empregador ao seu trabalhador. Aí, sendo chamado a apreciar a conformidade constitucional de apenas uma única e específica contra-ordenação juslaboral, o Tribunal Constitucional pronunciou-se pela não inconstitucionalidade²²⁰⁴, mas nada garante que o juízo fosse o mesmo se a

²²⁰¹ PEDRAZZI, Cesare, “Relazione di sintesi”, in: *L’Illecito Penale Amministrativo: Verifica di un Sistema*, Padova, CEDAM, 1987, p. 205.

²²⁰² Substancialmente nestes termos, *BVerfGE* 39, 1, p. 46, e Ac. do TC n.ºs 75/2010 (11.4.4 e *passim*); e ainda, na doutrina, DOLCINI, “Sanzione penale o sanzione amministrativa”, p. 619, ROBBERS, Gerhard, “Strafpflichten aus der Verfassung”, p. 151 e s., e CANARIS, *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, p. 112 e ss.

²²⁰³ Exemplares, no bom sentido, os Acs. do TC n.ºs 75/2010, 187/2010, 269/2010 e 270/2010.

²²⁰⁴ Acs. n.ºs 187/2010, 269/2010 e 270/2010.

questão tivesse sido suscitada no plano de uma fiscalização abstracta que devesse avaliar os efeitos da lei revogatória em toda a sua amplitude, nomeadamente, o desaparecimento de todo o bloco de contra-ordenações que até aí representava o tronco do programa de tutela dos bens jurídicos relativos ao direito fundamental à higiene, segurança e saúde no trabalho.

Na decisão legislativa no sentido da materialização do dever de protecção jusfundamental através da definição de um programa de tutela – no qual, como acabámos de referir, podem ser integradas estratégias de protecção penais ou contra-ordenacionais –, deve entrar em linha de conta uma complexa e diversificada pluralidade de factores, a serem ponderados sob o signo rector da adequação e eficácia da tutela. Via de regra, não será possível antecipar soluções rígidas e fechadas sobre aquele que deverá ser o conteúdo do plano de protecção. Não obstante, duas coisas são certas: não é possível e nem sequer desejável, sob pena de asfixia da liberdade e de a vida em sociedade se tornar insuportável, uma eliminação total do risco ou de todas as fontes de perigo para bens jurídicos²²⁰⁵; e só é exigível ao Estado aquilo que for efectivamente possível, tanto no plano fáctico, como no normativo, tendo em conta os princípios estruturantes do Estado de direito²²⁰⁶.

Na ponderação deverão considerar-se conjugadamente, além do mais, factores como o grau de importância do bem jurídico no quadro da ordem axiológico-constitucional dos direitos fundamentais, a espécie e o grau das ofensas que o podem atingir, a probabilidade da sua prática na ausência de mecanismos legais dissuasórios, a sua intensidade e duração, a longevidade e a reversibilidade dos seus efeitos, a proximidade do perigo, o conhecimento e a disposição volitiva do agressor, a condição da vítima, as faculdades de autotutela de que esta possa dispor, a idoneidade e suficiência dos vários meios de tutela disponíveis para, só por si e/ou articuladamente garantir uma tutela eficaz, *etc.*²²⁰⁷.

²²⁰⁵ Cf. STERN, Klaus, “Die Schutzpflichtenfunktion der Grundrechte”, p. 247, que proscree qualquer pretensão de risco nulo ou de segurança absoluta. Concordante, PINTO, Paulo Mota, “O direito ao livre desenvolvimento da personalidade”, p. 192.

²²⁰⁶ Sobre a *reserva do possível* como factor determinante para a conformação do conteúdo do dever de protecção, AMARAL, Freitas do / MEDEIROS, Rui, “Responsabilidade civil do Estado...”, p. 358, ANDRADE, Vieira de, *Os Direitos Fundamentais*, p. 140, MAYER, Matthias, *Untermaß, Übermaß und Wesensgehaltgarantie*, p. 57, e ISENSEE, “Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht”, n.º m. 274 e ss.

²²⁰⁷ Cf. *BVerfGE* 39, 1, p. 45, AMARAL, Freitas do / MEDEIROS, Rui, “Responsabilidade civil do Estado...”, p. 358, NOVAIS, Jorge Reis, *As Restrições aos Direitos Fundamentais*, p. 90, ISENSEE, “Das

Trata-se, assim, de uma ponderação avessa a rígidos critérios de orientação, do tipo “«sim/não», ou mesmo «ou/ou»”²²⁰⁸, e que deve antes ser permeada sobretudo por uma lógica tendencial, de relações que Otto Lagodny designa como “relações quanto-tanto” (“*Je-desto-Relationen*”)²²⁰⁹: v. g., quanto maior a relevância do bem jurídico na hierarquia dos bens jusfundamentais, tanto mais pesadas e gravosas para a esfera do agressor poderão ser as medidas protectivas a considerar; quanto menor for a gravidade ou a probabilidade de consumação do perigo tanto maior deverá a ser importância do bem jurídico nessa escala de valores para que se justifique uma intervenção protectora e vice-versa²²¹⁰; “quanto menor for a reversibilidade (natural ou jurídica) da lesão do bem jusfundamental sob ameaça, ou quanto menor for a capacidade do titular do direito para evitar a lesão ou para se proteger em relação ao agressor (...) tanto maior será a exigência de protecção estadual”²²¹¹; “quanto mais vasto for o potencial lesivo de certo perigo ou risco, tanto mais forte é também o imperativo de protecção estadual”²²¹²; “quanto menor o peso dos direitos fundamentais e interesses contrapostos, tanto mais será de reconhecer um dever jurídico-constitucional de protecção”²²¹³, etc.

Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht”, n.ºs m. 270 e ss. e 300 e ss., e MIRANDA, Jorge / SILVA, Jorge Pereira da, ²*Constituição Portuguesa Anotada*, I, Art. 18.º, p. 342 e ss.

²²⁰⁸ CANARIS, *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, p. 114.

²²⁰⁹ LAGODNY, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, p. 519 e s., para concretização da exigência de proporcionalidade em sentido estrito como condição de legitimidade (negativa) da criminalização, mas numa lógica que nos parece perfeitamente transponível para a determinação do conteúdo do dever estadual de protecção (assim também, no fundo, MÜLLER-DALHOFF, *Zur Abgrenzung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten*, p. 90, e MIRANDA, Jorge / SILVA, Jorge Pereira da, ²*Constituição Portuguesa Anotada*, I, Art. 18.º, p. 343). Antecipando em boa medida este critério avançado por Lagodny, mas por referência ao princípio da dignidade penal, OTTO, “Strafwürdigkeit und Strafbefähigkeit als eigenständige Deliktstypen”, p. 55 e s., e GÜNTHER, Hans-Ludwig, “Die Genese eines Straftatbestandes”, *JuS*, 1978, p. 13; e depois ainda ANGIONI, *Contenuto e Funzioni*, p. 206, e entre nós CUNHA, Maria da Conceição, «*Constituição e Crime*», p. 226 e s., e DOLCINI, “Sanzione penale o sanzione amministrativa”, p. 617.

Ainda neste sentido, com mais referências, CANARIS, *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, p. 114. E já assim, aliás, logo o primeiro Acórdão do Tribunal Constitucional Federal alemão sobre a despenalização da interrupção voluntária da gravidez, num passo já citado: “Esta obrigação de protecção do Estado tem de ser levada tanto mais a sério quanto mais elevado for o grau de importância do bem jurídico em apreço na ordem axiológica da Lei Fundamental” (*BVerfGE* 39, 1, p. 42).

²²¹⁰ LAGODNY, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, p. 520.

²²¹¹ MIRANDA, Jorge / SILVA, Jorge Pereira da, ²*Constituição Portuguesa Anotada*, I, Art. 18.º, p. 343.

²²¹² MIRANDA, Jorge / SILVA, Jorge Pereira da, ²*Constituição Portuguesa Anotada*, I, Art. 18.º, p. 343.

²²¹³ CANARIS, *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, p. 114.

§ 30.3 A efectividade da tutela como critério rector das decisões legislativas penais e contra-ordenacionais

A enunciação destes factores de decisão permite retomar uma ideia fundamental neste domínio de que já demos eco, a de que a palavra determinante pertence aqui ao legislador ordinário e não à Constituição. É este um dado firmemente assente na jurisprudência constitucional portuguesa, entendendo o nosso Tribunal Constitucional que “o que se retira da Constituição é apenas o dever de proteger, não estando predeterminado, nessa sede, um específico modo de protecção”²²¹⁴. Como o é também de há muito na jurisprudência alemã, que, literalmente, desde a primeira hora, dá como adquirido que é ao legislador que, em primeira linha, cabe decidir em que termos será de dar cumprimento ao seu dever de garantir uma tutela efectiva ao bem jusfundamental carente de protecção²²¹⁵. Em resumo, na lição definitiva de Otto Bachof, acerca da tutela da vida do nascituro, mas num enunciado com validade geral, “o problema de saber se esta protecção é melhor assegurada através de medidas penais ou através de outros meios (...), tudo isto são questões que não encontram resposta imediata na Constituição, e para cuja decisão o legislador há-de dispor consequentemente de uma larga margem de liberdade”²²¹⁶.

§ 30.3.1 A proscricção das imposições constitucionais implícitas absolutas de criminalização

1. Tirando os casos em que é a própria Constituição a impor um específico modo de actuação normativo para responder a uma necessidade de tutela de um direito fundamental – por exemplo, impondo expressamente a criminalização de comportamentos atentatórios de certo bem jurídico –, em regra a Lei Fundamental deixa portanto em aberto e ao cuidado do legislador ordinário a definição dos concretos termos através dos quais deverá ser dinamizada a tarefa estadual de protecção jusfundamental.

Temos para nós que só esta concepção é congruente com uma visão do quadro de valores constitucional como ordem axiológica aberta, flexível e compatível com o

²²¹⁴ Ac. do TC n.º 75/2010 (11.4.3).

²²¹⁵ *BVerfGE* 39, 1, p. 44.

²²¹⁶ BACHOF, “Estado de direito e poder político”, p. 19.

pluralismo social; tal como só ela permite evitar que essa ordem de valores e os meios necessários à sua efectiva materialização no pulsar social fiquem cristalizados no momento Constituinte, assim travando inadmissivelmente o passo à sua renovação pelas forças sociais e políticas futuras, afinal de contas aquelas que, no futuro, viverão sob a égide da Constituição.

A esta ideia de Constituição como ordem axiológica aberta e pluralista é profunda e irremissivelmente estranho um pensamento de transigência, por pequena e limitada que seja, à ideia de imposições constitucionais *absolutas* de criminalização, entre nós sustentado, por exemplo, entre outros²²¹⁷, por Conceição Cunha²²¹⁸ e João Loureiro²²¹⁹. Para esta perspectiva, que se vem manifestando sobretudo no contexto do debate sobre a admissibilidade constitucional da despenalização de certas formas de interrupção voluntária da gravidez, o eminentíssimo relevo jurídico-constitucional detido por determinado bem jusfundamental implicaria por si só não apenas uma proibição de qualquer espécie de compromisso (*sc.*, de concordância prática) com outros bens jurídicos de semelhante ou menor quilate, como até ainda uma inderrogável imposição de criminalização. Segundo João Loureiro, “a existência de um conjunto de condutas que se traduzem numa violação do conteúdo essencial absoluto dos direitos, isto é, violações da dignidade humana, (...) aponta para obrigações constitucionais de criminalização”²²²⁰. Assim, além de serem portadores de uma pretensão de protecção através do Estado, indissociável da sua dimensão objectiva, os direitos fundamentais em apreço carregariam ainda consigo um signo criminalizador constitucionalmente marcado que retiraria ao legislador ordinário qualquer liberdade de decisão sobre as suas possíveis formas de tutela. Em face de certo tipo de ofensas, os bens jurídicos a

²²¹⁷ V. g., ALMEIDA, Carlota Pizarro de, “Algumas considerações...”, p. 208, e anteriormente PALMA, Maria Fernanda, “Constituição e direito penal”, p. 27, numa posição – “Não haverá, assim, incriminações obrigatórias contra a necessidade de punir. Todavia, onde o Direito Penal for o instrumento adequado de protecção de bens jurídicos essenciais, há um dever de realizar a segurança dos cidadãos através desse tipo de meios” – ao que parece entretanto superada por PALMA, Maria Fernanda, *Direito Constitucional Penal*, p. 56, através da defesa da ideia da (tão-só) “possível obrigatoriedade” da criminalização. Ainda a favor destas imposições absolutas, na doutrina alemã, justamente a propósito da distinção entre crimes e contra-ordenações, MÜLLER-DALHOFF, *Zur Abgrenzung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten*, pp. 90 e s. e 105 e s.

²²¹⁸ CUNHA, Maria da Conceição, «*Constituição e Crime*», pp. 299 e s., 346 e ss., 406 e ss., num pensamento que converge para a conclusão de que “cremos não ser forçado considerar que a Constituição, ao impor a protecção da dignidade humana, da integridade física e da saúde, como valores fundamentais, diríamos mesmo primordiais, exige, *em princípio*, a intervenção penal face a quaisquer condutas *particularmente* perigosas ou lesivas destes bens” (410 e s.).

²²¹⁹ LOUREIRO, João, “Aborto: algumas questões jurídico-constitucionais”, p. 398 e s., e *Constituição e Biomedicina*, p. 947 e s.

²²²⁰ LOUREIRO, João, *Constituição e Biomedicina*, p. 947.

eles inerentes seriam apenas e só bens jurídico-penais, resultando directamente proibida da Constituição qualquer opção legislativa de tutela que não contasse fundamentalmente com o direito penal para garantir a sua protecção.

A ser aceite este pensamento, ficaria aberto o caminho para a afirmação de um cerrado núcleo essencial do direito penal. Donde, pelo menos nesse – mesmo que inevitavelmente pequeno²²²¹ – domínio ganharia viabilidade a pretensão de estabelecer uma diferença de natureza entre os factos penais e contra-ordenacionais. Factos haveria assim que, por definição (constitucional), teriam de ser factos penais, quanto a eles podendo então assinalar-se uma *distinção material ou qualitativa* em relação aos factos contra-ordenacionais.

2. Não é esse, porém, o paradigma de protecção jusfundamental incrustado na nossa Constituição. Como, avisada e correctamente, vem sendo afirmado pela doutrina, especialmente penal, e pelo nosso Tribunal Constitucional²²²², o sistema constitucional português proscreve quaisquer imposições constitucionais implícitas *absolutas* de criminalização²²²³. Além da sua incompatibilidade de princípio com aquela ideia de Constituição aberta a que aludimos supra²²²⁴, entende-se em geral que a elas deve ainda opor-se a sua radical inconciliabilidade com o princípio da necessidade de pena²²²⁵.

Também nós acompanhamos esta intransigente recusa dos imperativos constitucionais absolutos de criminalização e também a nós nos parece prenhe de sentido a invocação do tópico da *necessidade* para fundar essa rejeição. Cremos, em

²²²¹ CUNHA, Maria da Conceição, «*Constituição e Crime*», pp. 304 e 347, e LOUREIRO, João Carlos, “*Bios, tempo(s) e mundo(s): algumas reflexões sobre valores, interesses e riscos no campo biomédico*”, in: Costa Andrade *et. al.* (org.), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, vol. IV, Coimbra, Coimbra Editora, p. 483.

²²²² Cf., *v. g.*, em tempos mais recentes, os Acs. do TC n.ºs 99/2002, 101/2009 e 75/2010.

²²²³ Além de uma colocação deste problema das imposições de criminalização tomando-se como referente a Constituição, assiste-se de há um tempo a esta parte a uma sua discussão igualmente na perspectiva do cumprimento das obrigações internacionais dos Estados: cf. VIGANÒ, Francesco, “*L’arbitrio del non punire*”, *passim*, e MANACORDA, Stefano, “*«Dovere di punire»? Gli obblighi di tutela penale nell’era della internazionalizzazione del diritto*”, *RIDPP*, 2012, p. 1364 e ss.

²²²⁴ Já nesta linha, há muito, PULITANÒ, “*Obblighi costituzionali di tutela penale?*”, p. 523 e s., e RODRIGUES, Anabela, *A Determinação da Medida da Pena Privativa da Liberdade*, p. 290 e ss. (nota 327); e agora, BORGES, Francisco, *O Crime de Desobediência à Luz da Constituição*, p. 47 e ss.

²²²⁵ ANDRADE, Costa, e “*Constituição e Direito Penal*”, p. 203 e ss., RODRIGUES, Anabela, *A Determinação da Medida da Pena Privativa da Liberdade*, p. 291 (nota 327), DIAS, Figueiredo, ²*DP-PG*, I, 7.º Cap., § 39 e s., e “*O «direito penal do bem jurídico» como princípio jurídico-constitucional*”, p. 42 e ss., e CARVALHO, Taipa de, ²*DP-PG*, § 72. Também no sentido desta rejeição corre a doutrina alemã dominante, recenseada por PAULDURO, Aurelia, *Die Verfassungsgemäßheit von Strafrechtsnormen*, p. 90 e s.; bem como a posição de DOLCINI, Emilio / MARINUCCI, Giorgio, “*Constituição e escolha dos bens jurídicos*”, p. 178 e ss.

todo o caso, que deve ele relevar num plano distinto daquele em que é correntemente situado pela nossa doutrina dominante. A linha de força da argumentação apresentada pela posição maioritária é a de que admitir tais obrigações de criminalização pode significar impor o recurso à via penal mesmo quando outros meios – necessariamente menos gravosos para os potenciais agentes do facto – existam que permitam tutelar devidamente o bem jurídico. Assim, ao impor-se a criminalização incorrer-se-ia numa violação do princípio constitucional da subsidiariedade do direito penal, desfecho que, com certeza, não seria querido pela Constituição e prova a indefensabilidade da tese das imposições constitucionais absolutas de criminalização. Uma objecção que leva pressuposta a existência de alternativas viáveis, porque adequadas e eficazes, de tutela, não parecendo ir porém ao ponto de esconjurar a possibilidade de o legislador se vir na contingência, constitucionalmente determinada, de mobilizar o direito penal, designadamente, quando nenhum outro meio ofereça uma protecção efectiva do bem jurídico²²²⁶.

Sem prejuízo de reconhecermos inteira procedência a esta linha crítica, da nossa parte pensamos, de todo o modo, que não se justifica aguardar por um momento tão avançado do processo de legitimação da intervenção penal, como aquele que é o do estágio da carência de tutela penal, para afastar qualquer pretensão em prol de uma admissibilidade de princípio dessas imposições.

A questão deve pôr-se, em nosso modo de ver, logo no momento inicial da legitimação material da intervenção estadual orientada para a tutela de direitos fundamentais, ou seja, *no âmbito da função do dever de protecção jufundamental* que lhes é inerente. É que o conteúdo que a Constituição espera ver assumido por esta função é, por definição, incompatível com imposições constitucionais absolutas de tutela, sejam elas de que natureza forem, penais ou não penais.

Se é de imposições constitucionais de que se fala, cumpre antes de mais procurar perceber o que é que, no fundo, a Constituição aqui pretende do legislador. Ora, dizem-no praticamente em unísono a jurisprudência²²²⁷ e a doutrina²²²⁸ que sobre esta matéria

²²²⁶ Cf. ROXIN, ⁴AT, § 2, n.º m. 95 e s.

²²²⁷ Pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, *BVerfGE* 39, 1, p. 44; 46, 160, p. 163, empregando a fórmula da protecção efectiva (“*effektiven Schutz*”), e ainda *BVerfGE* 88, 203, p. 254, exigindo uma tutela adequada e eficaz (“*angemessenen und wirksamen Schutz*”); e pelo Tribunal Constitucional português, o Ac. n.ºs 85/85 (“instrumento adequado”), 99/2002 (“suficiente e adequadamente garantida”), 101/2009 (“meios mais adequados”), 75/2010 (“protecção constitucionalmente adequada”, 11.4.1) e 269/2010 (“defesa eficaz dos direitos fundamentais”, citando Gomes Canotilho).

se debruçam, o que a Constituição quer é que o legislador garanta uma protecção adequada e eficaz dos bens jusfundamentais, numa palavra, uma tutela *efectiva*. De modo que sendo o legislador aquele órgão estadual a quem compete, antes de todos os demais, dar cumprimento a essa vontade constitucional²²²⁹, vai aqui constitucionalmente implícita uma atribuição de legitimidade ao legislador ordinário para identificar as ameaças para bens jusfundamentais em relação às quais se justifica uma acção protectora estadual, para discernir os possíveis meios de tutela e para, no quadro de uma discricionariedade vinculada à teleologia da função de protecção, definir um programa de tutela²²³⁰. Nada disto é, porém, compatível com uma pré-programação constitucional dos concretos meios de tutela a lançar mão pelo legislador para acorrer à necessidade de protecção suscitada por determinados factos ofensivos de bens jusfundamentais²²³¹. E por conseguinte, as obrigações constitucionais absolutas de criminalização serão de rejeitar desde logo com base no conteúdo do dever de protecção constitucionalmente preconizado.

3. Nesta ordem de ideias poderão, em última análise, aceitar-se imposições constitucionais de criminalização. Mas, tal como entendem a jurisprudência²²³² e a doutrina²²³³ claramente dominantes, essas obrigações serão *apenas relativas* e nunca por nunca absolutas, no sentido de que só serão de acolher se, na realidade, for de concluir que, para certas constelações, *nenhum outro meio* de tutela para além do penal permitirá assegurar uma protecção adequada e eficaz do bem jurídico. E obrigações ainda e

Como nota VIGANÒ, Francesco, “L’arbitrio del non punire”, p. 2688, é igualmente a eficácia da tutela o critério a que neste mesmo domínio apelam, sob directa influência da jurisprudência constitucional alemã, o TEDH e a Corte Inter-Americana de Direitos Humanos.

²²²⁸ PULITANÒ, “Obblighi costituzionali di tutela penale?”, p. 514 e s., ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, p. 421 e s., DOLCINI, Emilio / MARINUCCI, Giorgio, “Constituição e escolha dos bens jurídicos”, p. 178 e ss., KLEIN, Eckart, “Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates”, p. 1637, CANARIS, *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, p. 119, PINTO, Paulo Mota, “O direito ao livre desenvolvimento da personalidade”, p. 196 e s. (nota 131), e CANOTILHO, Gomes, ⁷*Direito Constitucional*, p. 273.

²²²⁹ Cf., de novo, logo no momento seminal da função jusfundamental do dever de protecção, o Ac. do *Bundesverfassungsgericht* de 25-02-1975, *BVerfGE* 39, 1, p. 44.

²²³⁰ Nitidamente neste sentido, o Ac. do TC n.º 75/2010 (11.4.3), nesta parte seguido pelo Ac. n.º 270/2010.

²²³¹ BACHOF, “Estado de direito e poder político”, p. 19 e *passim*.

²²³² Primeiro e por todos, *BVerfGE* 39, 1, p. 46 e s.

²²³³ ANDRADRE, Costa, “O novo Código Penal e a moderna criminologia”, p. 227 e s., nota 34, CARVALHO, Taipa de, ²*DP-PG*, § 72, KLEIN, Eckart, “Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates”, p. 1637 e s., ROBBERS, Gerhard, “Strafpflichten aus der Verfassung”, p. 151 e s., CANOTILHO, Gomes, “Omissões normativas e deveres de protecção”, p. 118 e ss., ROXIN, ⁴*AT*, § 2, n.º m. 95 e s., e PALMA, Maria Fernanda, *Direito Constitucional Penal*, p. 53 e ss.

sempre à *condição*²²³⁴, dada a inderrogável exigência da sua compatibilização com os princípios da proibição do excesso (art. 18.º-2 da CRP) e do respeito pelo núcleo essencial dos direitos fundamentais cuja limitação seja imprescindível para cumprimento do imperativo de tutela (art. 18.º-3 da CRP), os quais, em última instância, em caso de impossibilidade de concreta conciliação entre as funções jusfundamentais de defesa e do dever estadual de protecção, deverão prevalecer e assim ditar o afastamento dessas imposições²²³⁵.

Onde uma tal obrigação relativa de criminalização seja, em todo o caso, de afirmar, em virtude de ausência de qualquer outro instrumento de protecção idóneo e suficiente e da sua compatibilidade com os limites constitucionais previstos para as restrições de direitos fundamentais, será uma ideia de *efectividade de tutela* que continuará ainda aqui a dever presidir à decisão legislativa sobre a concretização do dever estadual de protecção, sintetizada de forma lapidar através da seguinte fórmula proposta por Alexy: “(1) o Estado tem a obrigação de pelo menos mobilizar algum meio efectivo; (2) pelo que, tendo ao seu dispor apenas um meio efectivo, está obrigado a ele recorrer”²²³⁶.

§ 30.3.2 O princípio constitucional da proibição da insuficiência

A perspectiva que adoptamos é corroborada e reforçada pela tendência hoje inequivocamente dominante para estabelecer o *princípio da proibição da insuficiência* (*Untermaßverbot*) como critério decisivo de aferição da conformidade constitucional, sob o ponto de vista do dever estadual de protecção de direitos fundamentais, da escolha (ou da, pura e simples, falta dela) dos meios de tutela efectuada pelo legislador. Uma referência a este princípio da proibição da insuficiência revela-se aqui útil, desde logo assim pelo seu relevo imediato para contrariar eventuais tentações em favor da afirmação de imposições constitucionais absolutas de criminalização, mas ainda também pelas pistas que fornece para colocar o nosso problema de fundo acerca da

²²³⁴ Cf. LAGODNY, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, p. 420.

²²³⁵ Numa conclusão próxima, repudiando por isso até a possibilidade de se falar em imposições de criminalização “mesmo só relativas”, RODRIGUES, Anabela, *A Determinação da Medida da Pena Privativa da Liberdade*, p. 291 (nota 327), e DIAS, Figueiredo, ²*Comentário Conimbricense do Código Penal*, I, Nótula antes do art. 142.º, § 17.

²²³⁶ ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, p. 422.

distinção entre o direito penal e o direito contra-ordenacional no plano que julgamos adequado a lograr afirmar uma sua diferenciação material, o plano das sanções.

1. Princípio simétrico da proibição do excesso, e por isso baptizado por Canaris como princípio da proibição da insuficiência²²³⁷, este princípio da *Untermaßverbot* emergiu logo bem no âmbito da criação da concepção da função do dever estadual de protecção de direitos fundamentais. Tal como esta concepção deve ser creditada ao Tribunal Constitucional Federal alemão, também o princípio da proibição da insuficiência é fruto essencialmente do labor da jurisprudência constitucional alemã, pese embora não lhe ter cabido a autoria do seu nome.

Mais do que perceptível apenas *in fieri* no primeiro acórdão do *Bundesverfassungsgericht* que teve por objecto a despenalização voluntária da gravidez, nessa decisão, a par da afirmação daquela função de protecção jusfundamental, mostram-se já perfeitamente cunhadas todas as peças que dão corpo à *Untermaßverbot*²²³⁸. Já aí, com efeito, se suscita como cerne da questão de constitucionalidade em mãos, no âmbito da qual se invoca o dever de protecção, aquele que é o problema de que nela se cura, o de saber se e até onde pode o legislador abster-

²²³⁷ Foi, na verdade, CANARIS, “Grundrechte und Privatrecht”, p. 228, quem pela primeira vez empregou o termo *Untermaßverbot* para exprimir a ideia de proibição constitucional de défice constitucional de protecção. Inspirando-se na anterior jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão a que nos vimos referindo – *BVerfGE* 39, 1; 46, 160; 49, 89 (p. 225, nota 82) – procurou Canaris encontrar um enquadramento dogmático juscivilista alternativo às teorias tradicionais da eficácia imediata ou mediata no âmbito das relações de direito privado entre os particulares. O alcance da sua concepção, que entretanto adquiriu predominância (cf., novamente, CANARIS, *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, p. 58 e s.), é em todo o caso bem distinto daquele sobre que versa a nossa análise. Como temos visto, enquanto incrustado na nossa temática, o princípio da proibição da insuficiência dirige-se fundamentalmente ao poder legislativo, como *standard* mínimo do dever de protecção jusfundamental. Já na esfera do direito privado, de acordo com Canaris, o seu destinatário é sobretudo o poder judicial, regra geral, em ordem a viabilizar uma actuação estadual jurisdicional conforme com os direitos fundamentais. Daqui decorre uma diferença fundamental: ao passo que ali o Estado-legislador pode agir para além da fasquia mínima que lhe é posta pela proibição da insuficiência, podendo, ainda em nome da função do dever de protecção, recorrer a medidas que garantam uma tutela mais eficaz do que aquela que seria garantida pelo padrão mínimo de protecção; aqui, o Estado-juiz só pode agir se tal lhe for imposto pelo imperativo constitucional de tutela fundado na *Untermaßverbot*, pois, de outro modo, o juiz invadirá, sem credencial constitucional para tanto, o espaço que pertence ao legislador, em violação do princípio da separação de poderes (sobre este perigo, PINTO, Paulo Mota, “O direito ao livre desenvolvimento da personalidade”, p. 194, esp. nota 194). Deste modo, se da lição de Canaris poderão extrair-se elementos úteis para a caracterização do princípio da proibição da insuficiência, designadamente, quanto à definição do *standard* mínimo de protecção, já será limitado o efeito que dela poderá retirar-se para uma sua eventual transposição para a questão da legitimação da intervenção (legislativa) estadual no âmbito sancionatório para cumprimento do dever de protecção. Porventura por isso, foi em J. Isensee, que entretanto havia adoptado a expressão, e não em Canaris que se louvou o *Bundesverfassungsgericht*, quando, tendo de novo em mãos a questão *penal* da despenalização da interrupção voluntária da gravidez, pela primeira vez empregou o termo *Untermaßverbot* (*BVerfGE* 88, 203, p. 254).

²²³⁸ *BVerfGE* 39, 1, p. 42 e ss.

se de lançar mão de medidas de tutela de um direito fundamental sem colocar constitucionalmente em xeque o seu dever de protecção desse direito que deriva da dimensão objectiva que nele se encerra. Tal como já aí se avança o critério determinante de decisão: a *efectividade da tutela*.

Foi, de facto, a *efectividade* da protecção que o Tribunal Constitucional Federal alemão começou por erigir como meta essencial a assegurar pelo Estado no cumprimento do seu dever de tutela, de imediato salientando também que a decisão sobre o modo de assegurar essa tutela cabe, em primeira linha, ao legislador²²³⁹. Por isso que, como concretizou mais tarde no segundo acórdão sobre a interrupção voluntária da gravidez, deve entender-se que a Constituição impõe a protecção como finalidade da acção estadual, mas não vincula a específica maneira de a levar a bom porto²²⁴⁰. Devendo ser esta a premissa fundamental de enfrentamento do problema, por ela ficará logo à partida definitivamente arredada qualquer posição de princípio no sentido da existência de uma imediatamente vinculativa e inderrogável exigência constitucional de emprego de uma certa medida de protecção, nomeadamente, penal. Pois, como ressaltou o *Bundesverfassungsgericht* a propósito de uma eventual obrigação de recurso ao direito penal para tutela da vida intra-uterina, ao legislador não é constitucionalmente vedado o recurso a instrumentos não penais. Ponto é que os meios mobilizados assegurem *de facto* a tutela do bem jurídico carente de protecção, para o que decisiva será, isso sim, uma consideração que tenha em conta a globalidade da protecção garantida pela pluralidade dos instrumentos chamados a essa função, sejam eles jurídico-civis ou jurídico-públicos (v. g., jurídico-sociais ou jurídico-penais)²²⁴¹.

Da Constituição não decorre, assim, nenhuma obrigação absoluta de criminalização. O que ela impõe é o cumprimento de um objectivo: o da garantia de uma tutela efectiva. Ora, *se* para se alcançar esse desiderato nenhum outro meio existir para além do penal que proporcione uma protecção adequada e eficaz, então aí, *mas só aí também*, será de entender que, sob a perspectiva da Constituição, não pode o legislador deixar de apelar ao direito penal para dar satisfação ao seu dever de tutela. Essa a razão pela qual o Tribunal repudiou um eventual “dever «absoluto» de penalização” e acolheu como bom tão-só um “dever «relativo» de recurso à ameaça penal”, a afirmar ali apenas quando seja de concluir pela “insuficiência de todos os

²²³⁹ BVerfGE 39, 1, p. 44.

²²⁴⁰ BVerfGE 88, 203, p. 254.

²²⁴¹ BVerfGE 39, 1, p. 44.

demais meios”. “Em casos extremos, nomeadamente, se o imperativo de tutela decorrente da Constituição não puder ser assegurado de nenhum outro modo, pode o legislador encontrar-se obrigado a recorrer ao direito penal para protecção da vida em desenvolvimento”²²⁴², concluiu portanto o Tribunal.

Esta posição do *Bundesverfassungsgericht* foi secundada pelo Tribunal Constitucional português logo no seu já referido Acórdão n.º 85/85, quando nele se delineou o princípio de que “as medidas penais (...) só serão *constitucionalmente exigíveis* quando se trate de proteger um direito ou bem constitucional de primeira importância e essa protecção *não possa ser garantida de outro modo*”²²⁴³. Um princípio depois retomado pelo Acórdão n.º 99/2002, que especificou a suficiência e a adequação da tutela como elementos decisivos a considerar²²⁴⁴.

Pelo que vai dito, cremos poder afirmar que a *proibição da insuficiência* foi só um nome que permitiu sintetizar e captar de forma expressiva um acervo dogmático desde o início integrado na construção da função jusfundamental do dever de protecção. Uma intuição que é reforçada pelo modo como o Tribunal Constitucional Federal alemão a ela se referiu quando pela primeira vez a mobilizou, *sob essa designação* de *Untermaßverbot*, como instrumento de controlo de constitucionalidade. Fê-lo, na verdade, de um jeito que bem pode dizer-se representar uma evolução na continuidade²²⁴⁵: “A Constituição apresenta a protecção como finalidade, mas não especifica os termos da sua concreta materialização. Não obstante, deve o legislador atender à proibição da insuficiência (...); ficando por aqui sujeito ao controlo da jurisdição constitucional. Sendo necessária – tendo em consideração os bens jurídicos em confronto – uma protecção adequada; é decisivo que ela seja enquanto tal eficaz. As medidas de que o legislador se socorre têm de ser suficientes para garantir uma protecção adequada e eficaz”²²⁴⁶. Nesta senda, concluiu o Tribunal que “para que a

²²⁴² BVerfGE 39, 1, p. 47.

²²⁴³ Mesmo antes deste Ac. n.º 85/85, já o Cons. J. M. Cardoso da Costa, na sua declaração de voto ao Ac. do TC n.º 25/84, havia ido ao encontro do cerne da argumentação da jurisprudência constitucional alemã neste domínio: “Certo que das considerações precedentes não se costuma extrair, por via de regra, imperativos constitucionais absolutos de criminalização; mas extraem-se seguramente *imposições relativas (assim chamadas) de criminalizar ou de não descriminalizar*. Uma imposição ou um imperativo desta ordem será o que deriva de *o legislador não dispor*, para a criminalização, *de um sucedâneo igualmente eficaz*” (it. nosso).

²²⁴⁴ Ac. do TC n.º 99/2002: “as medidas penais (...) só serão *constitucionalmente exigíveis* quando se trate de proteger um direito ou bem constitucional de primeira importância e essa protecção não possa ser *suficiente e adequadamente* garantida de outro modo” (it. nosso).

²²⁴⁵ Em termos próximos, ROBBERS, Gerhard, “Strafpflichten aus der Verfassung”, p. 152.

²²⁴⁶ BVerfGE 88, 203, p. 254.

proibição da insuficiência não seja violada é imperioso que a conformação da protecção através da ordem jurídica corresponda às exigências mínimas²²⁴⁷ colocadas pelo dever estadual de protecção.

2. Sob influência desta jurisprudência e da doutrina alemã que com base nela se desenvolveu, também o nosso Tribunal Constitucional passou entretanto a integrar a ideia da proibição da insuficiência nas decisões em que se viu na contingência de apreciar a observância por parte do legislador do seu dever constitucionalmente fundado de tutela de bens jusfundamentais.

A primeira expressa invocação na jurisprudência constitucional portuguesa do princípio da proibição da insuficiência aparece no terceiro acórdão sobre a despenalização da interrupção voluntária da gravidez, pela mão do Cons. Paulo Mota Pinto²²⁴⁸; tendo mais tarde assumido notório protagonismo no último acórdão sobre esta temática, o Ac. n.º 75/2010. Filiando-se expressamente na experiência constitucional alemã dos imperativos de tutela, o Tribunal Constitucional erigiu o princípio da proibição da insuficiência a critério de aferição constitucional da observância do dever de tutela jurídica do bem jusfundamental em apreço, sustentando que “o cumprimento desse dever está sujeito a uma medida mínima, sendo violada a *proibição de insuficiência* (“*Untermassverbot*”) quando as normas de protecção ficarem *além* do constitucionalmente exigível²²⁴⁹”.

Postas assim as coisas, torna-se então decisivo saber o que é que, afinal de contas, se deverá concretamente entender como “constitucionalmente exigível”.

Ora, para este efeito, *constitucionalmente exigível*, disse-o e repetiu-o o Tribunal quase *ad nauseam*, é o “cumprimento *efectivo* de um dever”, é a “*realização eficiente* do mínimo de protecção”, é “assegurar uma *protecção eficiente*”, “digamo-lo de uma vez por todas, é saber se os instrumentos penais de intervenção podem ser substituídos,

²²⁴⁷ BVerfGE 88, 203, p. 254 e s.

²²⁴⁸ Ac. do TC n.º 288/98, em voto de vencido: “o dever de protecção da vida humana intra-uterina que a Constituição impõe tem como conteúdo mínimo a protecção contra a liberdade de pôr termo a esta vida intra-uterina sem invocação de razões. (...) Consideraria, assim, a resposta afirmativa à pergunta [do referendo] (...) como inconstitucional, por violar o princípio da «proibição do défice» («*Untermassverbot*» (...)) de tutela de um bem cuja protecção é constitucionalmente assegurada (...). Isto, uma vez que, por outro lado, *não se divisam outros meios* a que o legislador possa recorrer *para adequadamente proteger* esse bem, afirmando a sua dignidade ética para a comunidade jurídica” (it. nosso). Depois, de novo, substancialmente nos mesmos termos, em estudo doutrinal, PINTO, Paulo Mota, “O direito ao livre desenvolvimento da personalidade”, p. 196 e s. (nota 131).

²²⁴⁹ Ac. do TC n.º 75/2010 (11.4.3).

sem perda de eficiência, ou sem perda de eficiência comprometedora da satisfação do imperativo de tutela da vida antes do nascimento, por outros meios jurídicos de conformação, de carácter não penal”²²⁵⁰!

Foi essencialmente tendo isto em conta e porque entendeu – voltando²²⁵¹, no fundo, a fazer seu o critério da obrigação de criminalização meramente relativa inicialmente enunciado pelo *Bundesverfassungsgericht*²²⁵² – que “somente se existir uma única acção suficiente de promoção ou protecção é que ela se torna [constitucionalmente] necessária para o cumprimento do dever de protecção”, que acabou o nosso Tribunal Constitucional por concluir, com inteira e bem fundada propriedade, pela não inconstitucionalidade da introdução legal de um modelo de prazo para a despenalização da interrupção voluntária da gravidez.

O percurso argumentativo sucessivamente adoptado pelo tribunais constitucionais português e alemão revela que *nunca* neles prevaleceu a posição de que a Constituição é portadora de uma imperativa e incontornável (para o legislador ordinário) exigência de recurso ao direito penal para tutela de bens jusfundamentais. E isto mesmo estando em causa um bem jurídico com a relevância transcendental na ordem axiológico-constitucional dos bens jurídicos como é o da vida humana! Com efeito, as posições no sentido de que seria constitucionalmente inadmissível uma abstenção de tutela penal para protecção da vida intra-uterina, explícita ou implicitamente radicada na violação do princípio da proibição da insuficiência, assentaram não numa ideia de imposição constitucional absoluta de criminalização, mas antes e apenas na conclusão de que, tudo ponderado, nenhum outro meio permitiria garantir suficientemente uma protecção eficiente, adequada e eficaz desse bem jurídico. Por isso, mas também só por isso, é que sendo a via penal a única susceptível de assegurar uma *tutela efectiva* do bem jurídico seria de convir pelo repúdio constitucional de uma solução despenalizadora. Fosse outro o resultado dessa avaliação e – cremos nós, poderá admitir-se – seria outro também, de sentido contrário, o juízo sobre a inconstitucionalidade.

²²⁵⁰ Ac. do TC n.º 75/2010 (11.4.3 e ss., itálicos nossos). Antecipando esta posição, já o mencionado Ac. do TC n.º 99/2002, ao apelar à suficiência e adequação dos eventuais meios de protecção alternativos aos penais. E depois na linha dela, o Ac. do TC n.º 270/2010: “o Estado deve adoptar medidas suficientes, de natureza normativa ou de natureza material, conducente a uma *defesa eficaz* dos direitos fundamentais”.

²²⁵¹ Cf., novamente, os Acs. do TC n.ºs 85/85 e 99/2002.

²²⁵² *BVerfGE* 39, 1, p. 47.

3. À semelhança da doutrina amplamente dominante, que segue praticamente *pari passu* esta construção jurisprudencial, também nós nos inclinamos para acolher esta tese como válida e bem fundada. Através dela fica ainda mais claro que a vinculação que, neste âmbito dos direitos fundamentais, o legislador ordinário deve guardar à Constituição se consubstancia não numa obrigação de uso de uma certa espécie de meio de tutela (do direito penal, por exemplo), mas numa obrigação de garantia de um resultado de tutela efectiva. Significa isto que a Constituição proíbe o legislador ordinário de deixar de proteger devida e efectivamente um bem jurídico que careça de tutela ante certo tipo de ofensas que o possam atingir, nisto se traduzindo, em rectas contas, a essência do princípio da proibição da insuficiência; mas não o proíbe de empregar certas medidas (v. g., contra-ordenacionais) em detrimento de outras (v. g., penais) se as primeiras responderem satisfatoriamente às necessidades de tutela do caso. Se estas alternativas existirem, “haverá pois caminho constitucionalmente livre para outros meios estaduais de protecção exteriores ao direito penal”²²⁵³.

Só se verificar que o legislador ficou ostensivamente aquém da protecção que se impunha, pode, com base no princípio da proibição da insuficiência, fundamentar-se um juízo de inconstitucionalidade de escolhas legais desprotectivas, isto é, que removam um meio de tutela até aí legalmente garantido²²⁵⁴, ou eventualmente ainda uma responsabilização civil do Estado por omissão legislativa²²⁵⁵. De todo o modo, concorda-se em geral, também aqui deverá valer um critério de evidência²²⁵⁶, sempre sendo de exigir, para que se possam extrair tão radicais consequências, que a violação do dever de protecção seja clamorosa²²⁵⁷, ou porque o legislador se manteve totalmente imobilizado apesar de ser patente a necessidade de uma acção de tutela²²⁵⁸ ou porque a protecção oferecida se revela manifestamente inadequada, ineficaz ou insuficiente²²⁵⁹.

²²⁵³ ROBBERS, Gerhard, “Strafpflichten aus der Verfassung”, p. 153.

²²⁵⁴ Cf. a declaração de voto do Cons. J. M. Cardoso da Costa ao Ac. do TC n.º 25/84.

²²⁵⁵ AMARAL, Freitas do / MEDEIROS, Rui, “Responsabilidade civil do Estado...”, p. 352 e ss., ANDRADE, Vieira de, “Os direitos dos consumidores como direitos fundamentais...”, p. 154 e s., e CANOTILHO, Gomes, “Omissões normativas e deveres de protecção”, p. 124.

²²⁵⁶ Cf. BACHOF, “Estado de direito e poder político”, p. 12 e ss.

²²⁵⁷ Veementemente, o Ac. do TC n.º 75/2010 (11.4.17): “Quando é a observância do imperativo de tutela que está em questão, *mais ainda do que em qualquer outra dimensão da constitucionalidade*, e em correlação com uma maior liberdade de conformação legislativa (dada a estrutura dos deveres activos de intervenção), a instância de controlo tem que lidar com *critérios de evidência*, só se justificando uma pronúncia de inconstitucionalidade em caso de manifesto erro de avaliação do legislador”.

²²⁵⁸ Cf. AMARAL, Freitas do / MEDEIROS, Rui, “Responsabilidade civil do Estado...”, p. 369 e ss., e VOßKUHLE / KAISER, “Grundwissen – Öffentliches Recht: Funktionen der Grundrechte”, p. 412.

²²⁵⁹ PIETRZAK, Alexandra, “Die Schutzpflicht im verfassungsrechtlichen Kontext”, p. 752, e STERN, Klaus, “Die Schutzpflichtenfunktion der Grundrechte”, p. 248.

O princípio da proibição da insuficiência não tem, deste jeito, o condão de comandar as escolhas de tutela do legislador, representando somente um limiar mínimo de protecção a que o legislador se encontra constitucionalmente vinculado²²⁶⁰. Isto é, como esclarece Lothar Michael, “a proibição de insuficiência determina não as possibilidades de conformação, mas as fronteiras da violação do dever de protecção”²²⁶¹. Dispondo de um leque variado de opções adequadas e eficientes de tutela, a decisão legislativa será, via de regra, primariamente orientada não em função da proibição do défice de protecção, mas da alternativa que, sob o ponto de vista da sua força e eficácia de tutela, melhor satisfaça as necessidades de defesa e promoção do bem jusfundamental. Uma lógica otimizadora²²⁶² que não é pois exclusiva do princípio da proibição da insuficiência, mas que conforma toda a função do dever estadual de protecção dos direitos fundamentais de que esse princípio faz parte²²⁶³.

Desta forma, em rigor, só naqueles poucos²²⁶⁴ casos em que não disponha de qualquer outro meio que lhe garanta uma protecção adequada e eficaz do bem jusfundamental numa sua dimensão constitucionalmente relevante é que, sem prejuízo dos princípios da proibição do excesso e da intangibilidade do núcleo essencial dos direitos fundamentais ameaçados, o legislador estará constitucionalmente *obrigado*, pelo princípio da proibição da insuficiência, a recorrer ao direito penal. Daí que, na feliz expressão de Maria Fernanda Palma, poderá, quando muito, admitir-se uma “possível obrigatoriedade”²²⁶⁵ de criminalização. Ora, como assim claramente se vê, mesmo esta inequívoca, mas sempre relativa e circunscrita, imposição constitucional de criminalização reconduz-se a um *pensamento funcional*, de eficácia ou de efectividade

²²⁶⁰ Concebendo também o princípio da proibição da insuficiência como um limite correspondente a um padrão de protecção mínima constitucionalmente exigível, CANARIS, “Grundrechte und Privatrecht”, p. 228, UNRUH, Peter, *Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten*, p. 83 e s., NOVAIS, Jorge Reis, *As Restrições aos Direitos Fundamentais*, p. 78, nota 103, ANDRADE, Vieira de, *Os Direitos Fundamentais*, p. 140, ISENSEE, “Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht”, n.º m. 303 e ss., MIRANDA, Jorge / SILVA, Jorge Pereira da, *Constituição Portuguesa Anotada*, I, Art. 18.º, p. 344, e SILVA, Sandra Oliveira e, *A Protecção de Testemunhas no Processo Penal*, p. 65.

²²⁶¹ MICHAEL, Lothar, “Die drei Argumentationsstrukturen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit – Zur Dogmatik des Über- und Untermaßverbotes und der Gleichheitssätze”, *JuS*, 2001, p. 151. De maneira semelhante, CANOTILHO, Gomes, “Omissões normativas e deveres de protecção”, p. 118, quando considera, num cenário em que hipoteticamente sejam equacionáveis várias medidas alternativas, que “o princípio da proibição de protecção insuficiente não se revela um critério capaz de, por si só, explicar a exigência definitiva de uma acção do Estado”.

²²⁶² CANOTILHO, Gomes, “Omissões normativas e deveres de protecção”, p. 117, na esteira de ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, p. 71 e ss.

²²⁶³ Cf. CANARIS, *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, *passim*.

²²⁶⁴ *BVerfGE* 39, 1, p. 47, CUNHA, Maria da Conceição, «*Constituição e Crime*», pp. 304 e 347, e VOßKUHLÉ / KAISER, “Grundwissen – Öffentliches Recht: Funktionen der Grundrechte”, p. 412.

²²⁶⁵ PALMA, Maria Fernanda, *Direito Constitucional Penal*, p. 56.

de tutela, não estando dependente de uma qualquer apriorística compreensão sobre uma eventual natureza intrínseca dos meios de protecção em jogo (v. g., que o direito contra-ordenacional não pode, em função da sua natureza, tutelar directa e imediatamente bens jusfundamentais; ou que só o direito penal tem legitimidade para intervir sancionatoriamente no domínio dos direitos fundamentais).

4. Como ressalvámos já, convém em todo o caso não confundir e identificar de pleno o princípio da proibição de insuficiência com a função constitucional de protecção estadual de direitos fundamentais. A proibição da insuficiência é um critério de apreciação da conformidade constitucional²²⁶⁶ do modo como o legislador dá (ou nem sequer dá, quando se mantém totalmente inerte diante de um quadro que impõe a sua actuação²²⁶⁷) cumprimento a essa função. Mas não é por ela, antes sim directamente por via do próprio dever estadual de protecção que as intervenções estaduais que o concretizam adquirem a sua legitimidade material. Por isso sustentámos já que a legitimidade dessas medidas sempre será, *prima facie*²²⁶⁸, de afirmar mesmo que não sejam constitucionalmente impostas pelo princípio da proibição da insuficiência, o que sucederá quando essas medidas consubstanciem um programa de protecção que garanta uma tutela mais forte do que a pressuposta (e imposta) pela proibição do défice de tutela. Pois uma coisa é estar constitucionalmente legitimado a agir e outra é estar constitucionalmente obrigado a agir, e só neste último sentido releva o princípio da proibição da insuficiência²²⁶⁹.

²²⁶⁶ MICHAEL, Lothar, “Die drei Argumentationsstrukturen...”, p. 151.

²²⁶⁷ Infelizmente ilustrativo desta situação foi entre nós o célebre caso Aquaparque: cf. AMARAL, Freitas do / MEDEIROS, Rui, “Responsabilidade civil do Estado...”, p. 367.

²²⁶⁸ E dizemos *prima facie*, dado que, naturalmente, a legitimidade dependerá ainda, a final, da observância de outras exigências constitucionais, incluindo, com especial relevo no plano material, o princípio da proibição do excesso.

²²⁶⁹ Cf., com interesse, o Ac. do TC n.º 75/2010, na perspectiva da aferição da constitucionalidade através do princípio da proibição da insuficiência: “Não importa averiguar se outras medidas alternativas às adoptadas protegeriam em maior grau esse bem. O legislador era livre (no limite da proibição do excesso) de implantar essas medidas, mas não estava vinculado a fazê-lo. Contrariamente ao que se lê no pedido, a questão não está, pois, em saber se não existem outros meios “que melhor protejam o valor da vida”. Está apenas em saber se o meio concretamente escolhido satisfaz ou não o mínimo de protecção”.

§ 31. CONSEQUÊNCIAS PARA A DISTINÇÃO ENTRE CRIMES E CONTRA-ORDENAÇÕES

1. Estamos agora em condições de concluir que para a Constituição a lógica que deve comandar o dever estadual de protecção e assim também, por inerência, as intervenções estaduais que nele colhem a sua legitimidade material, como a penal e a contra-ordenacional, deve ser, em suma, uma lógica funcional, de matriz teleológico-racional²²⁷⁰. Deverá ser então não em função de razões ontológicas ou ligadas a uma suposta natureza das coisas e muito menos ainda do seu significado simbólico²²⁷¹ ou de “avisador das consciências”²²⁷², mas antes em função da sua capacidade para dar uma resposta *adequada e eficaz* às necessidades de tutela suscitadas por um bem jusfundamental que o legislador se deverá decidir por determinado meio de protecção, penal incluído, a empregar para o efeito²²⁷³. E não se diga que é esta uma visão puramente utilitária e desprovida de qualquer lastro ético, pois que, movendo-se ela dentro da ordenação axiológico-constitucional dos bens jusfundamentais, não pretendendo nada mais do que servi-la da melhor maneira possível, beneficia ela da legitimidade ético-constitucional que essa ordem de valores lhe infunde²²⁷⁴. Uma concepção, destarte, que no próprio plano axiológico, pede meças àqueles paradigmas de raiz ontológica que apesar de não raro se arvorarem de uma superioridade que lhes adviria de uma suposta maior fidelidade ao mundo dos valores acabam por deixá-los em pior posição do que aqueles que preconizam uma acção estadual (penal) orientada por um princípio rector teleológico-funcional.

²²⁷⁰ Assim, ISENSEE, “Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht”, n.º m. 302.

²²⁷¹ Pela admissão do “carácter simbólico” da lei penal como justificação autónoma da criminalização, todavia, LOUREIRO, João, “Aborto: algumas questões jurídico-constitucionais”, p. 398 e s., e *Constituição e Biomedicina*, p. 947.

²²⁷² A expressão é do Cons. Messias Bento, no seu voto de vencido ao Ac. do TC n.º 25/84, sendo invocada como uma razão mais a depor contra a despenalização da interrupção voluntária da gravidez.

²²⁷³ Paradigmática, a Circular da Presidência do Conselho de Ministros italiano, de 19-12-1983, relativa aos “critérios orientadores para a escolha entre sanções penais e sanções administrativas”, *RIDPP*, 1984, p. 346 e ss. – fazendo expressa e particular menção ao discurso da eficácia que permeia todo o conteúdo da Circular, PALAZZO, “I criteri di riparto tra sanzioni penali e sanzioni amministrative”, p. 17 e s.

²²⁷⁴ Já fundamentalmente assim, na defesa de uma orientação teleológico-racional e funcional do sistema penal, DIAS, Figueiredo, ³*Liberdade, Culpa, Direito Penal*, p. 237 e s., e ²*DP-PG, I, 6.º Cap.*, § 15 e ss., ANDRADE, Costa, “A «dignidade penal» e a «carência de tutela penal»”, p. 181, e RODRIGUES, Anabela, *A Determinação da Medida da Pena Privativa da Liberdade*, p. 306 e ss., e *Novo Olhar sobre a Questão Penitenciária*, p. 33. Radicalmente contra, COSTA, Faria, “Uma ponte entre o direito penal e a filosofia penal”, p. 213.

Na linha de tudo quanto avançámos, este pensamento é prenhe de significado para uma tomada de posição sobre a nossa questão de fundo acerca da distinção entre o crime e a contra-ordenação, enquanto *factos* puníveis. Através dele, com efeito, pode fundadamente sustentar-se a ideia de que, no âmbito dos direitos fundamentais, a sua relação é de convergência material, dado que ambas as infracções partilham carácter sancionatório, são constitucionalmente susceptíveis de intervir para tutela directa de bens jurídicos com dignidade jusfundamental e adquirem primariamente a sua legitimidade material através da mesma raiz, a função do dever estadual de protecção de direitos fundamentais.

2. Além de dar sustentação cabal à nossa tese da convergência material entre factos penais e contra-ordenacionais, a dogmática constitucional dos direitos fundamentais mostra quão desprovidas de razão podem revelar-se as várias construções doutrinárias qualitativas que têm como denominador comum a pretensão de erigir uma diferenciação material entre crimes e contra-ordenações na base da *dignidade penal* do facto. Reconduz-se substancialmente esta corrente à ideia de que há factos que, pela sua essência ou natureza intrínseca, estão predestinados – eventualmente até pré(-juridicamente)destinados – a assumir relevância penal. Em relação a eles, diz-se, não haverá como negar a existência de um espaço que é (e só pode ser) material e exclusivamente penal e que por si só repele quaisquer tentações de possível intromissão contra-ordenacional. Um espaço, portanto, de factos (jus)naturalmente penais, materialmente inconfundíveis com os factos contra-ordenacionais.

Estas concepções não resistem, porém, ao teste do confronto com o sistema constitucional e não podem por isso ser aceites como modelos válidos para enquadrar as relações entre o direito penal e o direito contra-ordenacional. Na verdade, a menos que, por absurdo, se admita que, num Estado de direito material, o legislador, que é quem tem (e deve ter) competência para definir o que é crime e o que é contra-ordenação, deve obediência não à Constituição, mas a uma qualquer espécie de ordem transjurídica, eventualmente inscrita na natureza das coisas²²⁷⁵, mas a cuja compreensão só se acede através da mediação dos oráculos que a desvelam, será de convir que só serão de acolher como apropriadas para esclarecer as relações entre crimes e contra-ordenações as soluções dogmáticas compatíveis com o sistema constitucional vigente.

²²⁷⁵ Prevenindo já contra este absurdo (sic), WELZEL, “Der Verbotsirrtum im Nebenstrafrecht”, p. 240.

2.1 Pretendendo-se instituir a *dignidade penal* como categoria *fundante*, pela *positiva*, da decisão legislativa criminalizadora, no sentido de que o facto *deve* ser qualificado como crime em função e em virtude da dignidade penal de que é portador, logo aí a pretensão de por essa via abrir caminho a uma tese qualitativa de contraposição entre crimes e contra-ordenações assente numa suposta distinta natureza de cada um desses dois tipos de infracções ou dos factos que lhe podem dar corpo esbarra no critério motriz constitucionalmente imposto às escolhas legislativas orientadas pela finalidade de protecção de bens jurídicos fundamentais. Tais decisões, dita-o a Constituição, devem ser comandadas por um *critério funcional de eficácia de tutela*. Um critério que, como logo se intui, é radicalmente incompatível com um pensamento qualitativo daquele jaez, todo ele nutrido de um espírito ético-social que supostamente inculca uma distinta e autónoma natureza nos factos que nele se irmanam²²⁷⁶.

Justamente porque o critério decisório do legislador assume um cariz eminentemente funcional – sem que daí possa, no entanto, como ressalvamos, imputar-se-lhe uma qualquer indiferença ética, dado que o mesmo se encontra teleologicamente vinculado a um propósito de materialização da ordem axiológico-constitucional dos bens jusfundamentais – é que, como pudemos verificar, é constitucionalmente admissível o recurso a meios de protecção não penais para assegurar o essencial da tutela da vida humana, no caso da vida intra-uterina, em face de ataques dolosos à sua integridade. Poucas constelações fácticas haverá com uma tão significativa ressonância ético-social; e, todavia, como vimos, daí não decorre uma indeclinável exigência constitucional de criminalização.

É sob esta mesma perspectiva que, em coerência, julgamos dever ser enquadrado o costumeiro exemplo de uma eventual conversão do homicídio doloso consumado de crime em contra-ordenação²²⁷⁷. À semelhança da *communis opinio*, tratar-se-ia também para nós de uma hipótese impensável no nosso contexto jurídico-social. Não, porém, directamente em virtude do indubitável e fortíssimo lastro ético-social de que esse facto obviamente se reveste e de uma concomitante imposição constitucional absoluta de

²²⁷⁶ Concebendo também a dignidade penal como uma “categoria de índole prevalentemente valorativa”, ANDRADE, Costa, “A «dignidade penal» e a «carência de tutela penal»”, p. 184, e OTTO, “Strafwürdigkeit und Strafbefürdigkeit als eigenständige Deliktskategorien?”, p. 56.

²²⁷⁷ Cf., v. g., SAX, “Grundsätze der Strafrechtspflege”, p. 930 e s., COSTA, Faria, *O Perigo em Direito Penal*, p. 195, e ALMEIDA, Carlota Pizarro de, “Algumas considerações...”, p. 208.

criminalização do homicídio, mas sim da mais do que notória inadequação e insuficiência do direito contra-ordenacional para assegurar uma tutela eficaz da lesão dolosa da vida humana já nascida. O défice de protecção seria tão gritante que por si só representaria um sinal mais do que seguro da inadmissibilidade constitucional de uma tal hipotética decisão legislativa. Aliás, atendendo à experiência constitucional que passámos em revista, quer doutrinal, quer jurisprudencial, seria provavelmente esta clamorosa violação do princípio da proibição da insuficiência da protecção de bens jusfundamentais que ao Estado cumpre garantir, e não imediatamente a eminentíssima relevância ético-social do homicídio doloso ou a violação do princípio da igualdade²²⁷⁸, que constituiria o argumento decisivo no sentido da inconstitucionalidade se, por absurdo, o legislador se decidisse por uma tal conversão. Uma probabilidade que, quanto mais não seja, corre em favor da nossa posição.

O exemplo do homicídio doloso consumado indicia, aliás, que para efeitos da sua tutela conta bem menos o tipo de ordenamento sancionatório convocado pelo Estado do que os efectivos meios de protecção mobilizados para tanto. Concretamente, se o legislador em vez de transformar este homicídio em contra-ordenação decidisse “apenas” alterar a sanção aplicável, passando a cominar tão-só a pena de multa como pena abstractamente aplicável para a morte dolosa dada a outra pessoa, não haveria

²²⁷⁸ Para esta solução, todavia, COSTA, Faria, *O Perigo em Direito Penal*, p. 255 e ss., que admite ainda uma ofensa ao princípio da proporcionalidade. Nesta última perspectiva está em causa, porém, não uma possível dimensão do dever estadual de protecção jusfundamental que parte da doutrina constitucional integra no princípio da proporcionalidade em sentido amplo, mas uma sua consideração, já patente em SAX, “Grundsätze der Strafrechtspflege”, p. 930 e s., concatenada com o princípio da igualdade, no sentido lato, sintetizado por PULITANÒ, “Obblighi costituzionali di tutela penale?”, p. 525 e s., de “coerência ou proporção interna do sistema normativo referida à relação entre bens jurídicos e formas de tutela (igualdade de tratamento para bens iguais, diferenciação de tratamento em função da diversidade de situações)”.

Tal como COSTA, Faria, *O Perigo em Direito Penal*, p. 255 e ss., também ANDRADRE, Costa, “O novo Código Penal e a moderna criminologia”, p. 227 e s., nota 34, e DIAS, Figueiredo, ²*DP-PG*, I, 6.º Cap., § 39, recorrem a esta linha de argumentação, dando todos como exemplo uma possível descriminalização do homicídio ou de outros crimes contra bens jurídicos pessoais acompanhada da manutenção ou reforço de um severo regime penal para lesões de bens patrimoniais. Todavia, como sustenta precedentemente PULITANÒ, “Obblighi costituzionali di tutela penale?”, p. 525 e ss., este ponto de vista fraqueja perante a possibilidade de o desequilíbrio ser ultrapassado através da descriminalização ou atenuação da responsabilidade dos delitos que, na comparação, se mostrem excessivos e ainda, decisiva e definitivamente, por se tratar de raciocínio que, querendo-se ou não, se reconduz materialmente ao plano das imposições constitucionais absolutas de criminalização, só que agora em termos mais drásticos ainda do que os habitualmente considerados, dado que deixando a bitola de ser a Constituição e passando a ser “o dos institutos penais existentes – *de per se* não obrigatórios –, este parâmetro força ao máximo a tendência para a proliferação de obrigações de penalização”. Tudo o que aconselha, enfim, a que o problema seja encarado sob a perspectiva do dever estadual de protecção de bens jusfundamentais e do seu princípio da proibição da insuficiência, aquela que, além do mais, faz verdadeiramente jus à valia axiológica fundamental que é própria do bem jurídico cuja tutela haja sido indevidamente desguarnecida.

seguramente quem não concluísse pela inconstitucionalidade de tal solução. Uma vez mais, não seria porém pela relevância ético-social da conduta, até porque o facto sempre seria mantido dentro da esfera do direito penal, mas por força da suavidade e natureza da sanção, por comparação com a prisão, e assim da insuficiência da tutela que se chegaria à inconstitucionalidade. Caso em que se percebe que, mais do que a natureza penal ou contra-ordenacional atribuída ao facto, é a concreta sanção cominada que antes de mais releva para o critério-chave de aferição do cumprimento do dever estadual de protecção de bens jusfundamentais, a eficácia da tutela.

Uma compreensão da dignidade penal como princípio decisivamente determinante das escolhas da criminalização soçobra ante a lógica funcional que, no quadro do nosso sistema constitucional, deve comandar tais decisões, aquelas que, no fundo, dão expressão ao problema da distinção entre crimes e contra-ordenações. Temos como certo que a dignidade penal do facto constitui pressuposto irrenunciável da legitimidade da incriminação. Mas por maior ou mais significativa que seja, não é ela que necessária e inelutavelmente dita ou implica a sua criminalização. Ao que acresce a já anteriormente denunciada incompatibilidade de tal compreensão com o princípio constitucional da carência de tutela penal, que a torna incapaz de explicar a razão pela qual factos inequivocamente portadores de dignidade penal são susceptíveis de, em virtude de desnecessidade de pena criminal, receber tutela contra-ordenacional²²⁷⁹; como acresce ainda o seu “pecado original” de, na realidade substancial das coisas, sobrepor à ordem axiológico-constitucional dos bens jurídicos concepções éticas extrajurídicas²²⁸⁰.

2.2 Da mesma sina de incompatibilidade com o modelo constitucional exposto padece ainda e sobretudo a tentativa de fundar a distinção entre crimes e contra-ordenações com base naquele que é o sentido corrente e certamente atribuído à dignidade penal, o da sua concepção como *princípio limitador* das possíveis decisões de criminalização de um comportamento, no quadro de uma teoria do bem jurídico crítica e transistemática que tem como finalidade precípua “limitar a acção do Estado

²²⁷⁹ Cf. supra, § 14.4, 7.4.

²²⁸⁰ Cf. supra, § 14.4, 6.

punitivo”²²⁸¹. Concebida nestes termos, como princípio de legitimação material negativa da criminalização, a dignidade penal assume-se como instrumento de defesa do cidadão contra o Estado, participando da função clássica dos direitos fundamentais – com o direito fundamental à liberdade (art. 27.º-1 da CRP) à cabeça – como direitos de defesa (*Abwehrrechte*) face ao Estado²²⁸².

2.2.1 É nesta acepção negativa que, conjunta e articuladamente com o princípio da necessidade de pena, a dignidade penal dá corpo ao paradigma do bem jurídico como *limite e padrão crítico* das escolhas legislativas penais. Nessa medida, como é boamente assumido pelos principais e mais influentes cultores contemporâneos do pensamento do bem jurídico²²⁸³, a dignidade penal e a carência de tutela penal convergem materialmente com o princípio constitucional da proibição do excesso, consabidamente o princípio emblemático da função de defesa dos direitos fundamentais. Por isso mesmo, vemos larga parte da nossa doutrina radicar precisamente no art. 18.º-2 da Constituição, o preceito que dá explícita consagração constitucional a esse princípio da proibição do excesso²²⁸⁴, o estatuto constitucional atribuído à dignidade penal e à necessidade de pena como eixos do princípio jurídico-constitucional do *direito penal do bem jurídico*²²⁸⁵. Na fórmula seminal do Tribunal Constitucional, desde sempre

²²⁸¹ NEUMANN, Ulfrid, “Bem jurídico, Constituição e os limites do direito penal”, in: Greco / Martins (orgs.), *Direito Penal como Crítica da Pena. Estudos em Homenagem a Juarez Tavares por seu 70.º Aniversário em 2 de Setembro de 2012*, Madrid, Marcial Pons, 2012, p. 519.

²²⁸² HASSEMER, “Darf es Straftaten geben...”, pp. 59 e 62, e VIGANÒ, Francesco, “L’arbitrio del non punire”, p. 2682 e ss.

²²⁸³ Na doutrina portuguesa, DIAS, Figueiredo, ²DP-PG, I, 6.º Cap., § 38, e ANDRADE, Costa, “A «dignidade penal» e a «carência de tutela penal»”, p. 182 e ss., e na alemã, ROXIN, ⁴AT, § 2, n.º m. 91 e s., “Zur neueren Entwicklung der Rechtsgutsdebatte”, p. 586, e “El concepto de bien jurídico...”, p. 22 e ss., e HASSEMER, “Strafrechtlicher Rechtsgüterschutz unter der Verfassung”, p. 217 e ss., e “Darf es Straftaten geben...”, p. 59. Substancialmente assim também, na doutrina italiana, ANGIONI, *Contenuto e Funzioni*, p. 163 e ss., e DOLCINI, “Sanzione penale o sanzione amministrativa”, p. 609 e ss.

²²⁸⁴ Por todos, CANOTILHO, Gomes / MOREIRA, Vital, ⁴CRP, I, p. 392 e s., e MIRANDA, Jorge / SILVA, Jorge Pereira da, ²Constituição Portuguesa Anotada, I, Art. 18.º, p. 372 e ss.

²²⁸⁵ Cf. de novo DIAS, Figueiredo, ²DP-PG, I, 6.º Cap., § 15 e ss., e “O «direito penal do bem jurídico» como princípio jurídico-constitucional”, pp. 33 e 42, COSTA, A. de Almeida, “Sobre o crime de corrupção”, p. 140 e ss., ANDRADE, Costa, “A «dignidade penal» e a «carência de tutela penal»”, p. 183 e s., e “Constituição e Direito Penal”, p. 201 e ss., RODRIGUES, Anabela, *A Determinação da Medida da Pena Privativa da Liberdade*, p. 254 e ss., CUNHA, Maria da Conceição, «Constituição e Crime», p. 230 e ss., CARVALHO, Taipa de, ²DP-PG, § 71, PALMA, Maria Fernanda, “Constituição e direito penal”, p. 24 e s., ALMEIDA, Carlota Pizarro de, “Algumas considerações...”, p. 205 e ss., SOUSA, Susana Aires de, *Os Crimes Fiscais*, p. 177 e s., DIAS, Silva, *Ramos Emergentes do Direito Penal*, p. 71, ANTUNES, Maria João, “Procriação medicamente assistida”, p. 81 e s., e BORGES, Francisco, *O Crime de Desobediência à Luz da Constituição*, p. 39 e ss., bem como ainda, na jurisprudência constitucional, os Acs. do TC n.ºs 85/85, 99/2002 e 179/2012.

Nestes termos, ainda ANTUNES, Maria João, “A Constituição e os princípios penais”, p. 5, numa síntese da nossa jurisprudência constitucional: “presentemente a base de sustentação [do princípio

imbricada no pensamento do bem jurídico, “consistindo as penas, em geral, na privação ou sacrifício de determinados direitos (*maxime*, a privação da liberdade, no caso da prisão), as medidas penais só são *constitucionalmente admissíveis* quando sejam *necessárias, adequadas e proporcionadas* à protecção de determinado direito ou interesse constitucionalmente protegido (cf. artigo 18.º da Constituição)”²²⁸⁶.

Sob esta feição, aquela que adoptamos, o princípio da dignidade penal assume a mesma função negatória que é característica dos direitos fundamentais como direitos de defesa²²⁸⁷, não podendo por isso deixar de ser visto como uma das dimensões de defesa inerentes aos direitos de liberdade dos cidadãos face ao Estado no quadro do exercício do seu poder sancionatório penal. Dele não-de esperar-se directrizes político-criminais²²⁸⁸ sobre o que *não pode ser crime*, de modo a evitar que sob a cobertura da lei penal o Estado restrinja indevidamente as liberdades fundamentais das pessoas. Mas dele já não se esperam, todavia, determinações positivas definitórias das decisões criminalizadoras. Assim, a ausência de dignidade penal proíbe o recurso à lei penal, mas a sua presença não implica a criminalização do facto digno de pena. Dá-se deste modo reconhecimento à prevenção de Alexy de que o direito a um *non facere* do Estado, indissociável da vertente subjectiva de defesa dos direitos fundamentais accionada pela incriminação, “impõe ao Estado limites à prossecução dos seus fins, mas nada diz sobre os fins que por ele devem ser alcançados”²²⁸⁹.

Não vai nisto implícita qualquer desconsideração da nossa parte em relação ao relevo da dignidade penal, bem pelo contrário, antes sim uma pretensão de a reservar apenas para aquela que é a mais nobre e fundamental missão que lhe pode ser confiada pelo sistema constitucional, a função de proteger as pessoas perante as investidas penais do Estado. Desta forma, fica ela resguardada do perigo das inevitáveis contaminações de pendor punitivo de que se vê acometida sempre que é transformada em bandeira do discurso pró-sancionatório.

Esta natureza negatória da dignidade penal vai, no fundo, ao encontro daquele que é o mote que anima e dá corpo à teoria jurídico-penal do bem jurídico. Propósito desta teoria *não é* o de orientar positivamente o legislador penal de modo a nele inculcar

jurídico-constitucional do “direito penal do bem jurídico”] passa antes pelo princípio da proporcionalidade, expressamente afluado no artigo 18.º, n.º 2, da CRP”.

²²⁸⁶ Ac. do TC n.º 85/85, reiterado pelo Ac. do TC n.º 99/2002.

²²⁸⁷ KLEIN, Eckart, “Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates”, p. 1633.

²²⁸⁸ ROXIN, *AT*, § 2, n.º m. 12.

²²⁸⁹ ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, p. 404.

a ideia de que *deve* atribuir relevância penal a este ou àquele facto que ofenda este ou aquele bem jurídico. A sua intenção é bem mais modesta, embora não menos importante, procurando apenas delimitar o campo daquilo que o Estado *não pode* punir penalmente, erguendo barreiras ao *ius puniendi* estadual. Na palavra autorizada de Roxin, no seu estudo de homenagem a Hassemer, um dos mais férreos defensores desta concepção negativa do bem jurídico e da dignidade penal²²⁹⁰, “a teoria do bem jurídico não diz quais as ofensas a bens jurídicos que deverão ser reprimidas através do direito penal, mas antes quais os tipos de comportamentos que, por falta de uma ofensa a um bem jurídico, não poderão ser punidos penalmente”²²⁹¹. Exactamente por ser assim é que, como bem repara Mario Romano, nas desimplicações extraídas por Roxin do pensamento do bem jurídico²²⁹² somos confrontados com uma “longa série de «nãos»”²²⁹³, vários dos nãoos que a teoria do bem jurídico opõe ao Estado em relação a alguns dos seus (eventuais) intentos criminalizadores.

É esta uma perspectiva que de há muito vem sendo igualmente entre nós sustentada, sobretudo na linha de Hassemer²²⁹⁴, por Costa Andrade, para quem a dignidade penal “apenas assegura a chamada *legitimação negativa* da criminalização, a saber: a sua falta é bastante para afastar a legitimidade da criminalização, mas a sua presença não é suficiente para ditar a criminalização. Não é, noutros termos, portadora da igualmente irrenunciável *legitimação positiva*”²²⁹⁵. E deverá sê-lo, do mesmo modo, sempre que se queira e na medida em que se queira contar com o art. 18.º-2 da Constituição para dar cobertura constitucional directa ao princípio da dignidade penal²²⁹⁶.

²²⁹⁰ HASSEMER, *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, p. 194 e ss., “Strafrechtlicher Rechtsgüterschutz unter der Verfassung”, p. 217 e ss., e “Darf es Straftaten geben...”, p. 59 e ss.

²²⁹¹ ROXIN, “Zur neueren Entwicklung der Rechtsgutsdebatte”, p. 584.

²²⁹² ROXIN, ⁴AT, § 2, n.º m. 13 e ss., numa abordagem que é entre nós seguida por DIAS, Figueiredo, ²DP-PG, I, 6.º Cap., § 31 e ss.

²²⁹³ ROMANO, Mario, “La legittimazione delle norme penali”, p. 37.

²²⁹⁴ ANDRADE, Costa, “A «dignidade penal» e a «carência de tutela penal»”, p. 185 e s., sendo ainda assumida a influência no seu pensamento de autores como MÜLLER-DIETZ, *Strafe und Staat*, p. 32 e ss., OTTO, “Strafwürdigkeit und Strafbefürdigkeit als eigenständige Deliktstypen”, p. 54 e ss., e GÜNTHER, Hans-Ludwig, “Die Genese eines Straftatbestandes”, p. 11 e ss., também eles advogando uma compreensão eminentemente negativa dos conceitos de bem jurídico e de dignidade penal.

²²⁹⁵ ANDRADE, Costa, “Constituição e Direito Penal”, p. 204, que acrescenta que a legitimação positiva a que se refere “só pode ser assegurada pela carência de tutela penal”. Passo em que já não acompanhamos Costa Andrade, uma vez que, como melhor procuraremos explicitar em texto (infra, § 32., 2.), para nós a necessidade de pena corresponde ainda a um critério de *legitimação material negativa* da criminalização, encontrando-se a legitimação positiva num momento prévio, aquele em que se dá cumprimento ao dever estadual de protecção de bens jurídicos fundamentais.

²²⁹⁶ Cf. DIAS, Silva, *Ramos Emergentes do Direito Penal*, p. 71 e s.

2.2.2 Vistas assim as coisas, como nos parece que devem ser²²⁹⁷, a razão está com Figueiredo Dias quando, em ordem à densificação do seu pensamento do bem jurídico, entende que valores de mera ordenação não podem dar entrada no direito penal por lhes faltar dignidade penal²²⁹⁸. A questão é que o direito das contra-ordenações vai muito para além de uma pura função ordenadora das relações sociais, assumindo em múltiplos domínios uma verdadeira e própria função, muitas vezes extensa e irrenunciável, de tutela de bens jurídicos com dignidade jusfundamental. Desta forma, se se pode fazer par com Figueiredo Dias na terminante recusa da possibilidade de uma intervenção penal para tutela de valores de simples ordenação social, o certo é que daí a negar a possibilidade de o direito das contra-ordenações tutelar bens jurídicos perante ofensas com indisputada dignidade penal vai uma distância que além de incompatível com a dogmática constitucional dos direitos fundamentais, não é sequer consentida pelo próprio princípio da dignidade penal nos termos em que o concebemos. Pois se por ele o que se pretende é apenas arredar do direito penal factos sem dignidade penal como são, entre outros, os que se limitam a contender com valores de pura ordenação social, nenhum menoscabo ele sofrerá se deixar de se atribuir relevância penal a factos que, à luz desse princípio, estariam autorizados a tê-lo. Assim sendo, mesmo que, em tese, um facto esteja credenciado a ser qualificado como crime pela categoria da dignidade penal poderá perfeitamente receber outra natureza sancionatória, nomeadamente, contra-ordenacional, sem que daí resulte violação alguma do princípio jurídico-constitucional do direito penal do bem jurídico e da sua vertente da dignidade penal.

Com isto se percebe que a dignidade penal é *idónea* a distanciar o direito penal de toda aquela mole de factos que afectam valores ou interesses desprovidos de relevância constitucional ou que mesmo contendendo com bens jurídicos constitucionais estão manifestamente longe de poderem justificar uma resposta tão drástica como a penal. Factos esses que, em boa verdade, podem, via de regra, conhecer tutela contra-ordenacional²²⁹⁹.

²²⁹⁷ Além da doutrina já referida em texto e em nota, ainda neste sentido PULITANÒ, “Obblighi costituzionali di tutela penale?”, p. 494 e ss., FIANDACA, “Il «bene giuridico»...”, p. 73 e ss., e NEUMANN, Ulfrid, “Bem jurídico, Constituição e os limites do direito penal”, p. 519 e *passim*.

²²⁹⁸ DIAS, Figueiredo, ²*DP-PG, I, 6.º Cap.*, § 34.

²²⁹⁹ Nesta conclusão, já ANGIONI, *Contenuto e Funzioni*, p. 175, e DOLCINI, “Sanzione penale o sanzione amministrativa”, pp. 613 e ss. e 623.

Só que todos os factos que, por superarem a barreira da dignidade penal, são candidatos positivos a obter relevância penal são também, de igual modo, candidatos positivos a ingressar na esfera do direito das contra-ordenações²³⁰⁰. E todavia, se for este o destino deles nenhuma ofensa se infligirá ao princípio da dignidade penal. Ora, é neste domínio que o nosso problema da distinção entre crimes e contra-ordenações atinge o seu ponto crítico²³⁰¹. Se é compreensível e aceitável que escapem aos regimes constitucional e legal do direito e processo penal aqueles factos que de modo algum poderiam ser legalmente qualificados como crime logo por lhes faltar dignidade penal, já não se vê, porém, como possa sustentar-se que factos cobertos de dignidade penal devam receber tratamentos constitucionais e legais diferenciados consoante sejam legalmente tarimbados como crime ou contra-ordenação só por apelo à categoria da dignidade penal quando se verifica que a escolha por uma ou outra opção não é por ela decisivamente comandada.

Isto que acabámos de sustentar mostra-se cabalmente ilustrado através da integração no domínio de aplicação do art. 18.º-2 da CRP de dois exemplos que nesta nossa temática vêm sempre à baila, o já mencionado caso da transformação do homicídio doloso em contra-ordenação e o do estacionamento indevido de um automóvel.

É geralmente aceite que o princípio da dignidade penal constitui a expressão plástica jurídico-penal do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito que faz parte do princípio geral da proibição do excesso, plasmado naquele art. 18.º-2 da CRP, no trecho em que nele se determina que as restrições de direitos, liberdades e garantias devem limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos²³⁰². Decorrendo do princípio da proibição do excesso uma tríplice exigência de adequação, de necessidade e de estrita proporcionalidade das medidas restritivas de direitos e liberdades fundamentais é essencialmente esta última imposição que, em rigor, através do princípio da dignidade penal se procura acautelar.

²³⁰⁰ Nesta direcção, de novo, ANGIÒNI, *Contenuto e Funzioni*, p. 175, DOLCINI, “Sanzione penale o sanzione amministrativa”, p. 623, e a Circular da Presidência do Conselho de Ministros italiano, de 19-12-1983, *RIDPP*, 1984, p. 350.

²³⁰¹ Cf. *infra*, § 33., 3.

²³⁰² Cf. ANDRADE, Costa, “A «dignidade penal» e a «carência de tutela penal»”, p. 184 e s., CUNHA, Maria da Conceição, «*Constituição e Crime*», p. 234, e ANTUNES, Maria João, “A Constituição e os princípios penais”, p. 8. Ainda neste sentido, na perspectiva do direito constitucional alemão, GÜNTHER, Hans-Ludwig, “Die Genese eines Straftatbestandes”, p. 12 e s., e do italiano, DOLCINI, “Sanzione penale o sanzione amministrativa”, p. 609 e ss.

Só são constitucionalmente aceitáveis as limitações das liberdades fundamentais das pessoas através da lei penal se esta for estritamente proporcionada, numa relação de justa medida, aos fins que por ela se visam atingir, assim se proscrevendo “a adopção de medidas legais restritivas desproporcionadas, excessivas, em relação aos fins obtidos”²³⁰³. E é por isso que se exige como condição para a legitimidade material da criminalização, no quadro do princípio da dignidade penal, que o bem jurídico tutelado tenha uma importância tal que possa ombrear com os bens jurídicos titulados pelos destinatários da incriminação susceptíveis de sacrifício através da aplicação da lei penal e que o facto tipificado supere “um limiar qualificado de danosidade ou de perturbação e abalo sociais”²³⁰⁴.

Tendo esta proposição fundamental como pano de fundo, poderá entender-se sem risco de erro que, logo por força da proibição de incriminação ínsita no princípio da dignidade penal, seria em geral constitucionalmente inadmissível a criminalização da violação das regras atinentes ao estacionamento de automóveis. Sejam quais forem os valores que por elas se procurem tutelar – v. g., a vida e a integridade física das pessoas que circulam na via pública (cf. art. 49.º-1, *a*) ou *d*), do Código da Estrada); a segurança rodoviária; a fluída e desimpedida circulação das pessoas pelo espaço público, seja como peões, seja como automobilistas; a obtenção das receitas tributárias associadas à cobrança de taxas como contrapartida pela utilização de um espaço do domínio público (cf. arts. 71.º-1, *d*), e 71.º-2, *a*), do Código da Estrada)²³⁰⁵, etc. – seguro é que a ofensa a esses bens será, em regra, de tal forma insignificante que de modo algum poderá justificar o recurso ao direito penal. Por falta de dignidade penal desse facto, naturalmente. Por isso que dificilmente deixaria de ser inconstitucional por ofensa ao n.º 2 do art. 18.º da CRP um eventual regime legal que conferisse relevância penal às proibições legais relativas ao estacionamento de automóveis²³⁰⁶. No quadro legal vigente, tais proibições detêm natureza contra-ordenacional sem que alguma vez se questionasse a bondade constitucional dessa solução. Com este exemplo fica, pois, patente que *factos sem dignidade penal* não podem adquirir relevância criminal, sob

²³⁰³ CANOTILHO, Gomes / MOREIRA, Vital, *4CRP*, I, p. 393.

²³⁰⁴ ANDRADE, Costa, “A «dignidade penal» e a «carência de tutela penal»”, p. 185.

²³⁰⁵ Cf. o Ac. do TC n.º 308/94, que teve por objecto um regime do Código da Estrada então em vigor que proibia e punia *contravencionalmente* o estacionamento sem pagamento de taxa de utilização.

²³⁰⁶ Em termos próximos, mas recorrendo ao critério da ressonância ética, o Ac. do TC n.º 308/94: “dúvidas não restam que, no caso vertente, não deparamos com uma infracção com a ressonância ética suficiente para poder ser qualificada como de natureza criminal”.

pena de violação do art. 18.º-2 da CRP, mas podem ser qualificados como contra-ordenação.

Vejamos agora o outro exemplo, que nos remete para a constelação simétrica, a dos *factos com dignidade penal*. Referimo-nos ao homicídio doloso, cuja dignidade penal entra pelos olhos dentro. Se o legislador decidisse transformá-lo numa contra-ordenação incorreria em ofensa ao princípio da dignidade penal, afrontando do mesmo passo o art. 18.º-2 da Constituição? Cremos bem que não! Na realidade, se se for coerente e conseqüente com uma compreensão de índole negativa da dignidade penal, a única compatível com o intento de a fazer sedear no art. 18.º-2 da CRP, uma tal conversão seria indiferente ao princípio da dignidade penal, não entrando sequer no âmbito de aplicação normativa do n.º 2 do art. 18.º da Constituição.

Não representando esse acto normativo uma restrição dos direitos de liberdade dos até aí destinatários da incriminação, antes pelo contrário desaparecendo a ameaça de privação da liberdade imanente ao tipo incriminador de homicídio doloso, parece-nos óbvio que tal lei despenalizadora não teria o significado de uma restrição de direitos, liberdades e garantias como aquela a que se refere o art. 18.º-2 da CRP. Nessa medida, não seria por apelo ao art. 18.º-2 da Constituição e ao princípio da dignidade penal nele embutido que, apelando à Lei Fundamental, poderia travar-se o passo ao legislador ordinário. Como concluímos anteriormente, a inconstitucionalidade seria aí obviamente de afirmar, mas por força do clamoroso incumprimento do dever estadual de protecção de bens jusfundamentais, atenta a manifesta insuficiência do meio sancionatório escolhido para tutelar o bem jurídico vida de pessoa já nascida no caso da sua lesão infligida dolosamente. Violado seria assim não o princípio da proibição do excesso ou o princípio da dignidade penal que materialmente lhe corresponde, mas o princípio da proibição da insuficiência. E directamente infringidos seriam os arts. 24.º, 2.º e 18.º-1 da Constituição; e já não o seu art. 18.º-2.

Com este exemplo torna-se claro que a *factos com dignidade penal* pode não ser legalmente atribuída relevância criminal sem que daí resulte uma afronta ao princípio da dignidade penal ou uma violação do art. 18.º-2 da CRP; bem como ainda, concomitantemente, a *inidoneidade* do princípio da dignidade penal para conduzir o legislador para uma via penal ou para uma via contra-ordenacional quando pretenda conferir relevância sancionatória a um facto portador de dignidade penal. Numa última palavra, o princípio da dignidade penal é incapaz de determinar e fundamentar uma

distinção material entre crimes e contra-ordenações relativamente a factos dignos de pena.

§ 32. SÍNTESE CONCLUSIVA

1. A partir do pensamento geral dos direitos fundamentais podem enunciar-se como constitucionalmente válidas várias proposições essenciais para a fundamentação e legitimação, pela positiva e pela negativa, da intervenção penal, da intervenção contra-ordenacional e das relações entre ambos no âmbito dos bens jurídicos dotados de dignidade jusfundamental. É essa síntese conclusiva que ora nos propomos concretizar.

Os direitos fundamentais enquanto direitos de defesa contra o Estado e o princípio da proibição do excesso que se lhes encontra associado são inidóneos para justificar e legitimar, pela positiva, uma protecção, através do Estado como aquela que, paradigmaticamente, é desenvolvida pelo direito penal e pelo direito contra-ordenacional em relação a ameaças para bens jurídicos fundamentais com origem em particulares. É antes por via da função constitucional do dever estadual de tutela dos direitos fundamentais que, como ponto de partida, se funda e legitima positivamente a intervenção do Estado em prol da protecção de bens jusfundamentais perante ameaças dessa natureza.

Para o cumprimento dessa função são, *a priori*, mobilizáveis quaisquer instrumentos de tutela conformes com o princípio do Estado de direito material, sejam eles fácticos, sejam eles jurídicos. Entre esses meios contam-se os mecanismos de tutela sancionatória que o legislador tem ao seu dispor, pelo que tanto o direito penal, como também o direito contra-ordenacional podem, isolada ou conjugadamente, integrar programas de acção estaduais teleologicamente orientados por uma finalidade de tutela jusfundamental. Deste modo, sendo as actuações penais e contra-ordenacionais constitucionalmente justificadas pela necessidade de dar cumprimento ao dever estadual de protecção, é através deste que *primária* e *positivamente* adquirem elas a sua legitimidade material.

Assim, consideradas as linhas-força do paradigma constitucional jusfundamental, será possível delinear, mesmo que só esquematicamente, os eixos legitimadores das intervenções estaduais penais e contra-ordenacionais no quadro das

duas grandes e essenciais funções dos direitos fundamentais, a *função de defesa contra o Estado* e a *função do dever estadual de protecção contra terceiros*. Nenhuma delas se subordina, em regra, à outra, ambas devendo considerar-se funções plenamente autónomas. Mais, nenhuma delas detém relevância maior do que a outra²³⁰⁷, não sendo, porém de excluir que, em caso de conflito insanável entre ambas, alguma delas deva ceder, cabendo aí a primazia, em regra, à função de defesa face ao Estado (cf. art. 18.º-3 da CRP).

1.1 O *ponto de partida* do programa de legitimação material tanto das intervenções penais, como das contra-ordenacionais é conformado pela *função do dever estadual de protecção dos direitos fundamentais*. Reside aqui o impulso determinante para a acção estatal, sendo por isso nesta função que, no âmbito jusfundamental, radica a fonte de legitimação material *positiva* do crime e da contra-ordenação. Ambos os tipos de infracções são mobilizadas pelo Estado em virtude de uma necessidade de tutela de bens jusfundamentais e precisamente para acorrer a essa necessidade, em cumprimento do dever de protecção que para o Estado emana da dimensão objectiva do direito fundamental correspondente.

Logo aqui o *conceito de bem jurídico* adquire uma importância capital, por representar uma cristalização dos valores jusfundamentais imanentes à decisão axiológica de que é portadora a face jurídico-objectiva de cada um dos direitos fundamentais constitucionalmente relevantes²³⁰⁸. Um dever estadual de protecção desligado da ideia de bem jurídico apresentar-se-ia inevitavelmente vazio de sentido e de conteúdo por lhe faltar o referente essencial para a definição do rumo da acção protectora estadual²³⁰⁹. Assim, é logo neste momento inicial, por via desta correspondência com um bem jurídico inscrito na ordem axiológico-constitucional dos bens jusfundamentais, que as intervenções estaduais sancionatórias neste domínio adquirem densidade *ético-jurídica*, compreendendo-se assim, que além dos crimes,

²³⁰⁷ ISENSEE, “Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht”, n.ºs m. 192, 297 e *passim*.

²³⁰⁸ Em direcção distinta, ISENSEE, “Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht”, n.º m. 289, que, apelando a Jakobs, aponta como finalidade do direito penal não a protecção de bens jurídicos, mas a “estabilização da ordem jurídica”.

²³⁰⁹ Substancialmente nestes termos, mirando embora sobretudo ao princípio da proibição da insuficiência, já HASSEMER, “Strafrechtlicher Rechtsgüterschutz unter der Verfassung”, p. 222 e s., e “Darf es Straftaten geben...”, p. 63.

também as contra-ordenações possam integrar factos com ressonância axiológica jurídico-constitucional.

Reconhecemos que a natureza jusfundamental do bem jurídico tutelado não é caução suficiente para que se possa afirmar como ético-*socialmente* relevante qualquer *facto* que com ele contenda, por mais distante que seja a sua relação com o núcleo desse bem jurídico. Não obstante, sob a perspectiva do referente axiológico que, em nosso modo de ver, deve decisivamente orientar as decisões legislativas – o jurídico-constitucional e não um qualquer outro correspondente a alguma das várias mundivisões ético-sociais que convivem, e não raro colidem entre si, numa sociedade pluralista como é a nossa²³¹⁰ –, esta ligação assegura o mínimo ético jurídico-constitucional indispensável para conferir ao dever estadual de protecção um substrato axiologicamente relevante.

Posto que crucial, o bem jurídico a proteger está longe, no entanto, de ser o único elemento a tomar em consideração na definição do programa legislativo de tutela. Como bem adverte Hassemer, “desde logo porque é amplo e complexo o espaço de conformação do legislador penal, porque terá ele de otimizar, num contexto de insegurança, a materialização de uma pluralidade de finalidades de regulação, a ideia de que o princípio do bem jurídico e da protecção do bem jurídico poderia orientar positivamente o legislador penal não só afrontaria a tradição jurídico-penal, como seria até metodologicamente *naïf*”²³¹¹. A composição de um programa de tutela através do recurso a medidas penais e/ou contra-ordenacionais terá como referente o bem jurídico carente de protecção, mas deverá ter assim ainda em decisiva conta os vários factores de ponderação que enunciámos supra numa lógica tendencial, de “quanto-tanto”²³¹², presidida por uma ideia fundamental de *efectividade de tutela*.

Os pólos essenciais da efectividade de tutela a que o Estado deve almejar na satisfação do seu dever de protecção jusfundamental são a *adequação* e a *eficácia* do programa de protecção.

Só será cogitável como meio de tutela aquele que possa fundada e razoavelmente supor-se constituir um *meio idóneo* para garantir a integridade do bem jurídico perante determinado tipo de ofensas que lhe possam ser dirigidas e em relação às quais o legislador entenda ser necessário fazer face. Um instrumento abertamente

²³¹⁰ Cf. supra, § 14.4, 6. e § 27.

²³¹¹ HASSEMER, “Darf es Straftaten geben...”, p. 61.

²³¹² Cf. supra, § 30.2, 2.

inapto de tutela, porque, por exemplo, como correntemente se alerta, não só não previne, como até incrementa o risco para o bem jurídico²³¹³, não deve ser escolhido pelo Estado, logo porque não permitirá satisfazer *adequadamente* o dever de protecção que sobre este impende. Trata-se, pois, de uma condição de legitimação que releva logo nesta primeira fase do processo legitimador, não tendo necessariamente de aguardar pelo estágio posterior da necessidade de pena²³¹⁴. Com efeito, se for manifesto que certa medida não só não protege, como até desprotege um bem jurídico, ou é inócua para alcançar a sua tutela, não deve o legislador dela lançar mão. Exigência que vale obviamente também para o direito penal, dado que “a intervenção penal não pode escapar ao crivo da comprovação positiva da sua eficiência própria, até porque da ineficiência de outros meios não pode deduzir-se automaticamente a eficiência do direito penal”²³¹⁵.

Um meio adequado será igualmente, por definição, um meio eficaz de tutela. Daí que no contexto da avaliação da *eficácia* esteja sobretudo em causa uma tarefa comparativa, de avaliação de quais as soluções, de entre as várias possíveis alternativas idóneas de tutela, que melhor asseguram a protecção dos bens jusfundamentais sob ameaça. Como frisa Lothar Michael, para afastar uma tese que procura identificar o princípio da proibição do excesso com o princípio da proibição da insuficiência, não é uma ideia de necessidade que aqui entra em consideração, como sucede na proibição do excesso e na sua dimensão jurídico-criminal de carência de tutela penal, nas quais se busca a mais suave de entre as alternativas parificáveis quanto à sua eficácia²³¹⁶. O que aqui releva é um critério de efectividade, de acordo com o qual, perante duas medidas com uma potencialidade danosa idêntica para os seus destinatários, deve ser escolhida a mais eficaz. Trata-se, no fundo, de responder a esta questão: “existirá um meio de tutela mais eficaz que não comporte uma afectação mais forte dos direitos fundamentais de terceiros ou de outros fins (constitucionalmente imanentes)?”²³¹⁷.

Nesta ponderação de eficácia haverá, além do mais já referido supra, que considerar e comparar a força dissuasória das sanções comináveis sobre os possíveis

²³¹³ ANDRADE, Costa, “Constituição e Direito Penal”, p. 204, e DIAS, Figueiredo, ²DP-PG, I, 6.º Cap., § 38.

²³¹⁴ Assim, todavia, ANDRADE, Costa, “A «dignidade penal» e a «carência de tutela penal»”, p. 183 e ss., e DIAS, Figueiredo, ²DP-PG, I, 6.º Cap., § 38.

²³¹⁵ Ac. do TC n.º 75/2010 (11.4.8).

²³¹⁶ MICHAEL, Lothar, “Die drei Argumentationsstrukturen...”, p. 151.

²³¹⁷ Cf. MICHAEL, Lothar, “Die drei Argumentationsstrukturen...”, p. 151.

tipos de destinatários das normas de proibição, bem como ainda a capacidade da estrutura processual legal e dos recursos humanos e materiais que a ela podem ser afectos para efectivamente lograr descobrir, investigar, apreciar e decidir as infracções legalmente tipificadas²³¹⁸. Particular cuidado deverão merecer aqueles tipos de infracções consabidamente praticadas em massa e aqueles outros que pela sua habitual elevada complexidade técnica são de molde a justificar tratamentos processuais diferenciados. A escolha de uma determinada estratégia sancionatória à revelia das reais possibilidades de os respectivos tipos de processos lhes darem uma resposta adequada leva associado o risco de escolha de uma solução que, sob o ponto de vista da eficácia, fique a perder na comparação com outras alternativas de tutela.

Como se referiu, e é indisputadamente reconhecido, nesta primeira etapa de definição positiva do programa de tutela o legislador goza de uma enorme liberdade de conformação. Sem que se queira advogar qualquer decisionismo legislativo²³¹⁹, não vemos como pudesse ser de outro modo. *Sempre* que está em causa o cumprimento do dever estadual de protecção de bens jurídicos constitucionalmente relevantes, a pluralidade de factores e interesses a considerar é inevitavelmente vasta, a complexidade das questões a regular é com frequência elevada e os critérios constitucionalmente postulados correspondem necessariamente a linhas de orientação de carácter genérico, deixando em aberto um amplo espaço para a materialização de distintas soluções constitucionalmente admissíveis. Por isso que, isto aceite, “não é (...) legítimo (...) imputar à Constituição uma intencionalidade que ultrapasse o conteúdo mínimo que decorre do estabelecimento de orientação de legislação”²³²⁰. E não será surpreendente, logo também por tudo isto, que, como conclui Lagodny, na sua escolha entre uma solução penal ou uma solução contra-ordenacional dificilmente o legislador incorrerá em inconstitucionalidade²³²¹.

Só naqueles casos pontuais em que seja *meridianamente claro* que apenas um determinado meio de tutela está em condições de garantir uma protecção eficiente em

²³¹⁸ Cf. DOLCINI, “Sanzione penale o sanzione amministrativa”, p. 618 e s., e CID MOLINÉ, José, “Garantías y sanciones (Argumentos contra la tesis de la identidad de garantías entre las sanciones punitivas)”, *Revista de Administración Pública*, n.º 140, 1996, p. 149 e s.

²³¹⁹ Apelidando, porém de *teorias decisionistas limitadas* todas aquelas concepções, como acaba por ser também a nossa (cf. infra, § 34.), que apontam para uma solução de diferenciação mista qualitativa-quantitativa entre crimes e contra-ordenações, ACHENBACH, “Ahndung materiell sozialschädlichen Verhaltens durch bloße Geldbuße?”, p. 10.

²³²⁰ ANDRADE, Vieira de, “Os direitos dos consumidores como direitos fundamentais...”, p. 149.

²³²¹ LAGODNY, “Human dignity...”, p. 587.

relação a um certo tipo de ofensas para o bem jurídico é que se poderá admitir a existência de um espaço de nula discricionariedade no exercício da decisão legislativa. Mesmo aí, porém, será forçoso reconhecer, com Figueiredo Dias, uma ineliminável margem de livre ponderação legislativa na selecção e eventual exclusão das várias possíveis opções de tutela através dos critérios da adequação e da eficácia²³²², apenas sindicável em caso de erro crasso de avaliação. O único limite que neste domínio da legitimação positiva da intervenção estadual pode assim ser constitucionalmente oposto ao legislador é o da proibição de um défice de tutela. Sob o ponto de vista da função do dever estadual de protecção, se é certo que não pode o legislador definir um plano de protecção que fique aquém de um limiar mínimo de tutela constitucionalmente imposto, também é seguro que acima desse nível terá campo livre para decidir. Não de forma arbitrária ou caprichosa, como é óbvio, mas em função das necessidades de tutela com que se depare e de acordo com os enunciados critérios de adequação e de eficácia, de modo a garantir uma tanto quanto possível tutela efectiva.

Neste plano positivo da legitimação material, na escolha que porventura poderá ter de realizar entre meios penais e contra-ordenacionais o legislador estará assim apenas limitado pelo princípio da proibição da insuficiência. Onde, podendo uns e outros garantir uma protecção adequada, ambos figurarão como candidatos positivos da opção a tomar.

1.2 Entrará então em cena a *segunda fase* do procedimento legitimador das escolhas sancionatórias, correspondente ao *ponto de chegada* da legitimação material. Uma fase conformada já não pela função do dever de protecção, mas pela *função de defesa dos direitos fundamentais* e que por isso mesmo tem um *signo negativo*, próprio da natureza negatória que é típica desta função, que empresta essa mesma marca negativa aos princípios da dignidade penal e da carência de tutela penal que a concretizam em sede penal. Do que se trata é de avaliar se as opções de tutela já tidas como elegíveis para dar adequada e suficiente satisfação ao dever estadual de protecção são constitucionalmente admissíveis sob o prisma das restrições que acarretam para os destinatários das respectivas normas de proibição. Cobram por isso imediata aplicação os limites às restrições dos direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos, *maxime* o princípio da proibição do excesso a que o n.º 2 do art. 18.º da CRP dá expressão.

²³²² Cf. DIAS, Figueiredo, ²DP-PG, I, 6.º Cap., § 40.

Da convocação, primeiro, do princípio da proibição da insuficiência e, depois, do princípio da proibição do excesso resulta para o legislador a demarcação de dois limites, um mínimo e outro máximo, que balizam um *corredor* dentro do qual ele pode legítima e livremente mover-se para dar cumprimento ao seu dever de tutela de bens jusfundamentais²³²³.

Na ponderação do eventual recurso a meios penais à luz das restrições de direitos fundamentais que os mesmos coenvolvem para os destinatários das incriminações deverão relevar, como *critérios negativos* de legitimação material densificadores do princípio geral da proibição do excesso, tanto o princípio da dignidade penal, como o da necessidade de pena.

Pressuposta já a relevância constitucional jusfundamental do bem jurídico objecto de protecção, no âmbito da *dignidade penal* avaliar-se-á se a ofensa para prevenção da qual se admite à partida como conveniente o recurso ao direito penal tem, por si ou através de uma cumulação em larga escala²³²⁴, um quilate tal que justifique, numa relação de justa medida, uma reacção jurídica sancionatória tão pesada como é aquela inerente a uma intervenção penal. Através deste crivo poderão acabar por remeter-se para o direito das contra-ordenações factos desprovidos de dignidade penal, mas, como vimos já, dada a função negativa da categoria da dignidade penal, nenhuma triagem por ela se poderá fazer em relação a factos susceptíveis de tutela penal por apresentarem dignidade bastante para tal.

Quanto aos factos dignos de pena, os únicos que chegarão ao momento final do percurso legitimador jurídico-penal, importa por último avaliar a efectiva *necessidade* de apelo ao direito penal para assegurar a protecção do bem jurídico. Como é por demais sabido, através desta exigência, também ela imbricada no princípio constitucional da proibição do excesso, procura dar-se efectividade à ideia de subsidiariedade ou de *ultima ratio* que deve caracterizar o direito penal. Nessa medida, tal como a dignidade penal, também a categoria da *necessidade de pena* assume, quanto a nós, uma feição eminentemente negativa²³²⁵, de exclusão do domínio penal de factos susceptíveis de tutela ainda adequada e eficaz através de meios de protecção menos pesados para os destinatários da proibição. Não custa intuir a eminente relevância que aqui pode ser assumida pelo direito das contra-ordenações, dada a natural apetência dos

²³²³ Nestes termos, o Ac. do TC n.º 75/2010 (11.4.3).

²³²⁴ Cf. supra, § 26.

²³²⁵ Diferentemente, ANDRADE, Costa, “A «dignidade penal» e a «carência de tutela penal»”, p. 185 e s., e “Constituição e Direito Penal”, p. 204 e s., apontando um cunho positivo à carência de tutela penal.

meios contra-ordenacionais para funcionarem como sucedâneos válidos de uma possível intervenção penal. Quando se admita que a via contra-ordenacional estará em condições de garantir uma tutela suficiente e adequada do bem jurídico em consideração, poderá o legislador louvar-se no princípio da necessidade de pena para preterir a via penal e adoptar uma solução contra-ordenacional. Não admira assim que a necessidade de pena constitua o principal separador de águas entre o direito penal e o direito contra-ordenacional relativamente a factos dotados de dignidade penal.

Em rigor, o legislador parece não estar constitucionalmente *obrigado* a prescindir do recurso ao direito penal para prevenir um facto digno de pena mesmo que tenha à sua disposição uma alternativa de tutela ainda capaz de aí assegurar uma tutela adequada. Isto porque a exigência de necessidade só vai àquele ponto de *impor* um abandono da opção penal se algum outro meio aí existir que garanta uma tutela *tão* ou *mais* eficaz que a penal²³²⁶. Com efeito, só haverá violação do princípio da necessidade quando diante de opções de tutela efectivamente equiparáveis quanto à sua eficácia o legislador se decida pela mais grave. Já se a alternativa se puser em relação a meios adequados, mas de eficácia claramente distinta, não será jurídico-constitucionalmente censurável, sob a perspectiva da necessidade da tutela, a opção pelo meio mais grave, mas também mais eficaz (v. g., penal) em detrimento de um meio menos grave, mas igualmente menos eficaz, mesmo que este represente ainda uma solução adequada de tutela (v. g., contra-ordenacional)²³²⁷.

Nada parece, porém, impedir o apelo à ideia de necessidade, em sede de carência de tutela penal e em ordem a dar efectiva expressão ao princípio da *ultima ratio* do direito penal, para justificar uma opção por uma solução não penal (v. g., contra-ordenacional) se esta, embora não tão contundente ou eficaz como a via criminal,

²³²⁶ Cf. GÜNTHER, Hans-Ludwig, “Die Genese eines Straftatbestandes”, p. 11, OTTO, “Strafwürdigkeit und Strafbefürdigkeit als eigenständige Deliktskategorien?”, p. 57, ANDRADE, Costa, “Constituição e Direito Penal”, p. 204, LAGODNY, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, p. 179, MICHAEL, Lothar, “Die drei Argumentationsstrukturen...”, p. 151, e ainda, em Itália, a Circular da Presidência do Conselho de Ministros de 19-12-1983, *RIDPP*, 1984, p. 348.

²³²⁷ Bem ilustrativo deste modo de funcionamento do princípio da necessidade penal é o Ac. do TC n.º 274/98, ao negar a inconstitucionalidade da criminalização, sob a forma de crime de desobediência, do “desrespeito dos actos administrativos que determinem o embargo, a demolição, a reposição do terreno na situação anterior à infracção ou a entrega do alvará de licença de construção” (art. 59.º do Decreto-Lei n.º 445/91, de 20/11), mesmo perante a possibilidade, invocada pelo arguido recorrente para fundamentar a sua alegação do *excesso* da incriminação, de mobilização de “pesadas coimas, no âmbito do ilícito de mera ordenação social, encontrando-se na panóplia de medidas repressivas o embargo administrativo e a substituição da Administração ao infractor na demolição ou destruição da obra ilegal”.

representar ainda uma forma adequada de tutela, logrando assim ainda dar satisfação ao dever estadual de direitos fundamentais²³²⁸.

2. Com o esquema ora apresentado – e que não quis ser mais do que isso mesmo, um simples e desprezioso enunciado esquemático²³²⁹ – pretendemos expor aquelas que são, na nossa perspectiva, as linhas essenciais de legitimação positiva e de legitimação negativa que, em congruência com as funções jusfundamentais do dever estadual de protecção e de defesa face ao Estado, serão de adscrever às intervenções públicas sancionatórias. Por ele percebe-se enfim que em relação aos factos que, em virtude do relevo jusfundamental do bem jurídico com que contendem e da sua danosidade social, estão numa posição susceptível de adquirir estatuto penal a escolha legislativa entre uma solução penal e uma solução contra-ordenacional é comandada não por uma *Wertrationalität*, como é aquela que é incindível de qualquer pensamento qualitativo, mas por uma racionalidade teleológico-funcional. Isto que começa por manifestar-se no princípio da proibição da insuficiência e na conformação legislativa da função do dever de protecção estadual de bens jusfundamentais volta depois a ganhar expressão no estágio final da necessidade de pena inerente ao princípio da proibição do excesso. Tudo o que, do mesmo passo, abre caminho a que sintetizemos finalmente aquela que nos parece ser a natureza da relação entre o facto penal e o facto contra-ordenacional no quadro compreensivo da partilha por um e outro das características essenciais para a determinação da sua natureza jurídica: ambos têm carácter sancionatório, ambos podem actuar como meios de tutela, se necessário directa e imediata, de bens jusfundamentais e ambos colhem a sua legitimidade material no cumprimento do dever estadual de protecção de direitos fundamentais.

²³²⁸ Nesta conclusão, ANDRADE, Costa, “A «dignidade penal» e a «carência de tutela penal»”, p. 186 e s. e DIAS, Figueiredo, ²*DP-PG, I*, 6.º Cap., § 38.

²³²⁹ Para uma sua densificação no âmbito das ofensas a bens jurídicos colectivos, cf. supra, § 26.

CAPÍTULO II – O FACTO COMO PÓLO AGREGADOR DA RELAÇÃO DE CONVERGÊNCIA MATERIAL

§ 33. MÉTODO DE ABORDAGEM E CONSEQUÊNCIAS POSSÍVEIS DO CONTEÚDO DA DISTINÇÃO

1. Todo o percurso até aqui trilhado é revelador daquela que para nós deve ser a metodologia de abordagem a adotar para enfrentar a questão da contraposição entre crimes e contra-ordenações: tomar como referente o sistema constitucional e os princípios materiais que dele emanam e devem orientar as decisões legislativas de criminalização ou de tipificação de contra-ordenações; e só depois, a partir e através dele, ponderar e tomar posição sobre a natureza da relação que intercede entre os factos penais e contra-ordenacionais.

Apesar das sucessivas críticas que ao longo de toda a investigação vimos dirigindo às soluções ditas qualitativas, não temos *a priori* nenhuma especial simpatia ou predilecção por qualquer modelo de diferenciação, seja qual for o cenário de contraposição para que aponte. Em boa verdade, como ponto de partida, é-nos absolutamente indiferente que entre os delitos penais e as contra-ordenações releve uma substancial diferença de natureza, apenas uma quantitativa diferença de grau de gravidade ou até mesmo nenhuma, ao ponto de se poder entender que partilham a mesma essência. Só que, uma vez que da defesa de um ou outro modelo decorre um sem-número de consequências dogmáticas e normativas, é imperioso verificar se a premissa que se acolhe para o efeito, isto é, um determinado modelo tido como válido, é compatível com o quadro constitucional rector daquelas decisões legislativas, porque se o não for aberto fica o caminho para a adopção de soluções constitucionais e legais materialmente indevidas.

Boa parte da discussão costuma ser “contaminada” por um vício de princípio, o de abordar o problema começando logo por dar como assente, como uma espécie de *dado* prévio, que um ou ambos os sistemas ou os tipos de infracções que lhes correspondem têm esta ou aquela natureza e que é a partir dela que a contraposição deve ser estabelecida, ao que se segue um rosário, normalmente longo, de implicações de

vária ordem. V. g., que os crimes têm sempre subjacentes factos ético-socialmente relevantes e as contra-ordenações referem-se a condutas todas elas axiologicamente neutras; que os bens jurídico-penais são materialmente distintos dos bens jurídicos que as contra-ordenações tutelam ou podem tutelar; que, materialmente, o direito contra-ordenacional é direito administrativo; que o direito de mera ordenação social visa apenas ordenar e promover a ordenação de condutas socialmente benéficas; que os ilícitos contra-ordenacionais se circunscrevem apenas a formas de tutela antecipada ou mediata de bens jurídicos; que as contra-ordenações têm como objecto de tutela apenas bens jurídicos supra-individuais; que o direito penal não pode tutelar bens jurídicos colectivos desprovidos de um referente pessoal; que os factos penais são sempre mais graves que os contra-ordenacionais; que as contra-ordenações estão destinadas apenas a incidir em áreas cuja actividade carece de uma prévia autorização administrativa; que entre os crimes e as contra-ordenações não há diferença material de espécie alguma; *etc.*

Estes dogmas, além de darem mostras de uma “pré-compreensão subjectiva”²³³⁰ da realidade normativa, vão correntemente embrulhados num discurso ambíguo, e que por isso não raro resvala para a contradição, sobre aquilo de que concretamente se está a falar quando se alude à contraposição, se dos critérios que comandam ou desejavelmente deveriam comandar as opções legislativas, se das características conaturais ao sistema penal ou contra-ordenacional, se daquela que é a efectiva realidade normativa plasmada no direito positivo, ou se daquela que pode ser ou, mais do que isso, deve ser a natureza dos bens jurídicos contra-ordenacionais.

E é assim que Figueiredo Dias afirma que é “ao nível do bem jurídico – *sc.*, da distinção entre bens jurídico-penais e bens jurídico-administrativos – que a distinção entre crimes e contra-ordenações deve ser levada a cabo”²³³¹, sustentando do mesmo passo que aos crimes correspondem factos axiológico-socialmente relevantes e às contra-ordenações não²³³²; mas de seguida aceita que as contra-ordenações podem ser legislativamente mobilizadas para, em homenagem ao princípio da subsidiariedade do direito penal, tutelar bens jurídico-penais em relação a factos dignos de pena²³³³; para depois afinal concluir, já no plano do facto punível, que “não sendo a conduta contra-ordenacional, em si mesma tomada, um substrato axiologicamente relevante, a culpa

²³³⁰ APPEL, Ivo, *Verfassung und Strafe*, p. 222, referindo-se à corrente qualitativa do critério ético-social.

²³³¹ DIAS, Figueiredo, ²DP-PG, I, 6.º Cap., § 34.

²³³² DIAS, Figueiredo, ²DP-PG, I, 7.º Cap., § 10 e s.

²³³³ DIAS, Figueiredo, ²DP-PG, I, 6.º Cap., § 38.

contra-ordenacional não pode ser igualada à (e confundida com a) culpa jurídico-penal²³³⁴. Ou que Alexandra Vilela concorda “que a distinção há-de ser feita a partir de um critério material, dando como assente que os bens jurídicos são objecto de protecção nos dois ilícitos, embora os de um e outro sejam distintos”²³³⁵, ao ponto de entender que “não é concebível que bens jurídicos protegidos pelo direito penal clássico ou de justiça venham a ser protegidos pelo direito de mera ordenação social, sem que se registre uma forte e talvez fracturante alteração nos valores jurídicos de uma dada comunidade”²³³⁶, para logo, logo a seguir afinal admitir que, bem vistas as coisas, “não esquecemos que há bens jurídicos pertencentes ao direito penal clássico que também são protegidos pelo direito de mera ordenação social”²³³⁷! Ou que Faria Costa defende que “as infracções contra-ordenacionais têm uma finalidade de ordenação e de promoção de ordenação”²³³⁸ para assim justificar o carácter excepcional da punição da tentativa, mas depois deixa sem resposta a questão de saber a razão pela qual, como ressalva, em domínios como o das contra-ordenações ambientais a punibilidade da tentativa haja passado a ser a regra²³³⁹. Ou que o Tribunal Constitucional avança que “no ilícito de mera ordenação social o objecto da valoração jurídica não é constituído apenas pela conduta, como tal, nele assumindo também especial relevância a proibição legal”²³⁴⁰, e que, portanto, em virtude da irrelevância ética do facto proibido, “é o substrato complexo formado pela conduta e pela decisão legislativa de a proibir que suporta a valoração da ilicitude”²³⁴¹ quando tem diante de si uma contra-ordenação que, nas suas próprias e enfáticas palavras, pune a violação de uma “obrigação de prestar informações e entregar documentos à entidade reguladora [que] surge como uma *condição de eficácia* da *efectiva salvaguarda* da necessidade de regulação, supervisão e fiscalização da

²³³⁴ DIAS, Figueiredo, ²*DP-PG, I, 7.º Cap.*, § 15.

²³³⁵ VILELA, Alexandra, *O Direito de Mera Ordenação Social*, p. 207.

²³³⁶ VILELA, Alexandra, *O Direito de Mera Ordenação Social*, p. 212.

²³³⁷ VILELA, Alexandra, *O Direito de Mera Ordenação Social*, p. 212. As flagrantes e radicais contradições interna que as passagens transcritas em texto dão a perceber são uma constante do pensamento contra-ordenacional de Alexandra Vilela, que ora tanto se refere a infracções que “ofendem bens jurídicos com dignidade penal – logo de pendor ético-social” (p. 351), como pouco depois afirma, em discurso enfático, que “o direito de mera ordenação social é, inquestionavelmente, composto por um conjunto de condutas ilícitas destituídas de relevância axiológica, cujo fito não é a protecção específica, directa e imediata de bens jurídico-penais, nem pessoais, nem supra-individuais” (p. 354). Afirmção esta que, ainda para mais, é completada com um terminante e pretensamente definitivo “Todos o sabemos” (sic)!

²³³⁸ COSTA, Faria, ³*Fragmenta*, Cap. 2, § 37.

²³³⁹ COSTA, Faria, ³*Fragmenta*, Cap. 2, § 37.

²³⁴⁰ Ac. do TC n.º 78/2013.

²³⁴¹ Ac. do TC n.º 78/2013.

actividade económica, num domínio em que a colaboração dos agentes económicos se torna *fundamental* para o exercício de tais funções de *excepcional* relevância pública”.

Ante esta recorrente ambiguidade que perpassa por estas várias concepções sobre o relacionamento entre crimes e contra-ordenações, prejudicando irremediavelmente a sua capacidade para se assumirem como modelos explicativos válidos com uma vocação de generalidade, parece-nos da maior conveniência começar por procurar dilucidar *i)* quais os sentidos em que a distinção entre crimes e contra-ordenações é susceptível ou não de relevar e *ii)* quais as consequências da existência ou não de uma diferença de natureza material entre os factos penais e os contra-ordenacionais.

2. O conteúdo da distinção vem sendo projectado fundamentalmente *a)* na definição dos termos em que devem ser tomadas as decisões legislativas de escolha entre uma solução penal ou contra-ordenacional para tutela de certo bem jurídico em face de determinada ofensa que o possa ameaçar, *b)* na conformação normativa dos regimes constitucionais e legais aplicáveis ao direito contra-ordenacional, *c)* na densificação pela doutrina da dogmática do direito das contra-ordenações (princípios fundamentais, parte geral e parte especial, processo contra-ordenacional, *etc.*) e *d)* na sua realização concreta pela administração e pela jurisprudência mediante aplicação do direito de mera ordenação social vigente.

Admitimos que nas dimensões *b)*, *c)* e *d)* os termos da distinção tida como válida possam ser assumidos como um dado prévio, e frequentemente decisivo, a ter em conta²³⁴². Já não assim, porém, quando se trate da vertente inicial (*a)*), relativa à primeira e mais importante de todas as refracções em que o problema se suscita, a de saber se é o modelo de distinção que deve orientar o legislador ordinário ou se, pelo contrário, são os critérios jurídico-constitucionais que o legislador deve seguir que ao invés, afinal de contas, acabam por dar corpo ao carácter da diferenciação entre crimes e contra-ordenações.

Temos como seguro que o conteúdo e a natureza da distinção entre o crime e a contra-ordenação devem constituir sempre *um derivado* do funcionamento dos

²³⁴² Cf. DIAS, Figueiredo, “O movimento da descriminalização e o ilícito de mera ordenação social”, p. 329 e ss., e PALMA, Maria Fernanda, “Princípio da aplicação retroactiva da lei (penal) mais favorável e alteração de prazos prescricionais no direito de mera ordenação social: comentário ao acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 24 de Abril de 1991”, *Fisco*, nº 34, 1991, p. 31 e ss.

princípios e critérios constitucionais a que o *legislador* deve obediência no cumprimento das suas funções jurídico-constitucionais de promoção e protecção de interesses e bens jurídicos socialmente relevantes. Entre eles contam-se, como é evidente, bens jurídicos integrados na ordem axiológico-constitucional dos direitos fundamentais, aos quais é inerente um dever estadual de protecção que confere legitimidade material às escolhas legislativas por ele teleologicamente orientadas, tal como ainda outros bens jurídicos constitucionalmente relevantes, a cuja tutela o legislador se encontra igualmente obrigado, boa parte deles por força da responsabilidade pública de garantia que sobre o Estado impende enquanto Estado Garantidor²³⁴³. São pois estas funções de tutela que impelem a acção legislativa e assim lhe conferem legitimidade material e não critérios ou posições de princípio extraconstitucionais sobre qual seja ou deva idealmente ser a natureza das contra-ordenações que, enfim, devem guiar o legislador penal e contra-ordenacional.

Significa isto então que a determinação dos termos da distinção (qualitativos, quantitativos, formais, *etc.*) não só não deve ser prévia, nem condicionar as escolhas legislativas relativas à criminalização, como, bem pelo contrário, lhe deve ser subsequente e representar um produto daquelas que são as directrizes jurídico-constitucionais que conformam as decisões legislativas (função jusfundamental do dever estadual de protecção, responsabilidade pública de garantia, princípio da proibição da insuficiência, dignidade penal, necessidade de pena, *etc.*).

Esta abordagem metodológica que adoptamos como válida faz o seu curso há mais de meio século, desde que Walter Sax enfrentou o problema numa perspectiva transistemática e recorreu ao princípio da dignidade penal (*Strafwürdigkeit*), concebido em sentido amplo como merecimento de pena e necessidade de pena, para a partir de uma amurada externa à da ilicitude penal ou contra-ordenacional tomar posição sobre o sentido da distinção²³⁴⁴. O tempo mostrou a consistência e o bom fundamento deste ponto de partida, sendo através dele que a doutrina absolutamente dominante dos outros

²³⁴³ Cf. ANDRADE, Vieira de, “Os direitos dos consumidores como direitos fundamentais...”, p. 153 e ss., e GONÇALVES, Pedro, “Estado de Garantia e mercado”, p. 111 e ss.

²³⁴⁴ SAX, “Kriminalpolitik und Strafrechtsreform”, p. 6, e “Grundsätze der Strafrechtspflege”, p. 922 e s.; e na sua esteira, entre nós, logo no início da década de 1980, ANDRADE, Costa, “Contributo para o conceito de contra-ordenação”, p. 109 e ss., ao afastar-se das tradicionais correntes qualitativas e quantitativas fundamentalmente com base na ideia de que ambas acabam “por deslocar o problema para um plano préjurídico ou transjurídico” (p. 112, referindo-se à tese qualitativa; e depois, nos mesmos termos, quanto à concepção oposta, p. 116: “No fundo, o critério quantitativo como alternativo dos critérios qualitativos, situa-se no mesmo plano pré- ou transjurídico”).

dois sistemas jurídicos que acolheram o paradigma contra-ordenacional – o alemão, através da corrente qualitativa-quantitativa²³⁴⁵, e o italiano²³⁴⁶ – vem de há muito procurando contrapor os ilícitos penais e contra-ordenacionais. Apesar de praticamente sempre proscrita pelo nosso Tribunal Constitucional e de na doutrina nacional contar apenas com o apoio de Taipa de Carvalho e porventura ainda de Costa Andrade²³⁴⁷, cremos ser esta a única via constitucionalmente admissível de aproximação ao problema.

Em boa verdade, nem mesmo Figueiredo Dias, o mais destacado e influente cultor da corrente qualitativa, acolhe como critério válido para conformação do conceito material de crime o critério ético-social que erige como pedra-de-toque do confronto entre crimes e contra-ordenações. Com efeito, o que vemos é Figueiredo Dias repudiar, procedente e veementemente, uma possível legitimação material da intervenção penal na base da “violação de deveres ético-sociais elementares ou fundamentais”²³⁴⁸. Ora, deve convir-se, e nisto estamos certos de que Figueiredo Dias concordará, que o que não serve para matriz do conceito material de crime como critério rector das decisões do legislador penal não deverá servir também como instrumento de decisiva orientação nas escolhas entre o direito penal e o direito contra-ordenacional que ao legislador são confiadas. De outro modo, como se costuma dizer, seria deixar entrar pela janela aquilo que se quis fazer sair pela porta.

Como de seguida procuraremos evidenciar, bem reveladora ainda de que a definição da distinção tem de ser um *posterius* e não um *prius* das linhas de orientação jurídico-constitucionais é a insustentabilidade constitucional, político-criminal e dogmática do método inverso.

2.1 Cremos que ninguém duvidará de que, além de pressupor a existência de crimes e do direito penal, um sistema normativo que em muito a precedeu, a Constituição da República postula ainda a existência de contra-ordenações e do direito de mera ordenação social (cf. arts. 32.º-10, 37.º-3, 165.º-1, *d*), 227.º-1, *q*), e 282.º-3 da CRP)²³⁴⁹. E fá-lo, por certo, tendo em conta aquelas que são as traves-mestras do direito contra-ordenacional: um ramo de direito *sancionatório* que pune a prática de factos *ilícitos e*

²³⁴⁵ Supra, § 19.

²³⁴⁶ Supra, § 11.3.

²³⁴⁷ Supra, § 18.

²³⁴⁸ DIAS, Figueiredo, ²*DP-PG, I*, 6.º Cap., § 11.

²³⁴⁹ Supra, § 10.3, 1.

censuráveis com sanções não privativas da liberdade através de um processo que, em regra, embora não necessariamente²³⁵⁰, é *em primeira linha da competência da administração* e assume uma natureza marcadamente *inquisitória*.

Embora seja este o paradigma contra-ordenacional que a Constituição tem claramente em vista quando se refere ao direito de mera ordenação social, se se aceitasse a metodologia que repudiamos, sempre poderia contrapor-se, à maneira de Heinz Mattes²³⁵¹, Cavaleiro de Ferreira ou mesmo agora ainda de Miguel Pedrosa Machado²³⁵², que, de todo o modo, apesar de todas as credenciais constitucionais de que dispõe, o direito das contra-ordenações português deveria continuar a ser uma espécie de um *zombie*, porque não haveria praticamente nenhuma contra-ordenação que não fosse inconstitucional por violação do princípio da jurisdicionalidade! E isto porque para esta corrente o que quer que a Constituição determine a este propósito é absolutamente irrelevante, dado que para si, numa contraposição pré-constitucional – mas também, por isso mesmo, abertamente inconstitucional – entre direito penal e direito contra-ordenacional, entre crimes e contra-ordenações e entre penas e coimas, tudo ressuma a matéria criminal.

2.2 À corrente contrária, de matriz exclusiva ou eminentemente qualitativa, pode opor-se uma objecção de fundo equivalente quando nela, por exemplo, se assume *a priori* que o direito das contra-ordenações é composto por factos ético-socialmente neutros ou que não é um instrumento sancionatório idóneo à tutela de bens jurídicos individuais contra lesões que lhes possam ser infligidas ou ainda que os seus bens jurídicos têm natureza somente administrativa.

Estas perspectivas são desde logo inconciliáveis com a concepção jurídico-constitucionalmente fundada de um dever estadual de protecção de bens jusfundamentais inerente a todos os direitos fundamentais, com os direitos

²³⁵⁰ Cf., v. g., os arts. 38.º e 39.º do RGCO ou o art. 33.º-1 da Lei n.º 19/2003, de 20/6, relativa ao financiamento dos partidos políticos e que defere competência sancionatória contra-ordenacional ao Tribunal Constitucional. Assim, como bem alegou o Ministério Público no processo do Ac. do TC n.º 631/95, com a posterior expressa concordância do Tribunal Constitucional nesse mesmo aresto (13.), “são questões distintas, a da qualificação de certos factos como contra-ordenação, por um lado, e a da atribuição de competência para desta tomar conhecimento, por outro”, não sendo, portanto, “inerente à natureza das contra-ordenações a atribuição a uma autoridade administrativa de competência para desta tomar conhecimento”.

²³⁵¹ MATTES, *Untersuchungen*, II, pp. 252, 465 e *passim*.

²³⁵² Cf. *supra*, § 12.

fundamentalíssimos à cabeça, e aberto ao contributo protector de *todos* os meios de tutela, incluindo, obviamente, os contra-ordenacionais.

Além desta irremissível aporia genética que lhes pode ser apontada, perspectivas como aquelas que sustentam que os bens jurídicos do direito das contra-ordenações são distintos dos do direito penal²³⁵³ ou que ao direito de mera ordenação social está, por definição, vedada a tutela directa e imediata de bens jurídicos individuais²³⁵⁴ são ainda, por exemplo, frontalmente incompatíveis com uma específica disposição constitucional na qual vai implícita uma possibilidade de princípio de mobilização do direito das contra-ordenações como instrumento de tutela face a ofensas frontais a bens jurídicos individuais como a honra (art. 26.º-1 da CRP), a reserva da vida privada (art. 26.º-1 da CRP) ou a propriedade privada (art. 62.º-1 da CRP). Estamos a pensar, concretamente, no n.º 3 do art. 37.º da Constituição, relativo ao exercício da liberdade de expressão e da liberdade de informação. Desde a revisão constitucional de 1997 que a Constituição faz aí expressa referência aos *princípios gerais do ilícito de mera ordenação social*, tendo passado a prescrever que “as infracções cometidas no exercício destes direitos ficam submetidas aos *princípios gerais* de direito criminal ou *do ilícito de mera ordenação social*, sendo a sua apreciação respectivamente da competência dos tribunais judiciais ou de *entidade administrativa* independente, nos termos da lei”²³⁵⁵. A Constituição não tem aqui em vista possíveis ataques às liberdades de expressão ou de informação, mas antes as ofensas que através do exercício destes direitos de liberdade podem ser infligidas noutros interesses juridicamente relevantes. Considerando este âmbito de aplicação, a revisão constitucional de 1997 actuou no sentido e com o “confessado” propósito de “permitir uma abertura à descriminalização de infracções penais menores em matéria de liberdade de expressão”²³⁵⁶, designadamente, através do direito de mera ordenação social²³⁵⁷⁻²³⁵⁸. Como resulta claramente da discussão no âmbito da Comissão

²³⁵³ DIAS, Figueiredo, ²*DP-PG*, I, 6.º Cap., § 34, com a concordância de VILELA, Alexandra, *O Direito de Mera Ordenação Social*, p. 207.

²³⁵⁴ Nesta direcção, v. g., CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal*, I, p. 28 e s., ANTUNES, Maria João, “Concurso de contra-ordenações”, p. 468, COSTA, Faria, ³*Fragmenta*, Cap. 2, §§ 31, 37 e 45, VILELA, Alexandra, *O Direito de Mera Ordenação Social*, pp. 212 e 230 e s., e GÜNTHER, “Das Recht der Ordnungswidrigkeiten”, p. 390 e ss., e “Die Ordnungswidrigkeit”, p. 167 e ss.

²³⁵⁵ O texto constitucional até aí vigente, introduzido na revisão constitucional de 1982, tinha a seguinte redacção: “As infracções cometidas no exercício destes direitos ficam submetidas aos princípios gerais de direito criminal, sendo a sua apreciação da competência dos tribunais judiciais”.

²³⁵⁶ António Reis, deputado do Partido Socialista, na sessão parlamentar de 16-07-1997, in: *DAR-I Série*, n.º 95, de 17-07-1997, p. 3416.

²³⁵⁷ A possibilidade de o poder sancionatório neste domínio passar a contar com a intervenção do direito contra-ordenacional foi expressamente sublinhada pelo deputado António Reis, *idem, ibidem*, em conexão

Eventual para a Revisão Constitucional, a ideia seria “aproveitar uma tendência em curso no direito contemporâneo fazendo com que a maior parte das infracções cometidas no âmbito das leis da comunicação social sejam sobretudo... Descriminalizadas! Descriminalizadas e objecto, então, de um juízo na esfera do ilícito de mera ordenação social”²³⁵⁹.

Em face do referido âmbito de aplicação, faz sentido equacionar quais os bens jurídicos que, via de regra, podem em tese admitir-se como estando numa posição especialmente vulnerável no contexto da expressão e divulgação do pensamento pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio ou do exercício da liberdade de informar (art. 37.º-1 da CRP). Ora, os bens jurídicos que logo vêm à cabeça quando se procura assim prefigurar quais os potenciais alvos do exercício destas liberdades são todos eles bens jurídicos individuais, nomeadamente, bens jurídicos como a honra, a privacidade, a autodeterminação informacional ou a propriedade²³⁶⁰. Nisto vai logo sugerida a ideia de que para a Constituição não só o direito penal, como também o direito contra-ordenacional se apresentam como meios de tutela à disposição do legislador para prevenir ameaças que incidam sobre aqueles bens jusfundamentais, se necessário mesmo em relação a lesões que por esses bens possam ser sofridas. Uma

com a intenção de uma futura atribuição de competência sancionatória “a uma entidade pública, a uma entidade administrativa independente, neste caso, em matéria de liberdade de expressão, a Alta Autoridade para a Comunicação Social”.

²³⁵⁸ Na esteira de CANOTILHO, Gomes / MOREIRA, Vital, *4CRP*, I, p. 575, entendeu o Tribunal Constitucional, no Ac. n.º 224/2010, *AcsTC 78.º*, p. 20 e s., que o escopo da garantia constitucional gravada no n.º 3 do art. 37.º da Constituição é impedir direitos de excepção no caso de exercício indevido das liberdades de expressão ou de informação, para tanto proibindo a criação de regimes legais penais ou contra-ordenacionais de excepção (*i. e.*, que contrariem os “princípios gerais de direito criminal ou do ilícito de mera ordenação social”). Adverte aí ainda, todavia, o Tribunal Constitucional, contra o que defendemos em texto, que “não se (...) retire da letra do preceito que, a partir desta data, as infracções cometidas no exercício dos direitos de expressão e de informação passaram a poder ser sancionadas quer no âmbito do direito penal quer no do direito de mera ordenação social” (*AcsTC 78.º*, p. 20). Se deve entender-se na linha do juízo do Tribunal Constitucional, logo formulado no Ac. n.º 631/95, que do art. 37.º-3 da CRP não resulta uma imposição constitucional de uma obrigatória via penal ou contra-ordenacional de reacção aos abusos de liberdade de expressão ou de informação, não pode, no entanto, deixar de considerar-se que a norma em questão representa um sinal constitucional de uma predisposição constitucional de princípio no sentido de que aos ilícitos praticados no exercício das liberdades de expressão e de informação possa ser atribuída relevância penal ou contra-ordenacional. Pois, mesmo na leitura do Ac. do TC n.º 224/2010, se se conclui que a finalidade da norma constitucional é a de encaminhar o tratamento legal de tais infracções para os princípios gerais do direito penal ou do direito contra-ordenacional isso tem necessariamente de levar implicada uma admissibilidade constitucional de emprego do direito penal ou do direito de mera ordenação social para sancionar tais prevaricações. Ainda em abono desta conclusão, cf. a mencionada intervenção do deputado António Reis no âmbito da discussão parlamentar em sede de revisão constitucional acerca deste art. 37.º-3 da CRP.

²³⁵⁹ Deputado António Reis, na reunião da Comissão Eventual para a Revisão Constitucional de 17-09-1996 (*DAR-II Série*, VII-2.ª, n.º 23, de 17-09-1996, p. 632), interrompido pela intervenção do Presidente da Comissão, o deputado Vital Moreira, com a exclamação “Descriminalizadas!”.

²³⁶⁰ Cf. o Ac. do TC n.º 631/95.

intuição que se vê confirmada quando se atenta nas contingências que rodearam o caso apreciado pelo Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 631/95, proferido pouco tempo antes daquela revisão constitucional.

Discutiu-se nesse caso a conformidade constitucional de uma norma legal em matéria de propaganda política que qualificava (e continua actualmente a qualificar) como contra-ordenação punível com coima a aplicar pelo Presidente da Câmara Municipal a violação da regra de que “a afixação ou inscrição de mensagens de propaganda nos lugares ou espaços de propriedade particular *depende do consentimento do respectivo proprietário ou possuidor* e deve respeitar as normas em vigor sobre protecção do património arquitectónico e do meio urbanístico, ambiental e paisagístico”²³⁶¹. Tendo sido condenados pela Câmara Municipal de Lisboa por terem afixado cartazes de propaganda política num edifício sem consentimento do seu proprietário, os partidos políticos arguidos invocaram a inconstitucionalidade daquela norma desde logo “por degradar em contra-ordenacionais ilícitos que a CRP prevê como criminais”.

Em poucos casos como neste teria o Tribunal Constitucional uma tão generosa e flagrante oportunidade para, indo ao encontro da abordagem metodológica que caracteriza as correntes qualitativas, fazer actuar uma das premissas basilares do pensamento qualitativo: ao direito de mera ordenação social é estranha uma função de tutela directa e imediata de bens jurídicos individuais correspondentes a direitos fundamentais de primeira geração e com o estatuto material de direitos, liberdades e garantias, sendo como tal, em boa lógica, constitucionalmente inadmissível a atribuição de natureza contra-ordenacional às lesões dolosas de tais bens jurídicos. Devendo ser esse um reduto inexpugnável do direito penal clássico, dando-se efectiva expressão a essa ideia, a inconstitucionalidade seria mais do que certa, pois que em apreciação estava a tipificação como contra-ordenação de uma *lesão* de um bem jurídico emblemático do direito penal de justiça, a propriedade privada. E o que é mais, dado o entendimento de que a propaganda política representa uma dimensão constitucionalmente relevante do direito fundamental à liberdade de expressão e de pensamento (art. 37.º-1), havia um outro elemento a impelir na direcção da inconstitucionalidade, a injunção constitucional então vigente de que infracções

²³⁶¹ Arts. 3.º-2 e 10.º da Lei n.º 97/88, de 17/8 (Afixação e inscrição de mensagens de publicidade e propaganda).

cometidas no exercício desse direito de liberdade deveriam ficar submetidas apenas aos princípios gerais de direito criminal (art. 37.º-3 da CRP, na redacção da Lei Constitucional n.º 1/82).

É certo que reconhecendo embora que a norma sindicada englobava uma lesão da propriedade privada, o Tribunal Constitucional entendeu que as condutas típicas de “afixação de cartazes de propaganda política em edifício, sem consentimento do proprietário” consubstanciariam “lesões pouco graves do direito de propriedade”²³⁶². O carácter indiscutivelmente bagatelar da infracção não retira, porém, significado à questão. Pois, para o pensamento qualitativo que temos em vista, ou bem que a distinção é qualitativa ou bem que o não é. Na sua lógica, intercedendo uma relação de *aliud* e não de *plus* para *minus* entre o crime e a contra-ordenação, a maior ou menor gravidade da ofensa é irrelevante. Devendo o direito contra-ordenacional estar arredado da tutela de bens individuais ou, pelo menos, da tutela directa e imediata, sob a forma de lesão, de bens jurídico-penais individuais, pouco importa se a lesão é muito ou pouco grave. Sob esta perspectiva, tal como Gallas pretendia significar, num sentido qualitativo próximo, factos há que pela sua natureza são irreduzivelmente criminais mesmo nas suas formas bagatelares, estando por isso vedada ao legislador a possibilidade de os qualificar como contra-ordenação²³⁶³.

Tendo na mão todas as cartas necessárias para fazer valer a ideia qualitativa no seu possível sentido primário de critério conformador das decisões legislativas, dispunha então o Tribunal Constitucional de uma oportunidade de ouro para o impor, mesmo contra o legislador, em relação a uma concreta tipificação como contra-ordenação de um comportamento que, de acordo com aquela lógica, de modo algum poderia possuir um estatuto contra-ordenacional. E todavia, o Tribunal concluiu no sentido que se impunha, o de que as normas postas em crise “não são inconstitucionais na medida em que qualificam como contra-ordenação sancionada com coima a afixação de mensagens de propaganda política em lugares de propriedade particular não consentida pelo respectivo proprietário”²³⁶⁴.

Em abono deste julgamento, o Tribunal Constitucional invocou certamente o perigo que uma tal concepção representaria para o princípio constitucional da

²³⁶² Ac. do TC n.º 631/95 (11.).

²³⁶³ Cf. GALLAS, *Niederschriften*, I., cit., p. 88.

²³⁶⁴ Ac. do TC n.º 631/95 (18.).

subsidiariedade do direito penal²³⁶⁵, bem como o absurdo (sic) que seria erigir-se “a necessidade de conceder garantias (materiais e processuais) a factor determinante da qualificação do ilícito”, assim invertendo “o sentido (lógico e valorativo) da relação entre a natureza do ilícito e os princípios a que ele se deve subordinar”²³⁶⁶. Esta fundamentação foi invocada em torno de um vector que já afirmámos nunca poder perder-se de vista, as possíveis consequências que para o direito penal necessariamente advêm de uma concepção restritiva acerca daquele que pode ser o conteúdo do ilícito contra-ordenacional²³⁶⁷. Mas nada porventura impediria, se se entendesse que na ideia constitucional vai implícita uma determinada e inderrogável concepção (qualitativa) sobre a natureza do facto contra-ordenacional, que, sem mais e independentemente das possíveis consequências que adviriam de uma impossibilidade de tutela pelo direito das contra-ordenações, acabasse por nessa base afirmar-se a inconstitucionalidade de um ilícito contra-ordenacional consubstanciado na lesão do bem jurídico propriedade privada.

Nada disso, porém, sucedeu, no que só pode interpretar-se como uma oposição de princípio a que as opções legislativas no sentido penal ou contra-ordenacional estejam subordinadas aos pretendidos critérios, neste caso qualitativos, de contraposição entre crimes e contra-ordenações. O que pouco depois se verificou, isso sim, foi um desenvolvimento constitucional que deitou definitivamente por terra as aspirações doutrinárias de, em geral, afastar o direito contra-ordenacional da tutela directa e imediata de bens jurídicos individuais ou pessoais ou de o ver como um exclusivo reduto de bens jurídicos administrativos. Referimo-nos, naturalmente, à já aludida alteração ao n.º 3 do art. 37.º da CRP operada pela revisão constitucional de 1997. Com efeito, conhecendo-se aí já, inclusivamente, a decisão do Ac. n.º 631/95 do Tribunal Constitucional no sentido de incluir na esfera de influência desse preceito o exercício da liberdade de expressão e de pensamento através de propaganda política que pudesse colidir com o bem jurídico propriedade privada, há que dar o devido relevo ao significado daquela modificação constitucional.

No nosso modo de ver, perante todos os dados enunciados, a possibilidade que, desde 1997, resulta expressamente do art. 37.º-3 da Constituição de as infracções cometidas no exercício dos direitos fundamentais à liberdade de expressão e à liberdade

²³⁶⁵ Ac. do TC n.º 631/95 (10.).

²³⁶⁶ Ac. do TC n.º 631/95 (9.).

²³⁶⁷ Supra, § 14.4, 7.

de informação ficarem submetidas aos princípios gerais do ilícito de mera ordenação social, sendo aí a sua apreciação da competência de entidade administrativa independente, tem o eminente significado de representar uma *abertura constitucional à ideia de que pode ser legitimamente conferida natureza contra-ordenacional a comportamentos que atentem contra bens jusfundamentais pessoais, mesmo sob a forma de lesão*. E com isto fica – ao que julgamos, em definitivo – evidenciada a insustentabilidade de qualquer pretensão de fazer incidir um qualquer pensamento qualitativo, ou mesmo outro de sinal contrário, sobre o momento da tipificação legal de crimes e de contra-ordenações.

2.3 O que vem de se dizer põe ainda claramente a nu a inconsistência e as incongruências da nossa jurisprudência constitucional na abordagem e no tratamento de questões contra-ordenacionais com base no critério qualitativo da indiferença ético-social das condutas às quais é atribuído estatuto contra-ordenacional.

Até à data, apesar de sempre ter assumido como sua aquela tese qualitativa do critério ético, *nunca* o Tribunal Constitucional alguma vez fulminou como materialmente inconstitucional, por violação desse critério, uma qualquer das inúmeras contra-ordenações que de há trinta anos a esta parte vêm sendo submetidas à sua apreciação²³⁶⁸. E por certo não porque nunca se haja confrontado com contra-ordenações respeitantes a factos por si só axiológico-socialmente relevantes²³⁶⁹. Pense-se só, por exemplo, nos ilícitos contra-ordenacionais de práticas restritivas da concorrência consistentes na formação de cartéis, a espaços directa ou indirectamente objecto do conhecimento do Tribunal Constitucional²³⁷⁰. Em toda a enorme extensão do

²³⁶⁸ Situação idêntica é constatada por ACHENBACH, “Ahndung materiell sozialschädlichen Verhaltens durch bloße Geldbuße?”, p. 11, em relação ao Tribunal Constitucional Federal alemão e à sua posição de que na contraposição entre os crimes e contra-ordenações há um *Kernbereich* do direito penal que está constitucionalmente vedado ao direito contra-ordenacional, verificando-se que “nunca até hoje o Tribunal tomou um tipo contra-ordenacional como tão relevante que, de acordo com esses critérios, devesse ser necessariamente punido com uma pena”.

²³⁶⁹ O que em texto se sustenta quanto ao Tribunal Constitucional vale também, evidentemente, para a jurisprudência comum, também ela desde sempre adepta do critério qualitativo ético-social. Um exemplo notório de uma contra-ordenação com uma pesado desvalor ético-social de quando em vez discutida nos tribunais comuns e nunca objecto de desaplicação com base numa eventual inadmissibilidade constitucional da sua qualificação legal como contra-ordenação é o *assédio no trabalho* (art. 29.º do CT) – cf. infra, § 35.3. Padecendo de uma aporia semelhante àquela recorrentemente revelada pela jurisprudência constitucional, v. g., o Ac. do TRC de 07-03-2013, que apesar de se pronunciar sobre uma contra-ordenação de assédio moral e de caracterizar o respectivo tipo legal com uma coloração ético-social bem carregada não deixa, porém, de decidir uma questão processual a partir da afirmação da natureza axiológicamente neutra do direito de mera ordenação social.

²³⁷⁰ Cf., v. g., os Acs. do TC n.ºs 596/2008, 353/2011, 461/2011 e 73/2012.

direito penal económico em sentido amplo, englobando crimes e contra-ordenações económicos²³⁷¹, dificilmente encontrar-se-ão comportamentos tipificados como crimes ou contra-ordenações com uma tão pesada ressonância ética – social, económica e jurídica –, atenta a importância cimeira da concorrência na escala dos bens jurídico-económicos das constituições económicas nacional e europeia e os plúrimos e extraordinariamente nefastos efeitos dessas práticas para um largo conjunto de interesses e valores colectivos e individuais constitucionalmente relevantes²³⁷². E no entanto, embora tivesse margem para tal (art. 79.º-C da Lei do Tribunal Constitucional), nunca o Tribunal Constitucional pôs em causa, ou sequer discutiu, a opção legislativa, reiterada sucessivamente em cada um dos vários regimes jurídicos da concorrência que desde a década de 1980 se vêm sucedendo entre nós, de atribuir natureza contra-ordenacional (e, portanto, não penal) aos ilícitos anticoncorrenciais, mesmo àqueles que mais directa e severamente atentam contra um processo concorrencial efectivo no mercado.

Esta posição de transigência do Tribunal Constitucional em relação às soluções contra-ordenacionais adoptadas pelo legislador português relativamente a factos portadores de uma eminente dignidade penal é bem significativa, na medida em que revela aquela que é, literalmente, a *duplicidade de critérios* com que o Tribunal enfrenta e decide as questões de constitucionalidade que têm o direito contra-ordenacional como objecto.

Por um lado, no que diz respeito à decisão do legislador de a esses factos conferir estatuto contra-ordenacional, regra geral em detrimento de uma opção penal, o Tribunal Constitucional, e bem, não faz funcionar o chamado critério ético-social da conduta. E é por isso que nem sequer tem ponderado a possibilidade de decretar a inconstitucionalidade de infracções contra-ordenacionais com um inegável signo de dignidade penal por representarem um inequívoco afastamento do legislador em relação a tal critério.

Mas por outro lado, apesar de aquela transigência dar a entender que, sob o ponto de vista do Tribunal, a desconsideração a que o legislador tem votado esse critério

²³⁷¹ Para esta acepção, logo, SCHMIDT, *Das Neue Westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht*, p. 20 e s., e agora DIAS, Jorge de Figueiredo, “O Direito Penal Económico entre o passado, o presente e o futuro”, *RPCC*, 3/2012.

²³⁷² Cf. GÜNTHER, “Das Recht der Ordnungswidrigkeiten”, p. 392 e s., MITSCH, *Ordnungswidrigkeiten*, § 3, n.º m. 12, e ACHENBACH, “Die «großen» Wirtschafts-Ordnungswidrigkeiten”, p. 108 e ss., e supra, § 22.3.

qualitativo é constitucionalmente irrepreensível, teima a jurisprudência constitucional, agora mal, em apelar ao pensamento da relevância ético-social do facto para dar resposta aos problemas contra-ordenacionais com que se depara. Com isso, é fundamentalmente com base na ideia de que o legislador coloca as suas escolhas legislativas na dependência da ressonância ético-social do facto que decide quais são as regras e os princípios constitucionais válidos para o direito de mera ordenação social e o conteúdo que lhes deverá ser reconhecido, para a partir daí apreciar a conformidade das normas contra-ordenacionais submetidas à sua apreciação. Uma ideia que, todavia, recorrentemente, o Tribunal Constitucional não pode deixar de perceber que esteve arredada do espírito do legislador quando atribuiu relevância contra-ordenacional às normas que tem como objecto do seu juízo de constitucionalidade, dada a frequente mais do que óbvia coloração ético-social dos factos cobertos por essas normas.

3. Assente e fundamentado está o princípio de que a caracterização das relações entre os factos penais e contra-ordenacionais não condiciona, nem deve condicionar o legislador nas decisões de tipificação de factos como crimes ou como contra-ordenações, devendo antes resultar do funcionamento daqueles que são os princípios jurídico-constitucionais efectivamente orientadores dessas decisões. Posto isto, cumpre ponderar quais os *eventuais reflexos inerentes aos modelos de diferenciação que possam formular-se com base nesse funcionamento*.

Importa aqui perceber sobretudo o que, em princípio, *não pode acontecer*, porque constitucionalmente inadmissível²³⁷³, se a distinção assumir uma ou outra natureza, mais do que propriamente aventar aquilo que em cada caso é legalmente admissível ou, pelo menos, dogmática e político-criminalmente desejável.

Antes de prosseguirmos, deve frisar-se que em consideração estará apenas uma perspectiva exclusivamente centrada numa contraposição entre *factos* penais e *factos* contra-ordenacionais. Esse contraste é necessário, mas *não suficiente* para caracterizar a relação entre o *direito penal* e o *direito das contra-ordenações*, uma vez que para esta avaliação de índole mais geral será ainda imprescindível atentar na natureza das *sanções* penais e contra-ordenacionais. Uma ressalva que se impõe, dado que, em definitivo, o juízo final e decisivo sobre a validade constitucional das grandes soluções contra-

²³⁷³ Para uma detida explicitação dos princípios e garantias constitucionais que podem aqui estar em jogo, cf. APPEL, Ivo, *Verfassung und Strafe*, pp. 93 e 108 e ss.

ordenacionais deve incidir sobre o confronto entre o sistema penal e o sistema contra-ordenacional considerados como um todo, atendendo portanto quer à natureza dos *factos* que um e outro são susceptíveis de abraçar, quer ainda à natureza das *sanções* que um e outro pode ou não mobilizar. Só se, tudo ponderado, nenhuma diferença de natureza for possível discernir entre cada uma destas duas dimensões fundamentais é que se poderá admitir não haver razões para um tratamento constitucional e legal diferenciado para o direito penal e para o direito das contra-ordenações²³⁷⁴, não tendo o direito de mera ordenação social passado, enfim, de uma enorme e insuportável burla de etiquetas.

Detendo por ora então a nossa atenção nos *factos penais e contra-ordenacionais*, vejamos quais as consequências fundamentais decorrentes da adopção das possíveis soluções de diferenciação.

3.1 Concluindo-se por uma total e contínua *relação de identidade material entre crimes e contra-ordenações*, ao ponto de se poder afirmar que a diferença entre ambos é apenas formal ou até mesmo só nominal, à partida não se antevê como possível, *por esta via*, fundamentar e admitir como válida a previsão de regimes constitucionais e legais substancialmente distintos para o direito penal e para o direito de mera ordenação social. Não será por aqui, com efeito, que poderá, por exemplo, sustentar-se a legitimidade constitucional da atribuição de competência à administração para decidir os processos contra-ordenacionais ou de configurar o processo contra-ordenacional através de um modelo inquisitório (art. 32.º-5 da CRP). Não quer isto dizer, obviamente, que mesmo neste quadro não haja espaço para soluções legais diferenciadas, pois inclusivamente dentro das fronteiras daquele que é, indisputadamente, o direito penal em sentido estrito são admitidos numerosos regimes legais substantivos e processuais distintos consoante os bens jurídicos em jogo e a natureza e gravidade dos crimes envolvidos²³⁷⁵. Mas neste cenário não haverá claramente margem para a adopção de soluções legais contra-ordenacionais que representem desvios substanciais aos princípios e regras fundamentais da constituição penal.

Tudo o que não pode deixar de valer de semelhante modo mesmo que, em vez de uma plena identificação entre crimes e contra-ordenações, se conclua que a diferença

²³⁷⁴ Em sentido semelhante, COSTA, Faria, *O Perigo em Direito Penal*, p. 461.

²³⁷⁵ SILVA SÁNCHEZ, *La Expansión del Derecho Penal*, p. 167 e s.

entre uns e outros é tendencialmente *quantitativa*, no sentido de que dos princípios constitucionais que regem a acção legislativa resulte que, embora convergindo materialmente quanto à sua natureza intrínseca, em regra ao direito penal ficará reservada a intervenção nas ofensas mais graves e ao contra-ordenacional nas menos graves. Ainda neste caso, partilhando crimes e contra-ordenações uma essência comum, não haverá razões para que a maior ou menor gravidade do facto justifique que os comportamentos remetidos pelo legislador para a esfera contra-ordenacional em virtude da sua menor danosidade social recebam um tratamento legal eximido do núcleo das exigências postuladas pela constituição penal²³⁷⁶.

3.2 Conclusão diametralmente oposta será, naturalmente, admissível ali onde resulte dos conceitos materiais de crime e de contra-ordenação um quadro de *diferenciação material ou qualitativa* entre ambos. Não que neste modelo não possam os sistemas penal e contra-ordenacional partilhar princípios, categorias ou institutos comuns, mas aberta fica a possibilidade de ao direito de mera ordenação social ser atribuído um regime legal substantivo e processual tão diferenciado do penal que pode ir ao ponto de para ele não valerem alguns princípios penais constitucionais fundamentais, desde que, como é evidente, tais soluções legais sejam ainda elas compatíveis com o princípio geral do Estado de direito. Exemplificando, num cenário de diferenciação *todo* ele composto por infracções penais e contra-ordenacionais *sempre* distintas entre si quanto à sua natureza intrínseca não parece haver obstáculos constitucionais a que o processamento das contra-ordenações obedeça a uma matriz inquisitória e seja da competência da administração.

Porém, e este é um aspecto para nós crucial, se não for possível concluir por esta total e contínua separação material já não será com base numa (putativa) completa e absoluta distinção material entre crimes e contra-ordenações que poderá afirmar-se e justificar-se constitucionalmente a inaplicabilidade aos factos legalmente remetidos para o campo contra-ordenacional dos princípios fundamentais substantivos e processuais da constituição penal. Retomando exemplos que acima expusemos, não é porque o estacionamento de um automóvel sem pagamento da taxa de utilização pode, em virtude da sua manifesta falta de dignidade penal, ser legitimamente processado e punido pela

²³⁷⁶ Cf. TIEDEMANN, “Verwaltungsstrafrecht und Rechtsstaat”, p. 290, ³KK-BOHNERT, Introdução, n.º m. 108, e na esteira deste último, VILELA, Alexandra, *O Direito de Mera Ordenação Social*, p. 222.

administração que, sem mais, poderá considerar-se constitucionalmente inatacável a atribuição à administração e não a um tribunal, num processo de estrutura inquisitória e não acusatória (art. 32.º-5 da CRP), eventualmente com uma larguíssima compressão do princípio geral da proibição da auto-incriminação, a primeira palavra (art. 202.º da CRP)²³⁷⁷ em relação a uma imputação de um cartel, de uma recusa de cuidados médicos por motivos raciais (art. 4.º-1, g), da Lei n.º 134/99, de 28/8), ou ainda, para ilustrar este ponto de vista com um caso mais, de “actos dolosos de gestão ruínosa, em detrimento de depositantes, investidores e demais credores, praticados pelos membros dos órgãos sociais de uma instituição de crédito ou de uma sociedade financeira (art. 211.º, l), do RGICSF).

Nisto vai patente uma aporia insuperável de todas as concepções que dizem advogar uma diferenciação exclusivamente material entre crimes e contra-ordenações, mas acabam, expressa²³⁷⁸ ou implicitamente²³⁷⁹, por reconhecer que factos portadores de dignidade penal são susceptíveis de ser legalmente qualificados como contra-ordenações. Designadamente, a impossibilidade de explicar e, mais do que isso, fundamentar no plano constitucional a razão pela qual factos indiscutivelmente dignos de pena podem legitimamente escapar aos ditames fundamentais da constituição penal no caso de o legislador optar por atribuir-lhes estatuto contra-ordenacional, em vez de os criminalizar. Uma dificuldade que se estende mais além, afectando a pretensão de conceber o conteúdo das categorias do facto punível contra-ordenacional, como habitualmente sucede em relação à categoria da culpa, ou de caracterizar as finalidades das sanções contra-ordenacionais a partir do pressuposto de que entre os factos penais e contra-ordenacionais vale uma distinção de índole material.

A razão não está assim do lado daqueles autores, como Faria Costa ou Alexandra Vilela, que procuram descredibilizar ou, pelo menos, relativizar o significado das concepções qualitativas-quantitativas a que se opõem, afirmando que “o chamado critério qualitativo-quantitativo não é mais do que um critério qualitativo”²³⁸⁰. Bem pelo contrário, o que as concepções qualitativas-quantitativas revelam é a inevitabilidade de

²³⁷⁷ Sobre o “monopólio da primeira palavra” como manifestação da reserva absoluta de jurisdição dos tribunais judiciais nas matérias de foro criminal, CANOTILHO, Gomes, *7Direito Constitucional*, p. 669.

²³⁷⁸ Cf. a declaração de voto da Cons. Maria João Antunes no Ac. do TC n.º 397/2012, e VILELA, Alexandra, *O Direito de Mera Ordenação Social*, p. 230.

²³⁷⁹ DIAS, Figueiredo, *2DP-PG, I, 6.º Cap.*, § 37.

²³⁸⁰ COSTA, Faria, *O Perigo em Direito Penal*, p. 457, seguido por VILELA, Alexandra, *O Direito de Mera Ordenação Social*, pp. 211 e 341.

num sistema constitucional penetrado pelos princípios da subsidiariedade ou da *ultima ratio* do direito penal não dever à partida, por via de princípio, esconjurar-se a possibilidade de, por determinação legal, factos dignos de pena adquirirem natureza contra-ordenacional. Desse modo, provam a pura e simples incapacidade da tese da distinção qualitativa *do ilícito* punível para justificar o porquê da existência de diferenças de regimes constitucionais (v. g., art. 165.º, n.º 1, *b*) e *c*), da CRP) e legais, sobretudo processuais, que apesar de tão marcadamente cavadas recebem o beneplácito da Constituição. Não deixa de ser verdade, é bem certo, que a corrente qualitativa-quantitativa também não oferece essa explicação. Uma justificação que se impõe tanto mais quanto nela se reconhece maioritariamente que a chamada zona cinzenta – a que fica entre duas áreas de perfil qualitativo, a do campo dos factos que pela sua natureza são necessariamente penais e a da zona que, estando nos seus antípodas, é composta por factos que pela sua natureza são necessariamente contra-ordenacionais – assume carácter quantitativo e é aquela que claramente detém a mais extensa amplitude²³⁸¹. Mas a este modelo qualitativo-quantitativo não pode, ao menos, ser imputado o estado de negação a que o pensamento qualitativo se remete para não ter de submeter os seus dogmas à prova do confronto com a realidade constitucional e legal, assim evitando confrontar-se com as flagrantes e insuperáveis contradições internas em que se enreda.

Com efeito, a concepção qualitativa dá mostras destes radicais e insolúveis problemas justamente naquele que é *o cerne* de toda a questão da oposição entre crimes e contra-ordenações, o problema dos *factos dignos de pena*. Se bem se atentar, a construção qualitativa foi desde sempre desenvolvida para depurar do direito penal aquilo que substancialmente lhe não deveria pertencer. Sob esta perspectiva, o espaço contra-ordenacional seria uma excrescência não-penal, composto por factos segregados e expulsos do reino criminal por lhe serem materialmente estranhos e ainda por aqueles que por essa mesma razão teriam sempre barrado o seu ingresso nesse domínio. A contra-ordenação seria assim, na definição negativa de Eser, não mais do que um facto desprovido de dignidade penal²³⁸²; e o direito contra-ordenacional, no juízo de Figueiredo Dias, um mero limite negativo do direito penal²³⁸³. Porém, sendo

²³⁸¹ VOGEL, “Strafrechtsgüter und Rechtsgüterschutz durch Strafrecht...”, p. 112, ROXIN, ⁴AT, § 2, n.º m. 132, e LAGODNY, “Human dignity...”, p. 587.

²³⁸² ESER, *Die Abgrenzung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten*, p. 182 e ss. – em todo o caso, sempre deverá recordar-se que a dignidade penal que Eser aí tinha em vista compreendia, na linha de Walter Sax, tanto o merecimento de pena, como ainda a necessidade de pena (cf. supra, § 5.5).

²³⁸³ DIAS, Figueiredo, “Para uma dogmática do direito penal secundário”, n.º 3716, p. 331.

fundamentalmente nesse sentido negativo que o direito contra-ordenacional colhe o interesse da corrente qualitativa²³⁸⁴, é sintomático e indiciador da sua impotência para dar uma solução válida para o seu problema de eleição que nada diga quanto àquela constelação que verdadeiramente deveria interessar à doutrina penal, aquela em que mais se tem pugnado por uma total contraposição material entre os ilícitos penais e contra-ordenacionais. Concretamente, a dos factos que, embora formalmente qualificados por lei como contra-ordenação, *materialmente* pertencem ainda aos domínios do penal pela circunstância de, dada a sua dignidade penal, possuírem uma natureza intrínseca que os torna susceptíveis de adquirir relevância criminal. É quanto a estes factos que, em boa verdade, importa perceber a razão pela qual, embora dotados de dignidade penal, acabam por escapar, sem censura de inconstitucionalidade, aos princípios e garantias penais fundamentais assegurados pelo sistema constitucional²³⁸⁵; e, no entanto, sobre eles e sobre essa possível justificação material tudo o que recebemos da doutrina qualitativa é apenas o silêncio!

§ 34. O MODELO MISTO QUALITATIVO-QUANTITATIVO LIMITADO

1. Devendo o modelo de distinção entre os factos penais e contra-ordenacionais resultar do funcionamento dos princípios e critérios jurídico-constitucionais orientadores das decisões legislativas em matéria penal e contra-ordenacional, cremos já estar na posse dos dados necessários para, sem mais delongas, sobre ele tomarmos definitiva posição. Estamos em crer, na verdade, que o pensamento que desenvolvemos em relação ao dever estadual de protecção de bens jusfundamentais e o eminente relevo legitimador que lhe atribuímos vai directa e materialmente ao encontro daqueles que, no nosso modo de ver, são os momentos essenciais do processo de legitimação legislativa

²³⁸⁴ Como bem frisa ACHENBACH, “Ahndung materiell sozialschädlichen Verhaltens durch bloße Geldbuße?”, p. 4, esta tendência para a delimitação pela negativa entre crimes e contra-ordenações vem já desde a famosa fórmula de Schmidt (§ 6, n.º 3, da WStG de 1949: “Em todos os demais casos, a *Zuwiderhandlung* é uma contra-ordenação” – cf. supra, § 4.), literalmente, portanto, desde a primeira hora do direito contra-ordenacional.

²³⁸⁵ No sentido de que a previsão como contra-ordenação de factos “ilícitos materialmente penais” é susceptível de gerar problemas de constitucionalidade no caso de a lei “não disponibilizar todas as garantias do processo penal”, PALMA, Maria Fernanda, “Acerca do estado actual do Direito Penal do Ambiente”, *O Direito*, 2004, I, p. 85.

que deve conduzir à definição do conteúdo da distinção entre crimes e contra-ordenações.

A esta ideia não parece dever opor-se a circunstância de o dever estadual de protecção sobre o qual nos detivemos ter como campo de incidência apenas o domínio dos *direitos fundamentais*, incluindo os *direitos de liberdade* e os *direitos sociais*. Dele ficam de fora áreas tão amplas e significativas das intervenções penais e contra-ordenacionais como as relativas à *organização económico-social* (Parte II da CRP, art. 80.º e ss.) e à *organização e funcionamento do poder político, hoc sensu* (Parte III da CRP, art. 108.º e ss.). Domínios estes onde avultam, obviamente, questões e factores de ponderação legislativa de ordem bem diversa dos daquela que assomam no seio dos direitos fundamentais. Por isso, como adverte Klaus Stern, a propósito da capacidade de extensão do sistema de protecção jusfundamental ao enorme e complexo mundo de problemas especificamente colocados pelos perigos de âmbito global postos pela actividade económica contemporânea, não encontramos ainda na ciência jurídico-constitucional um desenvolvimento doutrinário tal que permita aí sustentar a imposição de obrigações constitucionais de protecção com uma solidez dogmática como é aquela que já é possível divisar no contexto dos direitos fundamentais²³⁸⁶. Não obstante, também esses domínios são penetrados pelo *princípio rector do dever de protecção estadual de valores constitucionalmente relevantes*. Uma ideia que o Tribunal Constitucional adiantou logo no seu Acórdão n.º 85/85 ao afirmar que “os bens ou valores constitucionalmente protegidos em geral, *tenham ou não a natureza de direitos fundamentais*, exigem do Estado (a começar pelo legislador) (...) a) que ele mesmo não atente contra eles; b) *que os proteja dos atentados de outrem*”; e que é, além disso, aquela que se manifesta de forma precípua na *responsabilidade pública de garantia* imanente ao paradigma do Estado Garantidor que hoje conforma a actividade estadual na esfera económica.

Ao percorremos o actual estado da questão do direito sancionatório no âmbito da regulação pública sectorial e transversal tivemos oportunidade de assinalar as várias fontes constitucionais de onde promanam os deveres que sobre o Estado impendem nesse campo, dando corpo à responsabilidade pública de garantia (v. g., art. 81.º, f) e m), 86.º, 101.º, da CRP). A par delas, outras credenciais constitucionais existem que legitimam intervenções e formas de actuação típicas do direito contra-ordenacional, mas

²³⁸⁶ STERN, Klaus, “Die Schutzpflichtenfunktion der Grundrechte”, p. 247.

que podem igualmente ser assumidas pelo direito penal, como as que se integram no sistema fiscal e para-fiscal (para o primeiro, arts. 103.º-1, 104.º, n.ºs 1, 3 e 4, da CRP; e para o sistema da Segurança Social, o art. 63.º da CRP, já no âmbito dos direitos fundamentais)²³⁸⁷ ou no funcionamento da administração (art. 266.º da CRP). Sendo o dever estadual de protecção dos bens jurídicos constitucionalmente relevantes destas várias áreas fundamentais da vida social e económica contemporânea um axioma que confere uma unidade de sentido legitimador às acções penais e contra-ordenacionais que nelas se desenvolvem justifica-se que aí lhe seja conferido o mesmo significado de fundamentação legitimadora positiva da criminalização ou da tipificação de contra-ordenações que atribuímos ao dever estadual de protecção jusfundamental²³⁸⁸.

Como assim se vê, em mente continuamos a ter tão-só a possibilidade de recurso ao tópico do dever estadual de protecção para dar substância ao esforço legitimador das leis penais e contra-ordenacionais e não a sua possível dimensão como parâmetro de constitucionalidade da inércia ou da debilidade da acção legislativa associado a uma eventual obrigação de criminalização. Daí que nos não pareça que estejamos a pisar um terreno para o qual, no alerta de Klaus Stern, o direito constitucional determina ainda só muito rudimentarmente a política económica estadual²³⁸⁹.

Duas ordens de razões complementares reforçam a nossa convicção de que o pensamento de fundo da função jurídico-constitucional do dever estadual de protecção dos direitos fundamentais pode e deve ser alargado ao discurso legitimador dos crimes e contra-ordenações daquelas demais áreas da organização económica e da organização política.

A primeira delas é a proximidade material que a esfera dos direitos fundamentais económicos, sociais e culturais guarda em relação às actuações estaduais referidas a bens jurídicos integrados na organização económica e na organização política e administrativa em geral a que se reporta a Constituição. É precisamente por ser assim que, por regra, os modelos de organização e os quadros de actuação dos particulares e

²³⁸⁷ Cf. SOUSA, Susana Aires de, *Os Crimes Fiscais*, p. 246 e ss.

²³⁸⁸ Apesar das reservas que dirige à tese mista qualitativa-quantitativa e do seu nítido desconsolo com a resultado a que chega, ACHENBACH, “Ahndung materiell sozialschädlichen Verhaltens durch bloße Geldbuße?”, p. 16 e s., não andará porventura longe desta perspectiva quando, ponderando a legitimidade da não criminalização dos factos que apesar dos seus possíveis efeitos altamente danosos para a ordem jurídico-económica são legalmente qualificados apenas como (grandes) contra-ordenações económico-financeiras, chama à discussão a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão sobre a função jusfundamental do dever estadual de protecção e conclui pela não inconstitucionalidade da opção contra-ordenacional por ausência de violação do *princípio da proibição da insuficiência*.

²³⁸⁹ STERN, Klaus, “Die Schutzpflichtenfunktion der Grundrechte”, p. 247.

da administração que a realidade concreta da vida social dá a perceber e os regimes legais que para eles são previstos revelam uma malha de relações inarredáveis dirigidas à prossecução de interesses conotados com os direitos de liberdade, os direitos sociais, a organização económica e o funcionamento da administração. Basta atentar nos vários domínios económicos sujeitos a regulação sectorial para perceber que assim é, dada a profunda imbricação entre os direitos individuais e a fazenda dos utentes clientes desses serviços, os bens jurídicos colectivos que representam o objecto central de tutela das prescrições reguladoras e o autónomo e forte relevo que é garantido ao papel das entidades reguladoras e aos deveres que para com elas devem ser observados pelos agentes económicos desses sectores. Desta forma, um exercício de legitimação assente na figura do dever estadual de protecção que, de um modo estanque, procurasse ficar apenas pelas dimensões dos interesses em jogo directamente filiáveis nos direitos fundamentais além de contraproducente numa perspectiva dogmática seria ainda, e antes disso até, totalmente inexecutável.

A segunda ordem de razões que confirma a bondade de um alargamento do raio de influência do dever estadual de protecção de direitos fundamentais prende-se com a racionalidade teleológico-funcional de efectividade de tutela que concluímos dever presidir a essa função jusfundamental. Com efeito, se há domínios onde cobra pleno sentido a sua lógica funcional de adequação e eficácia de tutela de bens jurídicos são eles os das actividades de cariz eminentemente económico e financeiro que se usa considerar como objecto da categoria de largo espectro do direito penal secundário concebido em sentido amplo.

Vem sendo esse, desde sempre, um lugar onde a contraposição entre crimes e contra-ordenações assume uma das suas mais vívidas e importantes manifestações. E concorde-se ou não com esse rumo político-criminal, não pode deixar de reconhecer-se que é sobretudo nele que, como observámos supra no contexto da análise do actual modelo do Estado Garantidor, se revelou de forma mais exuberante a revolução que tomou conta do nosso sistema contra-ordenacional e o transformou irreversivelmente num *quid* substancialmente distinto daquele que na sua génese se dizia pretender que ele viesse a ser. A favor de uma opção eminentemente contra-ordenacional pesa desde logo, como sustentámos supra, um modelo organizacional e funcional muito mais apto do que é próprio do sistema de justiça penal para prevenir e reagir sancionatoriamente à infinidade de riscos que a generalidade das actividades económicas contemporâneas

comportam, designadamente, o modelo das autoridades administrativas independentes ou de entidades administrativas sob tutela governamental que nas suas acções de fiscalização e de processamento contra-ordenacional vêm procurando mimetizar o *modus operandi* das autoridades reguladoras em sentido próprio (v. g., para o primeiro grupo, a Autoridade da Concorrência, a CMVM, o Banco de Portugal, a ANACOM, a ERSE, a ERC, a ERS, *etc.*; e para o segundo, a ACT, a ASAE, o INFARMED, *etc.*). Mas parece pesar ainda a particular sintonia da natureza das sanções contra-ordenacionais com o tipo de infracções e de bens jurídicos envolvidos nestas águas²³⁹⁰. As mais das vezes, é económica a motivação delitual presente nas pequenas, nas médias e nas grandes ofensas a bens jurídico-económicos e não raro também a bens jurídicos pessoais, sobretudo dos consumidores e dos trabalhadores, nelas consumadas. E daí a especial apetência dos instrumentos contra-ordenacionais para a elas reagir. Como acentua Paliero, “nas suas formas mais típicas, a sanção administrativa caracteriza-se por atingir *directamente* (pena pecuniária administrativa, confisco) ou *indirectamente* (encerramento de estabelecimentos, revogação de licenças ou concessões, *etc.*) a esfera do *lucro* ou, de forma mais genérica, da utilidade económica dos indivíduos ou das empresas; e manifesta assim uma forte homogeneidade com o interesse principalmente, se não exclusivamente perseguido através dos comportamentos económicos ilícitos”²³⁹¹.

Nesta linha, como ainda em data recente afirmou impressivamente o Tribunal Constitucional, “num mundo de negócios a sanção patrimonial é a indicada para compelir os vários intervenientes a cumprir as regras públicas reguladoras da actividade económica”²³⁹². Não que deva por isto repudiar-se aqui o recurso à acção penal, longe disso. Mas, num contexto como este, ante o dilema da escolha entre possíveis modelos de intervenção sancionatória com maior ou menor conteúdo penal ou contra-ordenacional compreende-se que a *eficiência de tutela* como critério orientador de tal decisão assuma um relevo ainda mais acentuado do que aquele que se faz sentir no domínio dos direitos fundamentais. E com isso sai reforçada a pertinência da extensão legitimadora do pensamento do dever estadual de protecção jusfundamental às leis sancionatórias dirigidas às actividades que se inscrevem nas áreas sociais a que se reportam os regimes constitucionais relativos à organização económica e à organização política e administrativa.

²³⁹⁰ Cf. CATARINO, Luís, *Regulação e Supervisão dos Mercados de Instrumentos Financeiros*, p. 641 e ss.

²³⁹¹ PALIERO, “La sanzione amministrativa come moderno strumento...”, p. 1027.

²³⁹² Ac. do TC n.º 78/2013.

2. Na medida em que deverá representar um produto formado a partir da actuação concertada do dever estadual de protecção de bens jurídicos e dos princípios da dignidade penal e da carência de tutela penal, a definição do conteúdo do modelo de distinção contará assim necessariamente com a *função de tutela de bens jurídicos* como referente essencial da construção. Isto porque se deles resulta para o direito penal uma irrenunciável e exclusiva missão de protecção de bens jurídicos, deles deriva ainda igualmente o reconhecimento de que o direito contra-ordenacional tem como função, do mesmo modo, a tutela de bens jurídicos²³⁹³. E mais, tratando-se de bens jurídicos constitucionalmente relevantes, dos mesmíssimos bens jurídicos a que o direito penal se encontra afecto, os chamados bens jurídico-penais.

Resta porém saber se, além de lhe ser cometida esta tarefa de protecção de bens jurídicos, ao direito das contra-ordenações pode ainda ser atribuído um papel de pura tutela de deveres, como entre nós parece desejar Frederico Costa Pinto quando propõe um direito de mera ordenação social “moldado fora dos quadros de uma *ordem ética de tutela de bens jurídicos* e (...) preferencialmente orientado para uma *ordem técnica de cumprimento de deveres*”²³⁹⁴. Se se aceitasse que, para além ou até em alternativa a uma função de protecção de bens jurídicos, o direito contra-ordenacional pudesse definir-se como uma ordem de tutela de deveres, cavar-se-ia de imediato, como é evidente, um espaço de radical e material cisão no seu confronto com o direito penal, que, como é geralmente reconhecido, de modo algum pode ser mobilizado pelo Estado para garantia do cumprimento de puros deveres. Desligado de uma função de tutela de bens jurídicos, um direito penal do dever seria, na palavra definitiva de Hassemer, um puro “terror de Estado”²³⁹⁵. Fundamentalmente também por esta mesma razão, deve recusar-se *in limine* e em absoluto qualquer tentação em favor de um *direito contra-ordenacional do dever* pela sua irremissível afronta ao núcleo mais essencial da ideia última de Estado de direito material²³⁹⁶.

Já há muito que sobre isto Eduardo Correia antecipou o que verdadeiramente está em causa e precisamente para repudiar a ideia, que poderia porventura colher-se da teoria do direito penal administrativo, de que o ilícito de mera ordenação social “se

²³⁹³ Cf. DOLCINI, “Sui rapporti fra tecnica sanzionatoria penale e amministrativa”, p. 794 e s.

²³⁹⁴ PINTO, Frederico Costa, “O ilícito de mera ordenação social...”, p. 59, e ainda “As codificações sectoriais...”, p. 93 e s.

²³⁹⁵ HASSEMER, “Darf es Straftaten geben...”, p. 64.

²³⁹⁶ Cf., mais de espaço, a nossa crítica à concepção de Frederico Costa Pinto, *supra*, § 15.

esgotaria em uma mera desobediência”²³⁹⁷. Ora, o que importa perceber é que “não se pode conceber que o legislador possa ordenar condutas só por ordenar. Não se concebem juridicamente comandos por comandos, mas todos devem supor o *interesse* e portanto o bem que os dita”²³⁹⁸. Esta regra de ouro do Estado de direito tem de valer para toda e qualquer manifestação de poder estadual, sob pena de os cidadãos serem transformados em marionetas ao serviço dos caprichos e dos arbítrios dos poderes instituídos, sejam eles grandes ou pequenos. Uma exigência basilar de sanidade pública que deve valer desde logo e à cabeça para as expressões de exercício do poder punitivo do Estado, de que o direito contra-ordenacional constitui um exemplo paradigmático.

Voltando a Walter Sax, também nos tempos actuais, no quadro de um Estado de direito material, *o direito das contra-ordenações é e só pode ser uma ordem de tutela de bens jurídicos*²³⁹⁹. Por certo nem sempre necessariamente os mesmos bens jurídicos susceptíveis de receber uma protecção penal, mas ainda e sempre bens jurídicos²⁴⁰⁰.

Da ligação do direito contra-ordenacional à ideia de Estado de direito material não resulta assim uma estrita vinculação à protecção de bens jurídicos com relevo constitucional, mas derivam três consequências. A primeira, que acabámos de ver, é uma *proibição* de intervenção contra-ordenacional para salvaguarda *da obediência pela obediência*, isto é, do acatamento de comandos estaduais desprovidos de uma referência a um intuito de protecção de interesses individuais ou colectivos socialmente valiosos. A segunda é uma *proibição* de tutela contra-ordenacional de interesses que *afrotem a ordem axiológica dos bens jurídicos constitucionais*²⁴⁰¹. E a terceira é uma *proibição* da concessão de protecção contra-ordenacional a *valores extrajurídicos* de ordem exclusivamente *ideológica, ética, moral* ou *religiosa*²⁴⁰². Este princípio fundamental da jus-estadualidade que irradia do conceito de bem jurídico-penal desenvolvido pela teoria

²³⁹⁷ CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal*, 1949, p. 26.

²³⁹⁸ CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal*, 1949, p. 26.

²³⁹⁹ SAX, “Grundsätze der Strafrechtspflege”, p. 922.

²⁴⁰⁰ Nesta última conclusão, DIAS, Figueiredo, ²DP-PG, I, 6.º Cap., § 34, CARVALHO, Taipa de, ²DP-PG, § 238 e s., e LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan, “Por un Derecho Penal sólo penal: Derecho Penal, Derecho de medidas de seguridad y Derecho Administrativo sancionador”, in: Bajo Fernández *et. al.* (coord.), *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Pamplona, Thomson Civitas, 2005, p. 616 e ss.

²⁴⁰¹ LAGODNY, Otto, “Das materielle Strafrecht als Prüfstein der Verfassungsdogmatik”, in: Hefendehl / von Hirsch / Wohlers (org.), *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2003, p. 84 e s., referindo-se embora ao direito penal.

²⁴⁰² Nesta direcção, SCHOREIT, “Die sogenannten Ordnungswidrigkeiten”, p. 227 e ss.

do bem jurídico²⁴⁰³, nessa que foi uma das suas maiores conquistas civilizacionais, tem de valer também para o direito das contra-ordenações²⁴⁰⁴. E isto pela razão singela, mas basilar, de que um Estado de direito material *não pune*, seja com que sanção for – criminal, disciplinar ou contra-ordenacional –, comportamento algum apenas por poder ser considerado desviante à luz de valores propugnados por uma qualquer mundivisão, por mais prezável que seja, de índole ideológica, ética, moral ou religiosa, se nenhum desvalor *jurídico* lhe puder ser assacado.

Nesta linha, será tendo sempre como pano de fundo o pressuposto essencial, constitucionalmente fundado no princípio do Estado de direito material, de que o direito das contra-ordenações só pode constituir-se e funcionar como ordem de protecção de bens jurídicos que deverá procurar caracterizar-se os termos em que os crimes e as contra-ordenações se contrapõem. O que aqui importa fundamentalmente verificar é se o cenário *resultante* da conjugação dos princípios do dever estadual de protecção, de um lado, e da dignidade penal e da necessidade de pena, de outro, é formado por *factos* penais e contra-ordenacionais que, à luz da *racionalidade axiológica* postulada pela Constituição, reclamam uma valoração materialmente distinta entre si.

Atendendo ao modo como concebemos o conteúdo e o relacionamento daqueles princípios²⁴⁰⁵, o único deles que pode conduzir a um plano de diferenciação material é o da *dignidade penal*, permitindo fundar uma contraposição com o seguinte conteúdo: factos desprovidos de dignidade penal podem deter estatuto contra-ordenacional, mas não penal; e factos portadores de dignidade penal podem assumir relevância penal ou, em alternativa, contra-ordenacional. Ali a distinção é de natureza material ou qualitativa; e aqui não é, deixando antes perceber uma relação de convergência material. Uma concepção, pois, a nossa que, por facilidade de expressão, poderemos designar como *modelo misto qualitativo-quantitativo limitado*.

3. A contraposição apresenta um *primeiro plano (inferior)* onde se divisam contra-ordenações com um conteúdo materialmente distinto das infracções penais. E nessa parte bem pode por isso afirmar-se *qualitativa*. Aí entrarão aqueles comportamentos que, sob o ponto de vista constitucional, *não podendo* embora ser criminalizados são

²⁴⁰³ Fundamental, logo JÄGER, *Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten*, *passim*, e em data mais chegada, v. g., ROXIN, ⁴AT, § 2, n.º m. 17 e ss., e DIAS, Figueiredo, ²DP-PG, I, 6.º Cap., § 32 e s.

²⁴⁰⁴ Assim, LAGODNY, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, p. 425.

²⁴⁰⁵ *Supra*, §§ 31. e 32.

susceptíveis de tipificação como contra-ordenação²⁴⁰⁶. A *summa divisio* é aqui traçada pelo princípio da dignidade penal, manifestado no seu sentido próprio, como limite negativo da criminalização²⁴⁰⁷.

Considerando a (primeira) dimensão da dignidade penal que determina que a tutela penal só pode ser oferecida a bens jurídicos constitucionalmente relevantes (art. 18.º-2 da CRP), nesta área entram todas aquelas infracções contra-ordenacionais que procurem assegurar a protecção de *bens jurídicos desprovidos de relevo constitucional*. Nela integram-se ainda aquelas contra-ordenações que embora dirigidas à tutela de bens jurídicos com um referente constitucional – e em relação aos quais não será, por isso de excluir a possibilidade da sua qualificação como bens jurídico-penais – são constituídas por factos que, pelo seu (em princípio, baixo) desvalor de resultado e/ou de acção, não suportam uma valoração jurídico-constitucional que os torne elegíveis para receberem uma cobertura penal²⁴⁰⁸.

Este é basicamente o domínio contra-ordenacional da *realidade materialmente não penal*, podendo por isso afirmar-se – não sem uma forte dose de exagero, é certo, dada a inevitável e desejável relação de recíproca complementaridade que *sempre* deve interceder entre os mundos criminal e contra-ordenacional – que se trata de uma área que, olhando para o problema sob o ponto de vista penal, pouco ou nada interessa. Atenta a falta de dignidade penal dos factos por ela abarcados, poderá aceitar-se que fiquem à porta da constituição penal, dela não recebendo senão os influxos impostos pelo princípio do Estado de direito, bem como ainda que para eles valha um conteúdo dogmático do facto punível e um regime processual substancialmente distintos dos que são apanágio dos factos criminais.

4. Já no que aos *factos portadores de dignidade penal* diz respeito, os que compõem a *matéria substancialmente penal*, o quadro é todo um outro. Aí, como temos insistido ao longo do nosso estudo, a relação entre crimes e contra-ordenações é *toda ela de convergência material*.

²⁴⁰⁶ Em termos próximos, MAURACH / ZIPF, ⁸AT, § 1, n.º m. 32, MÜLLER-DALHOFF, *Zur Abgrenzung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten*, p. 82 e ss., WEBER, *in*: BAUMANN / WEBER / MITSCH, ¹¹AT, § 4, n.º m. 16, DOLCINI, “Sanzione penale o sanzione amministrativa”, p. 623, e, na doutrina nacional, CARVALHO, Taipa de, ²DP-PG, § 239.

²⁴⁰⁷ Cf. *supra*, § 31., 2.2.

²⁴⁰⁸ Para mais desenvolvimentos, cf. *infra*, § 36.3, 5.

É isso que, como temos evidenciado, transparece frequentemente da concreta realidade normativa do sistema contra-ordenacional português, pejado de infracções contra-ordenacionais correspondentes a factos típicos que, pelos bens jurídico-constitucionais com que contendem e pela sua danosidade social, considerada num plano individual ou cumulativo, se mostram perfeitamente idóneos a adquirir estatuto penal²⁴⁰⁹.

Em todo o caso, na linha de tudo quanto já avançámos supra, o que decisivamente conduz à afirmação de uma tal relação de convergência material é o funcionamento característico dos vectores constitucionais de legitimação material das decisões legislativas de índole sancionatória.

Os factos nos quais se reconhece dignidade penal levam necessariamente pressuposta uma referência a um bem jurídico constitucionalmente relevante, para tutela do qual, atento o conteúdo da função constitucional do dever estadual de protecção que a esses bens se liga, o legislador ordinário dispõe em regra de credencial constitucional para lançar mão tanto do direito penal, como do direito das contra-ordenações. Assim sendo, o fundamento que, na perspectiva destes princípios constitucionais, pode justificar a preterição da via contra-ordenacional será sempre a insuficiência *das sanções* contra-ordenacionais para assegurar uma tutela efectiva de tais bens jurídicos. E é esta a razão fundamental para que deva negar-se a existência de descontinuidades materiais entre crimes e contra-ordenações dentro desta zona superior da dignidade penal²⁴¹⁰.

4.1 Isto que acaba de se afirmar tem directamente que ver com uma das questões essenciais com que o modelo qualitativo-quantitativo se debate, o problema de saber se, acima da zona exclusivamente contra-ordenacional, o espaço onde convivem crimes e contra-ordenações é todo ele formado por relações de carácter quantitativo ou, pelo contrário, se aí há ainda margem para uma zona exclusivamente penal, onde portanto a distinção assume natureza qualitativa.

Temos naturalmente em vista um dos estratos do modelo misto maioritariamente aceite dentro da corrente mista qualitativa-quantitativa, o chamado *Kernbereich des*

²⁴⁰⁹ Cf. CARVALHO, Taipa de, ²DP-PG, § 235, e infra, § 35.

²⁴¹⁰ Nesta via, DOLCINI, “Sanzione penale o sanzione amministrativa”, pp. 602 e 623, e CARVALHO, Taipa de, ²DP-PG, § 239.

Strafrechts, postulado pelo Tribunal Constitucional Federal alemão²⁴¹¹, embora nunca materializado numa pronúncia de inconstitucionalidade²⁴¹², e acolhido pela doutrina alemã dominante. Isto é, um domínio penal específico, cuja entrada poderia considerar-se barrada às contra-ordenações, assim justificando a admissão de uma zona superior de natureza exclusivamente criminal, composta por factos penais materialmente distintos dos contra-ordenacionais.

4.1.1 No sentido do reconhecimento do dito núcleo essencial do direito penal não colhe, desde logo, a fundamentação avançada pelo Tribunal Constitucional Federal alemão na viragem da década de 60 para a de 70 do século passado para dar corpo a essa posição em favor de um *Kernbereich* do direito penal, ao que parece até hoje não abandonada. Recorde-se que foi este Tribunal que traçou a estrutura do actualmente dominante modelo qualitativo-quantitativo, integrando na sua composição uma zona exclusivamente criminal correspondente ao domínio nuclear do direito penal. Uma tese na qual vai já implícita uma clara incongruência em relação à sua outra concepção de oposição às imposições constitucionais absolutas de criminalização²⁴¹³. Mais, ao contrário do que se vê suceder na doutrina, que para o efeito recorre à categoria da dignidade penal²⁴¹⁴ ou à ideia de Goldschmidt da conversão de uma massiva quantidade numa outra qualidade²⁴¹⁵, o cerne da fundamentação aduzida pelo Tribunal radica no princípio da jurisdicionalidade, no sentido de que há matérias que, pela sua natureza, de modo algum podem ser subtraídas ao poder da primeira palavra dos tribunais (art. 92.º da GG)²⁴¹⁶, tendo por isso necessariamente de receber estatuto penal e não contra-ordenacional²⁴¹⁷.

Assumida e marcadamente tributária dos receios infundidos pela experiência de aniquilação do poder judicial alemão às mãos da máquina política e administrativa nazi²⁴¹⁸, esta posição jurisprudencial peca, antes de mais, pelas fórmulas sumamente

²⁴¹¹ Supra, § 6.2.

²⁴¹² Cf. novamente ACHENBACH, “Ahndung materiell sozialschädlichen Verhaltens durch bloße Geldbuße?”, p. 11.

²⁴¹³ Cf. *BVerfGE* 39, 1, p. 46 e s.

²⁴¹⁴ ANDRADE, Costa, “Contributo para o conceito de contra-ordenação”, p. 118 e s., e MÜLLER-DALHOFF, *Zur Abgrenzung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten*, p. 86 e ss.

²⁴¹⁵ ROXIN, *AT*, § 2, n.º m. 132.

²⁴¹⁶ *BVerfGE* 22, 49, p. 81; e 23, 113, p. 126.

²⁴¹⁷ Para uma exaustiva e demolidora crítica desta jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, cf. APPEL, Ivo, *Verfassung und Strafe*, pp. 145 e ss., 213 e ss., e 239 e ss.

²⁴¹⁸ Cf. supra, § 6.2, 1.

vagas, e por isso destituídas de qualquer operacionalidade para orientar o legislador, de que se serve para concretizar que factos afinal são esses que devem impreterível e exclusivamente reservar-se ao poder judicial. Dizer que aí se incluem os tipos-de-ilícito de relevante significado²⁴¹⁹ ou que, tendo em conta que a missão do direito penal é a protecção dos valores elementares da vida comunitária, a ordem axiológica jurídico-constitucional permite determinar com suficiente precisão aquilo se integra nesse âmbito nuclear do direito penal²⁴²⁰ é coisa que, em boa verdade, em nada contribui para esclarecer minimamente o que quer que seja²⁴²¹. Trata-se, enfim, daquele *Kernstrafrecht* que, como bem sintetiza Donini, “até hoje nunca ninguém nos explicou em que é que consista”²⁴²² e que não é senão fruto de uma pré-compreensão extrajurídica e permeável a todos os subjectivismos acerca daquilo que, numa perspectiva ético-social, deva entender-se como axiologicamente relevante ou neutro²⁴²³.

Acresce, decisiva e definitivamente, que esta solução jurisprudencial subverte por completo a relação que deve interceder entre as razões determinantes para a criminalização e a atribuição de competências ao poder judicial. Subversão que em boa parte justificou o ingresso das contravenções no direito penal e que, como *a posteriori* se percebeu claramente, esteve na origem de uma insustentável hipertrofia penal. O que queremos significar é que um comportamento deverá ser criminalizado se e na medida em que tal seja estritamente necessário para garantir a tutela de um bem jurídico-penal e não para abrir caminho ao seu conhecimento em primeira mão por um tribunal judicial. Ou seja, um facto deve ser conhecido por um tribunal porque é crime e é susceptível de determinar a aplicação de uma pena criminal; e não ser crime e viabilizar a condenação numa pena criminal para assim poder entrar na esfera de exclusiva competência de um tribunal.

A razão encontra-se assim toda do lado do nosso Tribunal Constitucional, no aludido Acórdão n.º 631/95. Deparou-se aí o Tribunal com uma posição que reclamava a integração de certo facto legalmente qualificado como contra-ordenação num suposto núcleo constitucionalmente inderrogável do direito penal para assim dar sem efeito a opção legislativa de o colocar na esfera da “jurisdição” da administração, com

²⁴¹⁹ BVerfGE 22, 49, p. 81.

²⁴²⁰ BVerfGE 27, 19, p. 29.

²⁴²¹ Neste sentido crítico, APPEL, Ivo, *Verfassung und Strafe*, p. 91 e s., ³KK-BOHNERT, Introdução, n.º m. 107, e ACHENBACH, “Ahndung materiell sozialschädlichen Verhaltens durch bloße Geldbuße?”, p. 10.

²⁴²² DONINI, Massimo, “La riforma della legislazione penale complementare”, p. 13.

²⁴²³ APPEL, Ivo, *Verfassung und Strafe*, p. 239 e ss.

preterição da via judicial, que mais garantias daria aos particulares. Ora, em face desta pretensão concluiu o Tribunal Constitucional que “chegar-se-ia, deste modo, ao absurdo de ser a necessidade de conceder garantias (materiais e processuais) o factor determinante da qualificação do ilícito”. Mais acrescentou o Tribunal Constitucional, num argumento que pode ainda opor-se à tese do *Bundesverfassungsgericht*, que tratando-se de facto que, *ratione materiae*, deva forçosamente ser do conhecimento de um tribunal e não da administração nada impede que se defira competência para a sua apreciação exclusivamente ao poder judicial mesmo que lhe seja conferida natureza contra-ordenacional. É o que, por exemplo, sucede entre nós com os ilícitos de mera ordenação social no âmbito do financiamento partidário, da competência do Tribunal Constitucional (art. 33.º-1 Lei n.º 19/2003).

Não há, em suma, razão para acompanhar o Tribunal Constitucional Federal alemão na ideia de que a necessidade de não comprometer a reserva exclusiva da função jurisdicional constitucionalmente atribuída ao poder judicial proíbe a tipificação de certos factos como contra-ordenação e, na medida em que impõe a sua criminalização, obriga ao reconhecimento de uma área também ela exclusivamente penal, onde a distinção entre crimes e contra-ordenações possui um signo qualitativo.

4.1.2 Uma preocupação paralela àquela que motiva a posição do Tribunal Constitucional Federal alemão tem de quando em vez a florado na doutrina²⁴²⁴ e jurisprudência nacionais²⁴²⁵ em termos que podem implicar a abertura de uma via alternativa para a imposição ao legislador contra-ordenacional de uma proibição de intromissão num reduto que se pretende monopólio do direito penal. Trata-se do receio de que através do recurso ao direito das contra-ordenações o Governo contorne e assim defraude a *reserva relativa de competência legislativa da Assembleia da República* para a definição dos crimes (art. 165.º-1, *c*), da CRP)²⁴²⁶.

Este receio, embora compreensível e motivado por escrúpulos louváveis, parece-nos, no entanto, materialmente infundado.

²⁴²⁴ DIAS, Figueiredo, ²DP-PG, I, 7.º Cap., § 21, e “O Direito Penal Económico entre o passado, o presente e o futuro”, (IV, 5.), na linha do Parecer n.º 1/82 da Comissão Constitucional, de que o próprio Figueiredo Dias foi relator.

²⁴²⁵ Cf. o Parecer n.º 1/82 da Comissão Constitucional e o recente Ac. do TC n.º 397/2012 (3.).

²⁴²⁶ Como bem antecipou a Cons. Maria João Antunes no seu voto de vencido ao Ac. do TC n.º 397/2012, a questão pode ainda ter relevo a propósito da delimitação de competência legislativas entre as Assembleias Legislativas das regiões autónomas dos Açores e da Madeira (arts. 227.º-1, *q*), e 232.º-1 da CRP) e os órgãos de soberania com poderes legislativos da República.

Uma vez mais, não fará sentido exigir que um comportamento seja crime, com a consequência inevitável da sua proscrição como contra-ordenação e a concomitante sujeição dos destinatários da incriminação aos rigores das penas criminais, para impedir que o Governo se imiscua nessa matéria e garantir que a palavra decisiva caiba à Assembleia da República. Dispondo esta de competência legislativa para a tipificação de contra-ordenações ou podendo conferir autorização ao Governo para que legisle nesse sentido, logo se vê que se impõe ali uma exigência perfeitamente escusada e que pode ter como reverso da medalha o sacrifício do princípio constitucional da necessidade de pena.

Contra a perspectiva em análise deve ainda levar-se em decisiva linha de conta a garantia oferecida pela atribuição constitucional à Assembleia da República de uma reserva relativa de competência legislativa em matéria de *direitos, liberdades e garantias* (art. 165.º-1, *b*), da CRP). Como sugere todo o discurso em prol da afirmação de um núcleo essencial do direito penal, o seu eventual reconhecimento deverá confinar-se a um espaço mínimo²⁴²⁷, basicamente ocupado pelas figuras criminais emblemáticas do direito penal clássico, como os homicídios, a ofensa à integridade física grave, o roubo, a violação, o sequestro, *etc.*²⁴²⁸. Tudo, portanto, factos que, em regra, contendem directa e severamente com bens jusfundamentais inscritos na ordem axiológico-constitucional dos direitos, liberdades e garantias e que por isto mesmo estão claramente salvaguardados pela reserva prevista na alínea *b*) do n.º 1 do art. 165.º da CRP. Aliás, estando em causa condutas (já) penalmente relevantes, a sua eventual conversão em contra-ordenação sempre careceria da intervenção da Assembleia da República (art. 165.º-1, *c*), da CRP)²⁴²⁹. Deste modo, percebe-se que o compreensível temor de que o Governo possa aproveitar-se do ilícito contra-ordenacional para, através da sua instrumentalização justamente naqueles que são os factos dotados de eminente dignidade penal, subverter as regras constitucionais de repartição de competência legislativa já se encontra constitucionalmente acautelado naquele que é o único domínio em relação ao qual poderia entender-se existir tal perigo na ausência de delimitação de um núcleo essencial do direito penal.

²⁴²⁷ A expressão é de LOUREIRO, João, “*Bios, tempo(s) e mundo(s)*”, p. 483.

²⁴²⁸ Cf. CUNHA, Maria da Conceição, «*Constituição e Crime*», pp. 346 e ss., 406 e ss., MÜLLER-DALHOFF, *Zur Abgrenzung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten*, p. 86 e ss., ROXIN, ⁴AT, § 2, n.º m. 132 e s., e MITSCH, ²Ordnungswidrigkeiten, § 3, n.º m. 14.

²⁴²⁹ Assim, expressamente, o Ac. do TC n.º 56/84 (18.) e CANOTILHO, Gomes / MOREIRA, Vital, ⁴CRP, II, p. 328.

Não parece, enfim, haver razão para reivindicar uma zona penal exclusiva para um determinado grupo, ainda que restrito, de factos dotados de dignidade penal para dessa forma garantir aquilo que o art. 165.º-1, b), da CRP já assegura, que o poder de decisão sobre a sua relevância criminal caiba efectivamente à Assembleia da República.

4.1.3 Temos assim que a única via que plausivelmente poderia subsistir para segregar um espaço nuclear do direito penal seria a das *imposições constitucionais implícitas absolutas de criminalização*. Como aventámos supra, ali onde elas sejam de reconhecer não há como evitar a admissão da existência de tal reduto.

Sucedem que, como concluímos já também, da Constituição não resulta qualquer férrea injunção para o legislador no sentido de para certos factos lançar obrigatoriamente mão do direito penal. Sendo essa uma decisão que, em decorrência do conteúdo da função jurídico-constitucional do dever estadual de protecção e eventualmente ainda do próprio princípio da necessidade de pena, o sistema constitucional confia inteira e inderrogavelmente ao legislador ordinário, devem, como tal, repudiar-se quaisquer imposições constitucionais absolutas de criminalização, ficando assim travado o passo à pretensão de demarcação daquele domínio exclusivamente penal.

Como vimos ainda, mesmo quando se possa aceitar que da Constituição resulta, salvo determinação em contrário emanada dos princípios da proibição do excesso e da intangibilidade do núcleo essencial dos direitos fundamentais, uma obrigação de criminalização de um certo comportamento, terá ela sempre apenas carácter *relativo*, derivando da ausência de qualquer outro meio de tutela, contra-ordenacional incluído, que permita garantir uma sua protecção efectiva. Ainda neste caso, não são pois motivos intrinsecamente ligados à natureza do facto a qualificar como crime, mas *razões funcionais* ligadas à notória absoluta inaptidão dos instrumentos sancionatórios contra-ordenacionais para oferecer uma tutela minimamente adequada e eficaz que deverão encaminhar o legislador para uma solução penal. E por isso não se revela exacto admitir que os comportamentos em causa formam um núcleo penal com uma natureza substancialmente distinta dos demais factos que, sendo portadores de dignidade penal, podem, em todo o caso, possuir relevo contra-ordenacional.

Acaba assim por ser nesta específica vertente do confronto entre os *factos* penais e contra-ordenacionais que nos distanciamos da tendência dominante da concepção

qualitativa-quantitativa. Diferentemente da maioria dos autores que também se revêm numa solução mista, entendemos que no amplo domínio dos factos dignos de pena não há lugar à segregação de uma pequena ilha correspondente a condutas que, pela sua natureza, se possam conceber como substancialmente distintas de todas as outras que ostentam dignidade penal e, ainda assim, são susceptíveis de ingressar no direito contra-ordenacional. Por esta razão, optamos por denominar a nossa perspectiva como modelo misto qualitativo-quantitativo *limitado*.

4.2 Esta designação dá já a perceber que, no nosso ponto de vista, nessa vasta zona dos factos dignos de pena a contraposição assume uma feição *tendencialmente quantitativa*. Uma vez que se congregam aqui factos dotados de dignidade penal para prevenção dos quais o Estado pode recorrer ao direito penal e ao direito contra-ordenacional em ordem a dar satisfação ao seu dever de protecção de bens jurídicos constitucionalmente relevantes, a relação que quanto a eles se estabelece entre crimes e contra-ordenações é de *convergência material*. Não se distinguindo embora na sua essência, da normal materialização da função constitucional do dever estadual de protecção de bens jurídico-constitucionais e dos princípios da dignidade penal e da necessidade de pena resultará um quadro em que, perante as ameaças a que determinado bem jurídico possa estar sujeito num certo contexto, por regra *quanto* maior a gravidade objectiva ou subjectiva da ofensa *tanto* maior será a probabilidade de nos depararmos com uma escolha penal em vez de uma opção contra-ordenacional e vice-versa.

Não quer isto significar que domínios não haja, até porque os há e estão longe de ser raros, em que a gravidade de dados tipos contra-ordenacionais possa suplantar a de muitos crimes. E tal pode suceder não só quanto a crimes de paragens substancialmente diversas, como eventualmente inclusive em relação a delitos criminais que contendem com interesses idênticos ou materialmente próximos dos tutelados por contra-ordenações e em que não será de excluir a possibilidade de a danosidade social a estas inerente ser marcadamente superior à daqueles²⁴³⁰. Muito menos é nossa pretensão

²⁴³⁰ Compare-se, por exemplo, os ilícitos anticoncorrenciais contra-ordenacionais de abuso de posição dominante “no mercado nacional ou numa parte substancial deste” (art. 11.º do RJC) ou de acordos ou práticas concertadas que “tenham por objeto ou como efeito impedir, falsear ou restringir de *forma sensível* a concorrência no todo ou em parte do mercado nacional” (art. 9.º-1 do RJC) com os crimes de corrupção passiva e activa no sector privado (arts. 8.º e 9.º da Lei n.º 20/2008, de 21/4). Independentemente da posição que se tome na controvertida questão acerca do específico bem jurídico subjacente a estes crimes de corrupção – cf. BIDINO, Claudio, “O problema específico da corrupção no setor privado (no Brasil e em Portugal)”, in: Cláudia Santos / Claudio Bidino / Débora Melo, A

resgatar a tradicional concepção quantitativa no sentido de que o critério a que o legislador deve obediência nas suas decisões é o da gravidade das infracções.

Quando afirmamos que neste campo a relação tende a ser quantitativa estamos, no fundo, apenas a constatar aquele que é o produto que correntemente deriva dos princípios constitucionais orientadores do legislador. Sendo penais as sanções mais severas de que o legislador se pode servir para cumprir o seu dever de protecção de bens jurídicos, o que será natural, sobretudo por força da ideia de subsidiariedade imanente ao princípio da necessidade de pena, é que elas acabem por incidir sobre as formas mais graves de ofensas a que esses valores possam estar sujeitos e as contra-ordenacionais sobre as menos graves.

Seria, por certo, materialmente incongruente que, por exemplo, um mesmo facto fosse punido a título doloso como contra-ordenação e a título negligente como crime²⁴³¹; ou que uma lesão grave justificasse um sancionamento contra-ordenacional do mesmo passo que para uma lesão leve se cominasse uma pena criminal²⁴³²; ou que a criação de um perigo concreto para um certo bem jurídico conduzisse a uma responsabilidade contra-ordenacional quando um simples perigo abstracto decorrente da mesmíssima conduta gerasse logo responsabilidade criminal²⁴³³; ou que um facto de

Corrupção, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 224 e ss. – não nos parece que possa escamotear-se que a sua finalidade precípua é a defesa de um são processo concorrencial no sector privado (cf. o 9.º Considerando da Decisão-Quadro n.º 2003/568/JAI do Conselho, o instrumento legislativo comunitário que esteve na base da Lein.º 20/2008; e na doutrina, TIEDEMANN, Klaus, “Introduction générale: le droit pénal économique dans l’Europe d’aujourd’hui”, in: Hurtado Pozo / O. Thormann, *Droit Pénal Économique*, Schulthess, Genève, 2011, p. 23, apontando para uma protecção da concorrência equitativa e ainda das relações jurídicas resultantes do contrato de trabalho), afigurando-se-nos, por isso, como um termo de comparação válido no seu contraste com aquelas contra-ordenações anticoncorreciais.

Compare-se ainda o abuso de confiança fiscal (arts. 105.º-1 e 114.º-1 do RGIT) com o abuso de confiança contra a Segurança Social (art. 107.º-1 do RGIT), no pressuposto de que a exigência de que “a prestação tributária de valor superior a € 7.500” a que se refere o n.º 1 do art. 105.º do RGIT para que o facto detenha relevo penal é inaplicável ao art. 107.º-1 do RGIT (assim, o Ac. do STJ n.º 8/2010) e que o n.º 6 daquele art. 105.º foi mesmo revogado pela Lei n.º 64-A/2008 também quanto ao abuso de confiança contra a Segurança Social (ideia reforçada pela redacção dada ao n.º 2 do art. 107.º pela Lei n.º 66-B/2012, de 31/12). Ainda que deva admitir-se que o objecto de acção é distinto, num caso as receitas tributárias e no outro as receitas da Segurança Social, e que isso se repercute em termos valorativos, julgamos que ninguém duvidará que a não entrega, contra-ordenacionalmente relevante (art. 114.º-1 do RGIT), de € 7.500 à Administração Tributária detém uma gravidade a todos os títulos inequivamente superior à da não entrega, penalmente relevante (art. 107.º-1 do RGIT)!, de € 1,00 à Segurança Social.

²⁴³¹ Cf. os arts. 91.º-1 e 115.º do RGIT, atribuindo, respectivamente, relevo penal e contra-ordenacional à violação de segredo fiscal consoante seja cometida sob a forma dolosa ou negligente.

²⁴³² Cf. os arts. os arts. 33.º-1 e 38.º-1, *r*), do Decreto-Lei n.º 315/2009, qualificando, respectivamente, como crime ou como contra-ordenação as ofensas à integridade física produzidas por animais de companhia fundadas na não observância de deveres de cuidado ou vigilância, em função da natureza grave ou não grave da lesão infligida.

²⁴³³ Cf. o art. 291.º-1, *b*), do CP e as contra-ordenações graves e muito graves correspondentes previstas nos arts. 145.º e 146.º do CE.

natureza materialmente preparatória detivesse relevo penal enquanto o correspondente facto consumado apresentasse estatuto contra-ordenacional²⁴³⁴; ou que fosse qualificada como contra-ordenação uma condução automóvel em estado de embriaguez com um teor de álcool no sangue superior àquele que poderia significar a prática de um crime²⁴³⁵; *etc.*

Todos os exemplos enunciados são reveladores de uma tendência de contraposição quantitativa entre factos penais e factos contra-ordenacionais que é conatural à normal concretização dos princípios constitucionais que devem ser seguidos pelo legislador na tipificação dos crimes e das contra-ordenações. Deles resulta que factos que, na perspectiva das valorações constitucionais, são portadores de um desvalor de resultado e/ou de acção superior ao de factos homólogos não tendem a ser qualificados como contra-ordenação quando a estes últimos é atribuído relevo criminal. É, enfim, neste sentido que consideramos que, não obstante a relação de convergência material que liga os factos penais e contra-ordenacionais dignos de pena, a contraposição e seriação de uns e de outros é tendencialmente quantitativa, de mais para menos.

4.3 Dentro deste domínio das condutas dignas de pena, aquele que, como temos afirmado, decisivamente importa sob uma perspectiva penal, a categoria da dignidade penal não exerce nenhum papel directamente diferenciador. É certo que, numa lógica ainda assim quantitativa de “quanto-tanto”, a maior ou menor dignidade penal do facto tem em regra repercussão sobre a definição das necessidades de tutela e dos meios sancionatórios que se lhes deve fazer corresponder. Mas os princípios que directa e imediatamente ditam a opção legislativa representam uma expressão de uma *racionalidade teleológico-funcional de efectividade de tutela*, desta forma obstando à afirmação de subdistinções qualitativas no seio da esfera dos factos dignos de pena.

Em alguns poucos casos, como são em regra os que respeitam a ofensas graves, imediatas ou mediatas, a bens jurídicos correspondentes a direitos de liberdade de primeira geração, por vezes ainda associados ao conceito de direitos naturais²⁴³⁶, ou a atentados qualificados contra a soberania nacional ou contra o Estado de direito, é o

²⁴³⁴ Cf. os arts. 104.º-1, *d*), do RGIT e 128.º-3 do RGIT.

²⁴³⁵ Cf. o art. 292.º-1 do CP e os arts. 145.º-1, *l*), e 146.º-*j*), do CE.

²⁴³⁶ Assim, ANDRADE, Vieira de, “Os direitos dos consumidores como direitos fundamentais...”, p. 141, e ⁵*Os Direitos Fundamentais*, pp. 36 e s. e 98, e NABAIS, Casalta J., “O estatuto constitucional dos consumidores”, p. 140.

princípio da proibição da insuficiência que por norma justifica a escolha de uma solução penal, dada a absoluta inidoneidade das sanções contra-ordenacionais para aí garantir uma tutela minimamente efectiva.

São ainda razões de natureza funcional ligadas à adequação e eficácia das sanções contra-ordenacionais que poderão, além destes casos, encaminhar o legislador para uma via criminal. Tal pode suceder nas hipóteses em que, não obstante ser possível garantir uma tutela (ainda) minimamente efectiva do bem jurídico a proteger mediante recurso ao direito das contra-ordenações, o legislador entenda que, mesmo assim, será de optar pelo direito penal em virtude da superior eficácia por este apresentada. Representando este, seguramente, o grupo que congrega a larga maioria dos delitos criminais, pode inferir-se que quanto a eles o factor determinante para a preterição de uma escolha contra-ordenacional – uma hipótese que, à partida, considerada a tutela adequada que permite garantir, poderá afigurar-se como uma solução validamente equacionável – reside na *maior eficácia de tutela das sanções criminais*. Isto o que significa que muitos factos há que embora legalmente qualificados como crime poderiam perfeitamente passar a deter o estatuto de contra-ordenação.

Se é a efectividade de tutela que comanda as decisões no sentido da criminalização dos factos com dignidade penal é ela também que, inversamente, determina opções contra-ordenacionais em relação a comportamentos dessa índole material.

Tal posição pode, ou melhor, deve ser adoptada se a avaliação do legislador for no sentido de que um programa de tutela contra-ordenacional leva claramente vantagem em termos de eficácia sobre uma estratégia eminentemente penal. É isso que, tanto quanto nos parece, permite compreender a manifesta preponderância do direito das contra-ordenações como direito sancionatório da concorrência e dos mais importantes subsistemas do sistema económico contemporâneo como são o sector económico-financeiro e os sectores dos serviços de interesse económico geral, todos eles subordinados a uma lógica regulatória contra-ordenacional centrada em autoridades administrativas independentes que representa uma expressão do actual paradigma do Estado Garantidor²⁴³⁷. Não temos nenhuma objecção de princípio a que o direito penal possa intervir nesses domínios para tutela de bens jurídico-económicos com uma

²⁴³⁷ Supra, § 22.

vocação sistémica²⁴³⁸. O que julgamos é que, consideradas as fundadas reservas em relação à eficácia de uma abordagem vincadamente penal nesses sectores económicos, o direito das contra-ordenações está numa posição mais favorável para aí assegurar o essencial de uma estratégia sancionatória efectiva, sendo fundamentalmente essa a razão que determina o modelo regulatório basicamente contra-ordenacional do nosso sistema jurídico-económico²⁴³⁹.

Naquela constelação composta pelos domínios onde a escolha contra-ordenacional é determinada pela sua maior eficácia, a decisão legislativa assenta imediatamente na função do *dever estadual de protecção de bens com um referente constitucional*. Diversa desta é a realidade dos factos dignos de pena para os quais se poderia admitir uma maior eficácia do direito penal, acabando todavia o legislador por conferir-lhes relevo contra-ordenacional. Nesta constelação o papel de triagem cabe, em definitivo, ao *princípio da necessidade de pena* e ao mandado de subsidiariedade que o acompanha. Embora, contra o que parece sugerir Roxin, a subsidiariedade penal esteja longe de esgotar as vias de fundamentação das soluções contra-ordenacionais, precisamente porque não é por ela que a decisão legislativa deve passar quando a eficácia da opção contra-ordenacional sobreleva a da penal, será de entender, na esteira de Roxin, que é na subsidiariedade penal que radicará o fundamento para a tipificação como contra-ordenação daquela que, com toda a probabilidade, representa a maior parte dos tipos contra-ordenacionais compostos por factos portadores de dignidade penal²⁴⁴⁰.

§ 35. FUNÇÕES DO SISTEMA CONTRA-ORDENACIONAL PORTUGUÊS

§ 35.1 Razão de ordem e instrumentário de análise

1. O modelo qualitativo-quantitativo limitado que acabámos de delinear em função e como resultado do apelo aos princípios constitucionais materialmente dirigidos às decisões legislativas em matéria sancionatória dá a perceber por onde pode passar a linha delimitadora de sentido negativo entre crimes e contra-ordenações, bem como a convergência material que os une nos comportamentos dignos de pena.

²⁴³⁸ Cf., desenvolvidamente, supra, §§ 24. a 26.

²⁴³⁹ Supra, § 23.

²⁴⁴⁰ ROXIN, ⁴AT, § 2, n.ºs m. 99 e 130.

O “preenchimento” desses espaços com a integração em cada um deles das realidades normativas que compõem os nossos sistemas penal e contra-ordenacional permitiria obter toda uma outra percepção do modelo que propomos. Trata-se, porém, de uma tarefa se não impossível, pelo menos praticamente inexecutável, não só devido à gigantesca dimensão e enorme heterogeneidade do nosso direito contra-ordenacional, como também à fluidez dos princípios que devem estar por trás das opções legislativas e à muito frequente necessidade de analisar os tipos-de-ilícito tal como eles foram legalmente definidos e sistematicamente integrados para a partir daí procurar perscrutar o sentido da criminalização e da tipificação contra-ordenacional. Não obstante, sempre será possível apontar algumas das linhas-força que caracterizam o direito de mera ordenação social português para assim podermos ao menos ficar com uma impressão mais clara do conteúdo do modelo proposto. Um exercício que, do mesmo passo, permitirá testar a validade do modelo que propusemos e perceber melhor as dificuldades com que a sua materialização se debate. Na verdade, de pouco valeria sustentar um modelo que aponta para uma convergência material entre factos penais e contra-ordenacionais portadores de dignidade penal e depois não conseguir divisar realidades normativas minimamente expressivas onde se pudesse afirmar a existência de contra-ordenações compostas por factos dignos de pena.

Para este efeito, cremos fazer sentido procurar recensear algumas das funções mais marcantes que o legislador português tem atribuído ao direito contra-ordenacional. E marcantes quer pela relevância por este detida em determinados sectores da vida social ou pelos bens jurídicos que protege, quer pelo simbolismo que certos tipos contra-ordenacionais encerram em virtude da absoluta ruptura que representam em relação às tradicionais ideias pré-concebidas sobre o que é ou deve ser uma contra-ordenação ou sobre o papel que o direito das contra-ordenações pode ou não pode ter.

Assim, porque fundada na ideia última de Estado de direito, a única premissa que para nós deve condicionar o exercício que nos propomos desenvolver é a de que o direito contra-ordenacional é uma ordem sancionatória que tem como *exclusiva função a tutela de bens jurídicos conformes com o princípio do Estado de direito*. Neste quadro, dispõe ele de total amplitude de movimentos, não lhe estando portanto vedada a protecção de qualquer bem jurídico em especial. Não há bem jurídico nenhum – constitucionalmente relevante ou não e por mais elevado que seja o seu grau de importância na hierarquia dos valores constitucionais – cuja protecção não possa ser

assegurada pelo ilícito de mera ordenação social se se puder prefigurar que este se encontra em condições de lhe garantir uma protecção adequada e eficaz em relação a determinado tipo de ofensa que possa sofrer.

2. Dada a vastidão e diversidade do direito de mera ordenação social positivado no nosso ordenamento jurídico, dificilmente poderá conceber-se um quadro compreensivo que abarque todas as suas múltiplas refrações. Estivesse ele circunscrito ao direito penal económico em sentido amplo, uma configuração possível seria aquela que aí é proposta por Klaus Tiedemann. Erigindo a empresa a figura-chave de toda a actividade económica contemporânea, é sob o prisma das relações que esta estabelece com os seus demais interlocutores (Estado, União Europeia, credores, devedores, trabalhadores e consumidores), da sua acção sobre o ambiente e da sua própria vida social, desde a constituição à dissolução, que Tiedemann organiza a sua análise de conjunto sobre o direito penal económico²⁴⁴¹. Trata-se de um modelo explicativo que nos parece particularmente feliz, mas insusceptível de acolhimento para sustentar uma visão ampla do nosso direito de mera ordenação social. Apesar de, pela sua extensão e importância, representar uma parte quantitativa e qualitativamente bem relevante dele, há ainda muito direito contra-ordenacional para lá das contra-ordenações económicas, sendo que uma boa parte nada tem que ver com a vida empresarial. Nessa medida, não faz sentido procurar formular uma ideia geral sobre o direito contra-ordenacional a partir e em torno da figura da empresa como personagem principal do sistema económico.

No nosso esforço servir-nos-emos antes do instrumentário conceptual recentemente desenvolvido por Wohlers e por Hefendehl, por nos parecer especialmente adequado para lograr uma cabal compreensão e apreciação crítica do direito penal contemporâneo e assim, simultaneamente, dada a substancial comunhão de objecto e de fins por ambos partilhados, do próprio direito das contra-ordenações e das relações que entre um e outro se estabelecem. Dado que o direito penal e o direito contra-ordenacional comungam de uma função de tutela de bens jurídicos e que é frequentemente desejável uma sua actuação conjunta e articulada como parte integrante de uma “estratégia sancionatória global”²⁴⁴², cremos que fará todo o sentido procurar compreendê-los à luz de uma grelha conceptual comum quando a análise tenha em mira

²⁴⁴¹ TIEDEMANN, ³ *Wirtschaftsstrafrecht*, AT, n.º m. 12 e ss.

²⁴⁴² PEDRAZZI, Cesare, “Relazione di sintesi”, p. 205.

a determinação e caracterização dos respectivos bens jurídicos e das estruturas típicas das ofensas que os possam ameaçar. Uma perspectiva que cremos não pode deixar de ser tomada em linha de conta se o que se pretende é discernir as principais missões que no nosso sistema jurídico são cometidas ao direito de mera ordenação social.

3. Na dilucidação dos tipos de bens jurídicos tutelados pelo direito das contra-ordenações e na categorização dos ilícitos contra-ordenacionais em função dessa natureza será da maior utilidade o apelo à recente dogmática jurídico-penal desenvolvida em torno do conceito de *bem jurídico colectivo*, onde, como vimos supra, sobressai claramente o contributo de Roland Hefendehl. Poder-se-ia tentar contrariar esta transposição com base na ideia, exacta, de que aquela construção tem uma marca acentuadamente penal, tendo sido pensada para responder aos problemas de legitimação material da intervenção penal através do conceito de bem jurídico-penal. Mas essa objecção passaria desde logo por alto da circunstância de as notas essenciais que hoje tendem a definir-se como crivos decisivos do conceito de bem jurídico colectivo, a não excluibilidade e a não distributividade, não constituírem nenhuma originalidade da doutrina penal que as sufraga. Bem pelo contrário, têm a sua fonte imediata numa concepção de Alexy acerca da contraposição entre direitos individuais e bens colectivos com uma pretensão de validade para toda a ordem jurídica e não apenas para o direito penal²⁴⁴³. Os critérios propostos por Alexy, se e na medida em que sejam aplicáveis ao direito sancionatório, têm por isso tanta razão para valer no direito penal como no direito contra-ordenacional. Tanto mais que estando ambos condenados a conviver e colaborar para a protecção dos bens jurídicos dignos de pena cremos serem inequívocas as vantagens de tentar compreendê-los à luz de um denominador comum.

Onde julgamos que esta doutrina dos bens jurídicos colectivos por nós perfilhada poderá antes de mais fazer a diferença em relação ao modo como são tradicionalmente concebidas as funções contra-ordenacionais é em matéria de direito penal secundário, perspectivado em sentido amplo, de modo a abarcar o direito contra-ordenacional.

Por razões óbvias que se prendem com a disponibilidade do direito de mera ordenação social para cobrir factos bagatelares e com a muito maior agilidade do processo contra-ordenacional em relação ao processo penal para lidar com infracções de prática massificada, é mais do que sabido que o direito das contra-ordenações se mostra

²⁴⁴³ Cf. ALEXY, “Individual rights and collective goods”, p. 166, e supra, § 24.2.

especialmente vocacionado para responder aos fenómenos infraccionais de massa²⁴⁴⁴. A função de alívio processual do sistema penal²⁴⁴⁵ que o direito contra-ordenacional aí desempenha representa hoje uma das suas mais relevantes missões e uma das razões decisivas para a sua enorme expansão desde que foi criado. Neste domínio convergem todas aquelas realidades sociais e económicas às quais vai inerente um relacionamento, as mais das vezes anónimo, no qual todas as pessoas se cruzam umas com as outras, como sucede paradigmaticamente na circulação rodoviária e nas relações de consumo, ou que correspondem a relações que a larga maioria das pessoas tem inevitavelmente de estabelecer com o Estado, como acontece no âmbito tributário.

O carácter massificado e anónimo que caracteriza estas e outras realidades sociais leva com frequência a uma propensão para qualificar como supra-individuais os bens jurídicos tuteladas pelas infracções, tanto penais como contra-ordenacionais, que gravitam na sua órbita. No âmbito do direito rodoviário, do direito da saúde, do direito do consumidor, *etc.*, são recorrentes as posições que as ligam à protecção de bens jurídicos como a segurança na circulação rodoviária²⁴⁴⁶, a saúde pública²⁴⁴⁷, a segurança no consumo²⁴⁴⁸, a qualidade dos bens de consumo²⁴⁴⁹, *etc.* E se esta tendência é já notória e pronunciada no âmbito penal, acaba ela por acentuar-se ainda mais quando em causa estão contra-ordenações tipificadas nesses domínios²⁴⁵⁰.

Sucedo, no entanto, que, *dependendo do conteúdo* que se atribua a esses ditos bens jurídicos supra-individuais, casos haverá em que não passarão eles de um agregado de bens jurídicos individuais. Com essas construções procura-se as mais das vezes iludir a circunstância de que o tipo legal configura, *de facto*, um tipo de perigo abstracto, contingência tida como problemática e com a qual se convive mal, mesmo que, por hipótese, a sua legitimidade material não esteja comprometida sob a perspectiva das categorias da dignidade penal e da necessidade de pena. Isto quando, como adverte Luís Greco, assumir frontalmente que o tipo apresentaria uma estrutura típica de perigo

²⁴⁴⁴ MITSCH, ²*Ordnungswidrigkeiten*, § 3, n.º m. 2, e KLESCZEWSKI, *Ordnungswidrigkeitenrecht*, § 1, n.º m. 39.

²⁴⁴⁵ GÜNTHER, “Das Recht der Ordnungswidrigkeiten”, p. 392.

²⁴⁴⁶ Pela jurisprudência constitucional, por último, o Ac. do TC n.º 173/2012, e na doutrina FARIA, Paula Ribeiro de, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, II, Art. 292.º, § 3, e VIEIRA, Francisco Marques, *Direito Penal Rodoviário*, p. 47 e ss.

²⁴⁴⁷ Ac. do TC n.º 397/2012, e DIAS, Silva, “Linhas gerais do regime jurídico dos crimes contra interesses dos consumidores...”, p. 320.

²⁴⁴⁸ Cf. a doutrina indicada por DIAS, Silva, “Entre «comes e bebes»”, *RPCC*, 4/1998, p. 531, nota 22.

²⁴⁴⁹ DIAS, Silva, *Ramos Emergentes do Direito Penal*, p. 73.

²⁴⁵⁰ Cf., v. g., COSTA, Faria, ³*Fragmenta*, Cap. 2, § 37.

abstracto teria pelo menos a “virtude de não ocultar o facto de que o direito penal está realmente se antecipando”²⁴⁵¹ na tutela de um bem jurídico individual.

Como concluímos anteriormente, do critério da não distributividade ou indivisibilidade dos bens jurídicos colectivos decorre que não poderão assumir essa qualidade aqueles interesses ou valores que seja fáctica ou normativamente possível repartir e distribuir por pessoas individuais deles portadores²⁴⁵². Por essa razão, interesses reconhecidos como multi-individuais não constituem bens jurídicos colectivos ou supra-individuais²⁴⁵³. E isto nem mesmo quando o comportamento seja tipificado como crime ou como contra-ordenação por representar uma ameaça difusa para bens jurídicos individuais de um número indeterminado e potencialmente elevado de pessoas²⁴⁵⁴. Com efeito, sendo possível divisar um bem jurídico individual como objecto de uma determinada ofensa de dano ou de perigo, mesmo que só abstracto, representada pelo facto tipificado não há razão para insistir numa ficcionada natureza universal de um interesse não mais do que individual só porque o facto típico tem a particularidade de envolver uma perigosidade para um número indeterminado de pessoas que lhe dá uma coloração colectiva²⁴⁵⁵.

Esta recusa de atribuição de uma natureza colectiva a realidades que, de facto, não configuram senão um aglomerado divisível de interesses individuais será de manter mesmo que lhes possa ser imputado um referente constitucional na ordem dos direitos fundamentais económicos, sociais e culturais. De modo a sustentar o carácter supra-

²⁴⁵¹ GRECO, Luís, *Modernização do Direito Penal*, p. 93 e s.

²⁴⁵² *Supra*, § 24.2.

²⁴⁵³ Parecendo, todavia, apontar para uma equivalência entre interesses multi-individuais e interesses supra-individuais, MONTE, Mário Ferreira, *Da Protecção Penal do Consumidor*, p. 205 e ss., e DIAS, Silva, “Entre «comes e bebes»”, *RPCC*, 4/1998, p. 535.

²⁴⁵⁴ Assim, HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter*, p. 141, e ainda GRECO, Luís, “Existem critérios para a postulação de bens jurídicos coletivos?”, p. 360, de forma expressiva: “Bens jurídicos colectivos são bens indivisíveis e não bens de um número indeterminado de indivíduos. A afectação de um número indeterminado de pessoas não significa que o bem em questão seja colectivo”.

²⁴⁵⁵ Cf. ANASTASOPOULOU, *Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter*, p. 43 e s. Diferentemente, DIAS, Silva, “Entre «comes e bebes»”, *RPCC*, 4/1998, p. 535, quando, neste mesmo contexto, aponta para a existência de bens jurídicos que “são individuais na substância, mas colectivos do ponto de vista da caracterização do respectivo titular”. Uma linha de pensamento transposta por DIAS, Silva, “Linhas gerais do regime jurídico dos crimes contra interesses dos consumidores...”, p. 320 e ss., para a sua proposta de regime penal e contra-ordenacional incluída no Anteprojecto de Código do Consumidor, da qual foram deixadas de fora “as formas de protecção do consumidor enquanto sujeito individual” (p. 320), justamente na base da premissa, em nosso modo de ver equivocada, de que a natureza difusa das ameaças para bens jurídicos individuais permitiria abrir caminho à afirmação, ou melhor, à hipostasiação, de bens jurídicos supra-individuais como a “saúde e a segurança” ou a “qualidade de bens de consumo assimiláveis pelo organismo humano” (p. 320). Uma proposta na qual, aliás, se afirma enfaticamente que “o titular dos bens jurídicos protegidos, a vítima das agressões típicas” é “o consumidor, na dupla qualidade de agente económico e de cives” (p. 328).

individual do “direito à qualidade dos produtos alimentares”²⁴⁵⁶, um bem jurídico colectivo meramente aparente que liga ao art. 24.º do Decreto-Lei n.º 28/84, Augusto Silva Dias justifica essa construção através da “afecção (...) à linguagem dos direitos (sociais) e, portanto, a um referente pessoal (difuso)”²⁴⁵⁷. Nesta mesma linha, entende ainda Silva Dias, agora numa reflexão de ordem mais geral, que não se trata apenas de interesses sistémicos estrategicamente relevantes, que compete ao Estado assegurar mediante políticas públicas, mas vai neles implicada a dignidade humana na sua dimensão multitudinária ou colectiva, que a linguagem dos direitos sociais e da garantia fundamental em causa bem reflecte e traduz”²⁴⁵⁸. Esta visão leva Silva Dias a considerar que a qualidade de bem jurídico colectivo se revela não só ao nível do objecto, como também ao nível dos titulares, conduzindo-o, no fundo, a postular bens jurídicos colectivos em função da pluralidade indeterminada de indivíduos que podem ver a sua vida ou saúde ameaçadas por condutas em si mesmas perigosas para esses bens jurídicos pessoais.

Sucedem que a projecção de universalidade que pode irradiar da natureza social dos direitos fundamentais em causa tem o seu lugar privilegiado na *deverosidade prestacional* que lhes é inerente e não na *deverosidade protectiva* que também decorre da sua dimensão objectiva. Sendo embora óbvio que esta deverosidade estadual de protecção pode ter como objecto de tutela bens jusfundamentais de natureza supra-individual em sentido próprio e que o âmbito dos direitos sociais representa até o espaço dos direitos fundamentais onde tal se afigura como mais expectável, é precisamente o carácter de jusfundamentalidade que se lhes pretende cunhar que nestes casos nos encaminha para o predomínio dos bens jurídicos individuais inerentes aos direitos fundamentais em questão²⁴⁵⁹. Como sublinha Vieira de Andrade, estes direitos sociais “têm a matriz dos direitos fundamentais, na medida em que também visam proteger bens das pessoas e têm como intenção principal a promoção da dignidade humana individual”²⁴⁶⁰. E é por isso, considera ainda Vieira de Andrade, referindo-se aos direitos sociais dos consumidores, um dos domínios onde o nosso problema se coloca

²⁴⁵⁶ DIAS, Silva, “Entre «comes e bebes»”, *RPCC*, 1/1999, p. 58.

²⁴⁵⁷ DIAS, Silva, “Entre «comes e bebes»”, *RPCC*, 1/1999, p. 60.

²⁴⁵⁸ DIAS, Silva, *Ramos Emergentes do Direito Penal*, p. 38; e já antes, nesta mesma direcção, «*Delicta in Se*» e «*Delicta Mere Prohibita*», p. 637 e ss. e *passim*.

²⁴⁵⁹ Cf. CANOTILHO, Gomes, *Direito Constitucional*, p. 1256 e ss., ANDRADE, Vieira de, *Os Direitos Fundamentais*, p. 111 e ss., e NABAIS, Casalta J., “O estatuto constitucional dos consumidores”, p. 141 e s.

²⁴⁶⁰ ANDRADE, Vieira de, “Os direitos dos consumidores como direitos fundamentais...”, p. 142.

mais agudamente, que “os titulares dos direitos fundamentais devem ser, em princípio, os *indivíduos* como pessoas; os bens jurídicos protegidos são os *bens pessoais* implicados na relação de consumo”²⁴⁶¹, designadamente, acrescenta depois, a vida, a saúde, a segurança e a qualidade de vida²⁴⁶². Na palavra insuspeita de Gomes Canotilho, os direitos fundamentais, e portanto também os que de entre eles assumem a natureza de direitos sociais, “são, em primeira linha, direitos individuais”²⁴⁶³. E assim, tratando-se de direitos que “dizem respeito, em primeira linha, aos indivíduos”²⁴⁶⁴, são “direitos de *titularidade individual* com a finalidade de protecção de *bens pessoais*”²⁴⁶⁵.

3.1 Nestes termos, e exemplificando, quando concebida como representação conjunta da saúde de cada uma das pessoas que compõem a totalidade da população ou de uma determinada parte dela, a *saúde pública* não corresponde a um autêntico bem jurídico colectivo²⁴⁶⁶, seja para efeitos penais, seja contra-ordenacionais. Em boa verdade, tal como não haveria motivo para falar num possível bem jurídico *vida pública* para legitimar eventuais tipos legais que correspondessem a uma conduta de tal modo perigosa para uma pluralidade indeterminada de pessoas que, a materializar-se num dano, determinaria inevitavelmente a sua morte, não há também razão para que ali se continue a apontar a existência de um bem jurídico saúde pública. Assim, quando determinada regulação legal proíba, sob ameaça de pena criminal ou de coima, certo comportamento em função da sua perigosidade para a saúde e integridade física de um conjunto difuso de pessoas ou em virtude da sua concreta aptidão para a ofender, não estaremos aí perante um caso típico de ofensa a um bem jurídico colectivo, a chamada saúde pública, mas sim em face de infracções de perigo abstracto ou de aptidão, *rectius*, de perigosidade concreta²⁴⁶⁷ para o bem jurídico individual integridade física. E será assim mesmo que, na sua literalidade, o regime legal em causa se refira à “saúde

²⁴⁶¹ ANDRADE, Vieira de, “Os direitos dos consumidores como direitos fundamentais...”, p. 144.

²⁴⁶² ANDRADE, Vieira de, “Os direitos dos consumidores como direitos fundamentais...”, p. 145. Nos mesmos termos, NABAIS, Casalta J., “O estatuto constitucional dos consumidores”, p. 142.

²⁴⁶³ CANOTILHO, Gomes, ⁷*Direito Constitucional*, p. 1257. E dizemos *insuspeita*, porque é bem conhecida a oposição de Gomes Canotilho às tentativas de compreensão do universo dos direitos fundamentais sob um prisma eminentemente subjectivista (*idem, ibidem*, pp. 398 e s. e 407).

²⁴⁶⁴ NABAIS, Casalta J., “O estatuto constitucional dos consumidores”, p. 142, que se refere especificamente aos direitos dos consumidores, mas na base do pensamento geral dos direitos sociais.

²⁴⁶⁵ NABAIS, Casalta J., “O estatuto constitucional dos consumidores”, p. 142.

²⁴⁶⁶ Assim, terminantemente, HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter*, p. 141 e ss., e “Der Rechtsgut als materialer Angelpunkt einer Strafnorm”, p. 128, ROXIN, ⁴*AT*, § 2, n.ºs m. 10 e 46, SCHÜNEMANN, “Das Rechtsgüterschutzprinzip als Fluchtpunkt...”, p. 149 e ss., e GRECO, Luís, “Existem critérios para a postulação de bens jurídicos coletivos?”, p. 364 e ss.

²⁴⁶⁷ Cf. *infra*, § 35.1, 4.

pública”²⁴⁶⁸ ou à “saúde e segurança” de um grupo de pessoas em geral (v. g., dos consumidores)²⁴⁶⁹. Consideração que valerá igualmente, por plena identidade de razão, para a pretensão de colocar no lugar da saúde pública, naquela acepção que a torna num bem jurídico colectivo aparente, bens jurídicos supra-individuais não menos fictícios como a segurança dos próprios produtos ou a genuinidade, qualidade ou autenticidade dos bens, enquanto tais, se aí, em primeira linha, estiver em vista o perigo por eles *imediatamente* representado para a saúde das pessoas que em geral possam com eles ter contacto.

3.2 Com um falso bem jurídico colectivo deparamos do mesmo modo na chamada *segurança na circulação rodoviária*²⁴⁷⁰. Será assim, nomeadamente, quando se lhe pretenda atribuir um significado de protecção antecipada dos bens jurídicos individuais susceptíveis de serem atingidos através dos comportamentos típicos de condutores e peões na via pública, *maxime* a vida, a integridade física, a liberdade de locomoção e a propriedade²⁴⁷¹. Quando se proíbe a condução em estado de embriaguez, em excesso de velocidade, em contramão, *etc.*, o que está em causa não é a preservação das condições para que a circulação se possa fazer em segurança, mas antes a directa prevenção do perigo que nesse tipo de condutas vai, por norma, *imediatamente* envolvido para aqueles bens jurídicos individuais²⁴⁷². Mesmo que tal perigo se não dirija especificamente a ninguém em particular e assuma portanto um carácter difuso são ainda os referidos bens jurídicos individuais que representam o objecto directo de tutela, pelo que deverão ser eles e não a segurança rodoviária o referente crítico da infracção.

3.3 Um outro espaço especialmente vulnerável à tentação de formular bens jurídicos colectivos onde na verdade estão apenas ou primariamente em causa interesses individuais é o do direito do trabalho. À semelhança das relações de consumo e da circulação rodoviária, o *domínio laboral* é especialmente propenso à massificação das

²⁴⁶⁸ Cf. arts. 4.º e 5.º-1 do Estatuto do Medicamento (Decreto-Lei n.º 176/2006, de 30/8).

²⁴⁶⁹ Cf. art. 3.º, *b*), do Decreto-Lei n.º 69/2005, relativo à segurança geral dos produtos, para definição do que deva considerar-se como “produto seguro”.

²⁴⁷⁰ Cf. HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter*, p. 140 e s., SCHÜNEMANN, “Das Rechtsgüterschutzprinzip als Fluchtpunkt...”, p. 152, e ALBUQUERQUE, Pinto de, ²CP, Art. 292.º, 2.

²⁴⁷¹ Em sentido próximo, HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter*, p.157 e s.

²⁴⁷² Assim, igualmente no plano contra-ordenacional, MITSCH, ²Ordnungswidrigkeiten, § 3, n.º m. 9, afirmando inclusive que, no âmbito rodoviário, esta protecção da vida, da integridade física e da propriedade configura uma *evidência*.

infracções e a fenómenos delituais com uma pluralidade de vítimas, com frequência através até de uma unidade de acção do empregador. Não deixa de ser uma realidade que é aqui muito menos marcado o anonimato das relações privadas com eventual relevo sancionatório²⁴⁷³ e que, em regra, o empregador encontra-se em condições de antever quais as concretas pessoas ameaçadas pela prática de um eventual facto típico. Mas a circunstância de correntemente se olhar para as relações laborais numa perspectiva colectiva, referida às políticas sociais de emprego ou à contraposição entre o empregador e a massa dos trabalhadores, o facto de alguns direitos laborais emblemáticos, como por exemplo o direito à greve, serem exercidos colectivamente ou a indisponibilidade para os trabalhadores de numerosos direitos de que são titulares²⁴⁷⁴ podem induzir a ideia de que este é por excelência um domínio de bens jurídicos colectivos²⁴⁷⁵. Sinal disso mesmo é a absurda impossibilidade legal de um trabalhador constituir-se como assistente num processo contra-ordenacional laboral, mesmo que seja o directo ofendido pela prática de uma contra-ordenação que lese um bem jurídico individual de que é imediato portador, quando se atribui essa faculdade às associações sindicais (art. 23.º da Lei n.º 107/2009, de 14/9)²⁴⁷⁶.

²⁴⁷³ Sobre a “despersonalização das relações laborais”, cf. GOMES, Júlio M. Vieira, *Direito do Trabalho, I: Relações Individuais de Trabalho*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 216 e ss.

²⁴⁷⁴ Contra o que, por exemplo, parece entender COSTA, A. de Almeida, “A propósito do novo Código do Trabalho”, pp. 1053 e 1062, ao invocar a “irrelevância do «consentimento» dos trabalhadores” no âmbito do trabalho suplementar como argumento decisivo para a sua ideia de que vale aí um bem jurídico supra-individual, no nosso ponto de vista o carácter indisponível ou irrenunciável de determinado direito laboral conferido ao trabalhador, decorrente da imperatividade da norma que o conceda, pode nada ter que ver e muito menos ter que indiciar ou comprovar a natureza supra-individual do interesse tutelado. Para afastar essa imediata associação basta recordar que o direito laboral foi todo ele construído na base do pressuposto do real desequilíbrio de forças entre o empregador e o trabalhador, sendo ainda hoje a vulnerabilidade deste último na relação laboral que justifica e dá sentido à indisponibilidade da generalidade dos direitos fundamentais que aos trabalhadores são reconhecidos. Direitos esses, bem como os bens jurídicos a eles ligados, que, como nos parece indubitável, não são menos pessoais ou individuais por serem irrenunciáveis – sobre esta inextricável relação entre a desigualdade entre os sujeitos da relação laboral e os direitos fundamentais dos trabalhadores, concebendo como escopo do direito do trabalho a realização dos direitos fundamentais do trabalhador e aí vendo inclusive a sua principal marca distintiva em relação ao direito civil, GOMES, Júlio, *Direito do Trabalho, I*, p. 30 e ss. (esp. p. 39 e ss.).

²⁴⁷⁵ Paradigmático, COSTA, A. de Almeida, “A propósito do novo Código do Trabalho”, p. 1055 e ss. O A. não deixa, é certo, de reconhecer a possibilidade de o direito contra-ordenacional laboral tutelar bens jurídicos individuais dos trabalhadores (p. 1053). Mas, debruçando-se sobre a regulação juslaboral pretérita relativa ao trabalho suplementar (arts. 624.º e 663.º do CT de 2003, Lei n.º 99/2003 de 27/8), logo um dos domínios onde é mais vincada a natureza individual dos interesses que a legislação do trabalho visa acautelar (art. 59.º-1, *b*) e *d*), da CRP), A. de Almeida Costa acaba por efabular o “*sistema ou organização legal do trabalho suplementar*” como bem jurídico supra-individual. Um bem jurídico que, à luz da sua concepção dos bens jurídicos-fins e bens jurídicos-meio (cf. logo COSTA, A. de Almeida, “Sobre o crime de corrupção”, p. 140 e ss.), é tido como um bem instrumental.

²⁴⁷⁶ Em sentido crítico, já PINTO, Frederico Costa, “A figura do assistente e o processo de contra-ordenação”, p. 121 e ss. – o reconhecimento de Costa Pinto de que caso exista aí uma pessoa concretamente ofendida ela “será em regra um trabalhador”, assim dando a entender que, ao menos no

Uma tal impressão não tem, porém, razão de ser, como logo se pode intuir quando se atente devidamente no facto de uma parte significativa dos regimes juslaborais de ordem constitucional e legal terem como objecto as relações contratuais sinalagmáticas de sentido *bilateral*²⁴⁷⁷ e de natureza *privada* que se corporizam na formação, execução e cessação de um contrato *individual* de trabalho que liga *dois particulares*, o empregador e o trabalhador²⁴⁷⁸. Sendo estas as características essenciais da relação laboral sobre a qual incide um sem-número de contra-ordenações dispersas por numerosos diplomas legais²⁴⁷⁹, parece-nos inegável ser *eminente individual* a natureza dos bens jurídico-laborais objecto de tutela contra-ordenacional quando esta se dirija a direitos e deveres legalmente prescritos directamente atinentes à relação *individual* de trabalho. Não excluimos, como é evidente, que essas prescrições legais possam igualmente servir a prossecução de políticas sociais de alcance geral em matéria de pleno emprego, de Segurança Social, de organizações colectivas representativas dos interesses dos trabalhadores, de igualdade de género, *etc.* Mas mesmo quando assim seja, tratando-se de assegurar a efectividade de direitos legal e até constitucionalmente reconhecidos *aos trabalhadores*, será a adequada protecção dos bens jurídico-laborais de que estes são *imediate e individualmente* portadores que aí avultará como objecto primário de tutela. A promoção de eventuais interesses colectivos conexos assomará assim de forma não mais do que reflexa ou mediata, não podendo eles serem por isso erigidos a bens jurídicos das contra-ordenações em questão.

Creemos que será tendencialmente assim ali onde se tipifique como infracção contra-ordenacional laboral a ofensa material, sob a forma de lesão ou de perigo, a bens jurídicos inerentes a *direitos, liberdades e garantias* dos trabalhadores como a segurança no emprego, na qual vai implicada a proibição do despedimento sem justa causa ou por motivos políticos ou ideológicos (art. 53.º da CRP), o direito à greve (art.

direito contra-ordenacional laboral a lei prevê infracções que contendem com bens jurídicos individuais, não o leva todavia a questionar a sua pretensão de construir a contra-ordenação sobre uma ideia de infracção de dever desligada de uma função de protecção de bens jurídicos.

²⁴⁷⁷ Queremos com isto significar que a típica relação contratual juslaboral *não é multipolar*, dado que não engloba nem o Estado, nem as organizações colectivas representativas dos trabalhadores e dos empregadores. Acresce ainda, contra eventuais pretensões de uma colectivização do contrato de trabalho e dos direitos e deveres que lhe são inerentes, que no nosso Código do Trabalho “não se prevê – e não parece que seja lícito no nosso ordenamento – o contrato de trabalho de grupo em que uma pluralidade de trabalhadores celebra um único contrato de trabalho” (GOMES, Júlio, *Direito do Trabalho*, I, p. 81).

²⁴⁷⁸ Cf., v. g., GOMES, Júlio, *Direito do Trabalho*, I, p. 81 e ss.

²⁴⁷⁹ Além do Código do Trabalho e do Regime Jurídico da Promoção da Segurança e Saúde no Trabalho (Lei n.º 102/2009, de 10/9), cf. a legislação recenseada por RIBEIRO, João Soares, ³*Contra-Ordenações Laborais*, p. 710 e s.

57.º-1 da CRP), ou a *direitos sociais* como os direitos à retribuição do trabalho (art. 59.º-1, *a*), da CRP)²⁴⁸⁰, à organização do trabalho em condições socialmente dignificantes, de forma a facultar a realização pessoal e a compatibilizá-lo com a vida familiar (art. 59.º-1, *b*), da CRP)²⁴⁸¹, à prestação do trabalho em condições de higiene, segurança e saúde (art. 59.º-1, *c*), da CRP), ao repouso (art. 59.º-1, *d*), da CRP), ao limite máximo da jornada de trabalho (art. 59.º-1, *d*), da CRP)²⁴⁸², ao descanso semanal (art. 59.º-1, *d*), da CRP), às férias periódicas pagas (art. 59.º-1, *d*), da CRP) ou à protecção dos valores sociais eminentes da maternidade e da paternidade (art. 68.º da CRP). É exactamente porque a generalidade destes direitos se liga imediatamente à *pessoa do trabalhador* que a jurisprudência e a doutrina constitucionais qualificam boa parte deles (v. g., os direitos fundamentais a uma justa remuneração, ao repouso e aos lazeres, a um limite máximo da jornada de trabalho²⁴⁸³, ao descanso semanal, a férias

²⁴⁸⁰ Cf. Acs. do TC n.º 635/99 e 257/2008, este último enfatizando que “a retribuição da prestação laboral, quer na sua causa, que na sua destinação típica, está *intimamente* ligada à *pessoa* do trabalhador” (it. nossos).

²⁴⁸¹ Divisando aqui uma “conexão dos direitos fundamentais dos trabalhadores com o *princípio da dignidade da pessoa humana* e com outros direitos fundamentais, designadamente, com o *direito ao desenvolvimento da personalidade* e com o direito à *protecção da família* e da *saúde*”, MEDEIROS, Rui, *2ª Constituição Portuguesa Anotada*, I, Art. 59.º, p. 1156 (it. nosso).

²⁴⁸² No sentido do carácter individual da tutela contra-ordenacional, cf. o Ac. do TC n.º 304/94, a propósito da conformidade constitucional de uma solução legal de pluralidade infraccional fundada na pluralidade de trabalhadores envolvidos em matéria de registo de trabalho suplementar.

²⁴⁸³ Esta qualidade de direitos análogos aos direitos, liberdades e garantias pacificamente reconhecida aos direitos fundamentais ao *limite máximo da jornada de trabalho* e ao *descanso semanal* vai ao encontro da “«preservação da saúde, do bem-estar e da segurança dos trabalhadores»” como principal “ordem de problemas [em] que, na actualidade, a doutrina e a legislação centram as atenções quando se debruçam sobre o tema da «organização do tempo de trabalho», aí incluído o do trabalho suplementar” – isto que é expressamente afirmado por COSTA, A. de Almeida, “A propósito do novo Código do Trabalho”, p. 1056 e s., é todavia por ele depois totalmente desconsiderado no decisivo momento de equacionar quais os bens jurídicos cuja protecção o legislador teve em mente ao tipificar como contra-ordenação as violações às regras relativas ao trabalho suplementar. Ora, se se reconhece que as preocupações nesta matéria se encontram *hoje* em todo o lado centradas na pessoa do trabalhador (cf., desenvolvidamente, GOMES, Júlio, *Direito do Trabalho*, I, p. 650 e ss.), e como tal na protecção de bens jurídicos de que ele próprio é imediato portador, o que será de esperar é que haja sido a precípua tutela de tais bens jurídicos individuais a determinar o essencial da acção legislativa, nomeadamente, das contra-ordenações correspondentes às infracções directamente atentatórias de tais direitos fundamentais individuais; e não o ignoto interesse no “sistema ou organização legal do trabalho suplementar”, o fomento do pleno emprego ou a “equitativa e racional distribuição das oportunidades de emprego” (p. 1055, por referência ao Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 421/83, de 2/12).

Destarte, parece-nos materialmente destituído de sentido sustentar, como faz COSTA, A. de Almeida, “A propósito do novo Código do Trabalho”, p. 1056 e s., que as contra-ordenações relativas à concreta prestação do trabalho suplementar se encontram subordinadas à protecção de um fictício e tautológico bem jurídico supra-individual que passa ao lado do cerne das preocupações que vêm animando as decisões legislativas nacionais e as acções das organizações internacionais que as influenciam, sobretudo as da União Europeia. E o que é pior é que com base nessa posição mais do que questionável sobre o bem jurídico tutelado, A. de Almeida Costa ainda censura o legislador por ter adoptado uma solução legal relativa à pluralidade das infracções por ela não se adequar à natureza supra-individual do bem jurídico hipostasiado, clamando até pela sua inconstitucionalidade, quando tal solução

periódicas pagas), como direitos sociais de *natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias fundamentais*²⁴⁸⁴. Individuais são ainda indiscutivelmente os bens jurídicos correspondentes aos direitos de personalidade dos trabalhadores e os referentes à igualdade e não discriminação no trabalho que, fruto de uma constitucionalização da relação laboral, encontram hoje tutela contra-ordenacional nos arts. 15.º a 32.º do CT²⁴⁸⁵.

A lesão e colocação em perigo de bens jusfundamentais com respaldo nestes vários direitos fundamentais dos trabalhadores têm assim o significado de uma ofensa de bens jurídicos individuais de que são titulares os concretos trabalhadores que deles são efectivamente portadores e não, como é evidente, a colectividade dos trabalhadores ou as associações sindicais que os representem. Uma conclusão que não é abalada nem mesmo quando tais direitos fundamentais sejam exercidos colectivamente, como é o caso do direito à greve, um “direito individual de exercício colectivo”²⁴⁸⁶, pois “os «colectivos» (...) são instrumentos do exercício, mas não sujeitos dos direitos”²⁴⁸⁷. E persiste até quanto aos direitos constitucionalmente reconhecidos a formações sociais como as comissões de trabalhadores e os sindicatos, que “servem, *prima facie*, para a defesa dos interesses dos trabalhadores (cfr. CRP, arts. 54.º-1, 56.º-1), e não, principalmente, como garantia da ordem objectiva ou de *bens colectivos*”²⁴⁸⁸.

Em suma, na síntese de Gomes Canotilho / Vital Moreira, os direitos fundamentais enunciados, designadamente, os inscritos de modo expresso no catálogo constitucional dos direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores (arts. 53.º a 57.º da CRP) e os consignados no art. 59.º da Constituição (“Direitos dos trabalhadores”) “são direitos específicos dos *trabalhadores* e só a eles são constitucionalmente reconhecidos e garantidos”²⁴⁸⁹.

Atenta a exigência de indivisibilidade ou não distributividade que aos bens jurídicos colectivos deve ser dirigida, estamos certos de que o que vai dito é mais do

é a que melhor se ajusta materialmente à natureza pessoal individual dos bens jurídicos que aí o legislador pretende efectivamente tutelar – cf. infra, em texto, e o Ac. do TC n.º 304/94.

²⁴⁸⁴ Por todos, e com abundantes referências jurisprudenciais e doutrinárias, MEDEIROS, Rui, ²*Constituição Portuguesa Anotada*, I, Art. 57.º, p. 1147 e ss., CANOTILHO, Gomes / MOREIRA, Vital, ⁴*CRP*, I, p. 770, e ANDRADE, Vieira de, ⁵*Os Direitos Fundamentais*, p. 187.

²⁴⁸⁵ Cf. GOMES, Júlio, *Direito do Trabalho*, I, pp. 265 e ss., 385 e ss. e 425 e ss., e infra, § 35.3.

²⁴⁸⁶ CANOTILHO, Gomes / MOREIRA, Vital, ⁴*CRP*, I, p. 755, MEDEIROS, Rui, ²*Constituição Portuguesa Anotada*, I, Art. 57.º, p. 1126, e na jurisprudência constitucional, v. g., o Ac. do TC n.º 289/92.

²⁴⁸⁷ ANDRADE, Vieira de, ⁵*Os Direitos Fundamentais*, p. 116.

²⁴⁸⁸ CANOTILHO, Gomes, ⁷*Direito Constitucional*, p. 1257 (it nosso).

²⁴⁸⁹ CANOTILHO, Gomes / MOREIRA, Vital, ⁴*CRP*, I, p. 706.

que suficiente para que no amplo campo juslaboral que recenseámos se evite a hipostasiação de bens jurídicos supra-individuais com o propósito de iludir a marcada natureza individual dos interesses realmente tutelados e assim evitar reconhecer a existência de um domínio normativo onde o legislador atribui ao direito contra-ordenacional um papel de eminente relevo na tutela, muitas vezes directa e imediata, sob a forma de lesão, de bens jurídicos individuais dos trabalhadores. Além de só deste modo ser possível fazer inteira justiça à intencionalidade material que efectivamente subjaz à tipificação das mais relevantes infracções contra-ordenacionais neste domínio, só por esta via se logra compreender o princípio, bem fundado, instituído pelo art. 558.º do CT em matéria de pluralidade de contra-ordenações laborais. De acordo com este preceito, estando em causa uma infracção que tipifique uma “situação concreta de perigo” ou a inflicção de um dano a um trabalhador, “o número de contra-ordenações corresponde ao número de trabalhadores individualmente considerados” (art. 558.º, n.ºs 1 e 2, do CT)²⁴⁹⁰. Como já uma vez entendeu o Tribunal Constitucional ao debruçar-se sobre uma norma legal afim – aliás, de conteúdo ainda mais amplo, dado que se referia ao mero registo do trabalho suplementar e não à sua indevida prestação propriamente dita²⁴⁹¹ – faz sentido colocar a responsabilização contra-ordenacional laboral na dependência do número de trabalhadores afectados, “pois é para defesa destes que a contra-ordenação é estabelecida”²⁴⁹². Pese embora a sua deficiente técnica legislativa, aquela norma do actual art. 558.º do CT tem o mérito de assumir abertamente que a lesão e a concreta colocação em perigo de bens jurídicos de que os trabalhadores são imediatos titulares²⁴⁹³ correspondem a estruturas típicas a ter em conta no direito contra-ordenacional laboral e que encontram inúmeras materializações na legislação do trabalho. De resto, ao menos nas infracções de dano²⁴⁹⁴, a norma acompanha os regimes

²⁴⁹⁰ O art. 558.º do CT congrega agora o mesmíssimo conteúdo do art. 624.º do CT de 2003 e do art. 451.º da Lei n.º 35/2004, de 29/7, que o regulamentava.

²⁴⁹¹ O Tribunal Constitucional foi assim ainda mais além do que a posição que sustentamos, já que admitiu como constitucionalmente inatacável a pluralidade infraccional dependente do número de trabalhadores mesmo quando esteja em causa uma contra-ordenação que não contemple um ataque directo, sob a forma de lesão ou de perigo concreto, aos bens jurídicos imanentes aos direitos fundamentais previstos no art. 59.º-1, *d*), da CRP.

²⁴⁹² Ac. do TC n.º 304/94.

²⁴⁹³ Considerando que a norma abrange (apenas) a lesão e o perigo concreto para bens jurídicos dos trabalhadores, o Ac. do TRE de 09-11-2004 e RIBEIRO, João Soares, ³*Contra-Ordenações Laborais*, p. 348 e s.

²⁴⁹⁴ A ressalva prende-se com a dúvida acerca do regime penal no caso dos crimes de perigo concreto em que ocorra uma concreta colocação em perigo de bens jurídicos individuais de mais do que uma pessoa – pela unidade criminosa, no âmbito dos crimes de perigo comum, DIAS, Silva, “Entre «comes e bebes»”,

gerais penal (art. 30.º do CP)²⁴⁹⁵ e, por aplicação subsidiária deste (art. 32.º do RGCO), contra-ordenacional²⁴⁹⁶, no sentido de que, em princípio, existirá uma pluralidade de infracções sempre que, independentemente de uma unidade ou pluralidade de acções, haja a prática de um mesmo ilícito-típico que lese bens jurídicos individuais de que várias distintas pessoas sejam portadoras²⁴⁹⁷. Uma previsão que, aliás, é temperada, porventura em demasia²⁴⁹⁸, por uma solução de cúmulo jurídico que veda a aplicação de coima única de valor superior ao “dobro da coima máxima aplicável em concreto” (art. 558.º-3 do CT).

4. A par desta triagem assente no factor da indivisibilidade como critério identitário dos bens jurídicos colectivos a que devem ser submetidos os bens jurídicos tutelados pelo direito das contra-ordenações, contaremos na nossa análise com o modelo dos tipos de tipicidade proposto por Wolfgang Wohlers²⁴⁹⁹. Como vimos²⁵⁰⁰, trata-se de um modelo desenvolvido em função de uma nova compreensão da matriz eminentemente preventiva do direito penal contemporâneo e em ordem a lograr uma categorização das actuais estruturas típicas deste direito penal preventivo mais precisa do que a que

RPCC, 4/1998, p. 551; e pela pluralidade, COSTA, A. de Almeida, “A propósito do novo Código do Trabalho”, p. 1053.

²⁴⁹⁵ DIAS, Figueiredo, ²*DP-PG*, I, 43.º Cap., § 7 e ss.

²⁴⁹⁶ Cf. ANTUNES, Maria João, “Concurso de contra-ordenações”, p. 466 e ss., COSTA, A. de Almeida, “A propósito do novo Código do Trabalho”, p. 1052 e s., ALBUQUERQUE, Pinto de, *RGCO*, Art. 19.º, n.º m. 2, e SANTOS, Manuel Simas / SOUSA, Jorge Lopes, *Contra-Ordenações. Anotações ao Regime Geral*, 6.ª ed., Lisboa, Áreas Editora, 2011, Art. 19.º, 3.

²⁴⁹⁷ Nesta conclusão, tendo em vista as contra-ordenações laborais dirigidas à protecção de bens jurídicos de “carácter «individual»”, também COSTA, A. de Almeida, “A propósito do novo Código do Trabalho”, p. 1053. Não nos parece, aliás, que houvesse motivo fundado para a crítica acerba dirigida pelo A., *idem*, p. 1062 e ss., ao art. 624.º do CT então vigente (“Quando a violação da lei afectar uma pluralidade de trabalhadores individualmente considerados, o número de infracções corresponde ao número de trabalhadores concretamente afectados, nos termos e com os limites previstos em legislação especial”), ao ponto de concluir no sentido da sua “inequívoca inconstitucionalidade” por violação dos princípios constitucionais da proporcionalidade em sentido amplo, da proporcionalidade em sentido estrito e da culpa. Abstraindo da nossa divergência em relação ao bem jurídico tido em pano de fundo, parece-nos que se reconduzido o preceito ao âmbito de aplicação que o seu próprio teor literal já sugeria – o das contra-ordenações que cobrissem ofensas a bens jurídicos pessoais dos trabalhadores *concretamente* afectados, isto é, as lesões e as colocações em perigo concreto desses interesses – poderia a norma em causa considerar-se já inaplicável às ofensas de perigo abstracto para bens jurídicos individuais e às contra-ordenações destinadas à protecção de bens jurídicos colectivos, não havendo assim razão para suspeitar da sua incompatibilidade com os princípios constitucionais assinalados (no sentido da não inconstitucionalidade, cf. de novo o Ac. do TC n.º 304/94).

²⁴⁹⁸ Para uma crítica ao limite fixado pelo n.º 3 do art. 558.º do CT, cf. RIBEIRO, João Soares, ³*Contra-Ordenações Laborais*, p. 348 e s.

²⁴⁹⁹ Cf. WOHLERS, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts*, p. 305 e ss., “Rechtsgutstheorie und Deliktsstruktur”, p. 15 e ss., e HIRSCH, A. von / WOHLERS, “Rechtsgutstheorie und Deliktsstruktur...”, p. 196 e ss., e supra, § 25.1, 3.

²⁵⁰⁰ Supra, § 25.

corresponde à tradicional tripartição entre crimes de dano, de perigo concreto e de perigo abstracto. Constituindo o direito contra-ordenacional um domínio sancionatório marcado fundamentalmente por esse mesmo referente preventivo que vem comandando a expansão do direito penal, intui-se de imediato a potencialidade aplicativa da construção de Wohlers a uma tentativa de percepção sistematizada das funções assumidas pelo ilícito de mera ordenação social e dos seus pontos de contacto com as funções actualmente exercidas pelo direito penal. Uma intuição que sai reforçada quando se verifica que o pensamento de Wohlers sobre a relação entre crimes e contra-ordenações não anda longe do nosso, na medida em que quanto aos factos a que o direito penal pode legitimamente reagir inclina-se também para uma diferenciação de carácter quantitativo²⁵⁰¹.

O mote que impulsiona o esforço de Wohlers é a constatação da clara inadequação da tradicional categoria dos crimes de perigo abstracto para explicar devidamente todos os fenómenos delitivos tipificados como crime e que nela vêm sendo integrados simplesmente porque não podem ser vistos como crimes de dano ou como crimes de perigo concreto. Parece-nos evidente que sendo o direito contra-ordenacional um mundo povoado sobretudo por infracções de perigo abstracto²⁵⁰², de modo algum pode ele ficar insensível aos contributos dogmáticos que, embora avançados no âmbito penal, possam ter uma influência decisiva para o futuro desta categoria, como nos parece ter a concepção de Wohlers, entretanto acolhida, no essencial ou numa parte substancial por autores como Kuhlen e Roxin²⁵⁰³. Com efeito, também no direito contra-ordenacional é válida a ideia que se expressa no âmbito penal de que “os tipos penais geralmente denominados como «crimes de perigo abstracto» não correspondem realmente de forma nenhuma a um tipo de delito unitário, mas sim a uma acumulação heterogénea de tipos penais com potenciais de risco diferentes, havendo por isso, e antes de mais, necessidade de uma nova categorização diferenciadora desse grupo de delitos”²⁵⁰⁴.

É justamente contra esta caracterização dos crimes de perigo abstracto puramente pela negativa, no sentido de que bastará a ausência de uma efectiva conexão

²⁵⁰¹ WOHLERS, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts*, p. 79 e ss., esp. p. 105 e ss.

²⁵⁰² WEBER, in: ARZT / WEBER / HEINRICH / HILGENDORF, ²BT, § 35, n.º m. 48.

²⁵⁰³ KUHLEN, “Rechtsgüter und neuartiger Deliktstypen”, p. 148 e ss., e ROXIN, “Zur neueren Entwicklung der Rechtsgutsdebatte”, p. 589 e s.

²⁵⁰⁴ WOHLERS, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts*, p. 305 e ss., e “Rechtsgutstheorie und Deliktsstruktur”, p. 18.

de lesão ou de perigo concreto com o bem jurídico para que se possa atribuir essa natureza às infracções, que se manifesta Wohlers²⁵⁰⁵. A sua visão é de que o denominador comum dos diferentes tipos penais reunidos nessa “massa amorfa”²⁵⁰⁶ que se usa agrupar sob a capa do conceito de crime de perigo abstracto é afinal a perigosidade geral imanente (“*immanente «generelle Gefährlichkeit»*”) aos comportamentos neles descritos e não propriamente a existência de um perigo abstracto para o bem jurídico²⁵⁰⁷. Por essa razão, prefere chamar-lhes *crimes de risco* ou de *perigosidade* em vez de crimes de perigo²⁵⁰⁸.

Atendendo a este critério da potencialidade de risco imanente, propõe uma recomposição da estrutura do facto punível que passe pela distinção de duas grandes categorias de delitos: de um lado os tipos penais que formados por comportamentos que ofendam interesses (bens jurídicos) de forma directa ou imediata; e de outro lado, os tipos penais que compreendam comportamentos que por si próprios não sejam suficientes para ofender imediatamente determinado interesse (bem jurídico)²⁵⁰⁹.

No *primeiro grupo* integram-se os tradicionais crimes de dano e de perigo concreto, mas se e apenas na medida em que se dirijam à protecção de interesses pessoais²⁵¹⁰. Os bens jurídicos individuais podem, em princípio, ser objecto de uma ofensa efectiva directa através da conduta de um só indivíduo e por isso quanto a eles não haverá nenhuma reserva em incluí-los na primeira categoria. Segundo Wohlers, coisa diferente sucede em relação aos bens jurídicos colectivos²⁵¹¹, que, como referimos anteriormente, tirando os casos excepcionais de mega-infracções, não são para ele susceptíveis de lesão imediata através de acções individuais isoladas. Como essas mega-infracções que caracterizam a lesão de bens jurídicos colectivos são em geral resultado

²⁵⁰⁵ WOHLERS, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts*, p. 305.

²⁵⁰⁶ WOHLERS, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts*, p. 306.

²⁵⁰⁷ Nesta direcção, já HIRSCH, Hans Joachim, “Gefahr und Gefährlichkeit”, p. 557 e ss., distinguindo também entre perigo concreto e perigosidade (concreta) de uma conduta e assim preconizando o abandono da antiga e equívoca contraposição entre perigo concreto e perigo abstracto e conseqüentemente da classificação “crimes de perigo concreto” vs. “crimes de perigo abstracto”: o perigo é o objecto dos crimes de perigo (concreto), correspondendo a um estado objectivo de perigo para um determinado bem (perigo em sentido próprio), ao passo que nos crimes de perigosidade (delitos de risco) a perigosidade (concreta) radica na própria conduta e deve ser aferida à luz do momento em que o agente actuou, independentemente da produção de um perigo como resultado dessa conduta.

²⁵⁰⁸ WOHLERS, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts*, p. 305 e s.

²⁵⁰⁹ WOHLERS, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts*, p. 307.

²⁵¹⁰ WOHLERS, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts*, p. 307 e s.

²⁵¹¹ Esta discriminação não deixa, porém, de ser um tanto ou quanto paradoxal no caso de Wohlers, atento o seu marcado cepticismo quanto à possibilidade de ser estabelecida uma distinção qualitativa entre bens jurídicos individuais e supra-individuais – cf. WOHLERS, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts*, p. 221 e s.

não da contribuição de uma só pessoa, mas sim da acumulação de um número elevado de contributos individuais, os tipos penais vinculados à tutela de bens jurídicos supra-individuais devem abarcar esse género de acções que, apesar de irrelevantes por si mesmas, possam ser consideradas como um contributo parcial de uma mega-infracção. Esta a razão pela qual os crimes que tutelam bens jurídicos colectivos são por ele incluídos na segunda categoria de delitos, formando a tipologia dos delitos cumulativos.

Esta *segunda categoria*, dos chamados *crimes de perigo abstracto como tipos de criação de risco*²⁵¹², abarca os tipos penais cujas condutas não possam determinar por si mesmas uma efectiva lesão dos interesses protegidos, estando a produção de um dano dependente da prática de um ulterior comportamento do próprio autor ou de outras pessoas (da vítima ou de um terceiro). Sob este pano de fundo, Wohlers distingue três subcategorias, em função do respectivo potencial de risco: os *delitos de perigosidade concreta*, os *delitos preparatórios* e os *delitos cumulativos*. Tendo estes últimos sido já largamente analisados supra, curaremos agora apenas da caracterização dos dois primeiros.

Os *delitos de perigosidade concreta* abrangem comportamentos caracterizados por uma perigosidade que já não é dominável pelo autor e que podem sem mais, sem necessidade de qualquer contributo adicional do agente, determinar um perigo concreto ou uma lesão do bem jurídico. A subcategoria do delito de perigosidade concreta tem o seu raio de aplicação limitada aos *bens jurídicos individuais* e é exemplificado com incriminações tradicionalmente qualificadas como paradigmáticas da categoria do crime de perigo abstracto, como a condução de veículo em estado de embriaguez²⁵¹³.

Os *crimes preparatórios* abrangem comportamentos com um potencial de risco radicado na possibilidade de o próprio autor desse facto ou de um terceiro se servirem dessa conduta para a materialização de propósitos criminosos – v. g., a detenção de armas ou de substâncias perigosas²⁵¹⁴. O que separa esta subcategoria da dos delitos cumulativos é a impossibilidade de os delitos preparatórios concorrerem como contributo (parcial) para a inflicção de um dano no bem jurídico, limitando-se a criar

²⁵¹² Cf. WOHLERS, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts*, p. 305, e HIRSCH, A. von / WOHLERS, “Rechtsgutstheorie und Deliktsstruktur...”, p. 198.

²⁵¹³ WOHLERS, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts*, pp. 309 e 311 e ss., e HIRSCH, A. von / WOHLERS, “Rechtsgutstheorie und Deliktsstruktur...”, pp. 199 e 211 e ss., na esteira de HIRSCH, Hans Joachim, “Gefahr und Gefährlichkeit”, p. 557 e s.

²⁵¹⁴ WOHLERS, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts*, pp. 310 e 328 e ss., e HIRSCH, A. von / WOHLERS, “Rechtsgutstheorie und Deliktsstruktur...”, pp. 198 e 200 e ss.

uma situação que pode ser facilitadora de finalidades delituosas. Não obstante, quando referidas a bens jurídicos colectivos, algumas incriminações possuem uma natureza mista, combinando elementos dos delitos preparatórios e dos delitos cumulativos, como sucede com vários crimes de falsificação de moeda e de documentos, já que só são susceptíveis de conduzir a uma lesão do bem jurídico colectivo na hipótese de ocorrência de um número relativamente elevado de casos traduzidos na prática tanto de factos preparatórios, como de factos subsequentes cometidos com base nestes²⁵¹⁵.

5. Identificados e densificados os critérios e quadros conceptuais que em nosso modo de ver se mostram adequados para o efeito, procuraremos agora explicitar e sistematizar aquelas que nos parecem ser várias das funções essenciais actualmente cometidas ao sistema contra-ordenacional.

A extensão inabarcável do direito de mera ordenação social português leva a que a resenha não pretenda ser mais do que tónica e se considere aberta à integração dos inúmeros exemplos adicionais que sempre poderiam acrescentar-se. Quando aliadas às conclusões a que chegámos acerca do dever estadual de protecção de bens jurídicos com referente constitucional, esta extraordinária amplitude e diversidade do nosso sistema contra-ordenacional é suficiente para aconselhar uma atitude descomprometida e despida de pré-compreensões sobre as concretas funções que o direito das contra-ordenações pode exercer e sobre o conteúdo da estrutura típica da infracção contra-ordenacional²⁵¹⁶.

Como fomos mostrando ao longo da nossa investigação, o direito contra-ordenacional foi-se instalando progressivamente naqueles domínios que na sua génese já se apontavam como tendo uma especial apetência para receberem um influxo contra-ordenacional, como os da economia nacional, saúde pública, habitação, cultura, ambiente, práticas restritivas da concorrência ou protecção dos consumidores²⁵¹⁷. O modo como tal sucedeu, a amplitude que conheceu e a severidade que assumiu eram,

²⁵¹⁵ WOHLERS, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts*, p. 342, e HIRSCH, A. von / WOHLERS, “Rechtsgutstheorie und Deliktsstruktur...”, p. 198. Mostrando-se concordante com esta classificação dos crimes preparatórios, mas manifestando reservas sobre a admissão de categorias híbridas, como aquela dos delitos mistos preparatórios e cumulativos, no âmbito de uma reconstrução das estruturas do delito punível, KUHLEN, “Rechtsgüter und neuartiger Deliktstypen”, pp. 150 e s. e 155 e s. Também ROXIN, “Zur neueren Entwicklung der Rechtsgutsdebatte”, p. 589 e s., parece expressar uma concordância de princípio com a modalidade dos crimes preparatórios.

²⁵¹⁶ Numa conclusão próxima quanto à estrutura dos factos penais e contra-ordenacionais, APPEL, Ivo, *Verfassung und Strafe*, p. 93.

²⁵¹⁷ Cf. os preâmbulos do Decreto-Lei n.º 232/279 e do Decreto-Lei n.º 433/82.

porém, inimagináveis aquando do seu aparecimento, pois uma sua clara antecipação careceria de uma antevisão do conteúdo e da amplitude da própria revolução económica e social do mundo ocidental em que esse movimento de ruptura contra-ordenacional se inscreveu. Mas deve além disso notar-se que o braço das contra-ordenações tem sido estendido a matérias tão diferenciadas e outrora tão insuspeitas de receberem uma tutela contra-ordenacional como o financiamento dos partidos políticos e das campanhas eleitorais²⁵¹⁸, a manutenção da ordem em assembleias políticas²⁵¹⁹, os touros de morte²⁵²⁰, a colheita e transfusão de sangue humano²⁵²¹, o consumo de estupefacientes²⁵²², os deveres dos encarregados de educação dos alunos do ensino básico e secundário²⁵²³, a prevenção do branqueamento de capitais e do financiamento do terrorismo²⁵²⁴, a discriminação no exercício de direitos por motivos raciais²⁵²⁵ ou em razão de deficiência²⁵²⁶, o assédio sexual no trabalho²⁵²⁷, *etc.*

Nos parágrafos seguintes procuraremos explicitar algumas das funções que, no nosso ponto de vista, são actualmente desempenhadas pelo sistema contra-ordenacional nacional. Concretamente, as funções de protecção da vida e da saúde e integridade física dos cidadãos, de protecção de outros bens jurídicos pessoais da esfera da personalidade, de protecção da parte mais frágil das relações económicas jurídico-privadas e de tutela do dever de colaboração dos particulares com a administração.

Tirando a última, as funções objecto de análise ligam-se essencialmente à tutela de bens jurídicos individuais. De fora da nossa selecção ficarão por isso outras funções de excepcional relevância assumidas pelo direito contra-ordenacional português, designadamente, as que se prendem com a tutela de bens jurídicos supra-individuais, responsáveis por uma parte bem significativa do nosso direito de mera ordenação social. Além da sua marcada expressão nos domínios económicos da concorrência, das actividades económico-financeiras da banca, bolsa e seguros e dos serviços de interesse económico geral, já objecto de uma atenção detida no âmbito do capítulo dedicado à

²⁵¹⁸ Lei n.º 19/2003, de 20/6.

²⁵¹⁹ Art. 84.º-4 da Lei n.º 169/99, de 18/9, que estabelece o quadro de competências e o regime jurídico de funcionamento dos órgãos dos municípios e das freguesias.

²⁵²⁰ Lei n.º 12-B//2000, de 8/7, e Decreto-Lei n.º 196/2000, de 23/8.

²⁵²¹ Decreto-Lei n.º 267/2007, de 24/7.

²⁵²² Lei n.º 30/2000, de 29/11.

²⁵²³ Arts. 44.º e 45.º da Lei n.º 51/2012, de 5/9.

²⁵²⁴ Lei n.º 25/2008, de 5/6

²⁵²⁵ Lei n.º 134/99, de 28/8.

²⁵²⁶ Lei n.º 46/2006, de 28/8.

²⁵²⁷ Art. 29.º, n.ºs 2 e 4, do CT.

ascensão do paradigma do Estado Garantidor, o direito contra-ordenacional tem tido desde sempre um campo privilegiado de acção em áreas cruciais do (e para o) Estado social como as dos impostos e da segurança social, do consumo, do urbanismo e do ordenamento do território e do ambiente. Tantas e tão diversificadas e extensas são estas áreas massivamente cobertas pelo direito das contra-ordenações que nenhum esforço dogmático solitário lograria um seu tratamento devidamente consistente e sistematizado.

Na impossibilidade de assim abarcar todas as múltiplas funções cumpridas pelo direito das contra-ordenações, a preferência recaiu sobre aquelas tarefas que em geral vêm sendo desconsideradas pela doutrina nacional, não beneficiando de uma análise sistematizada que permita percebê-las numa perspectiva global e integrada de cunho contra-ordenacional. Isso tem sucedido, não raro, em virtude de pré-compreensões infundadas de variada ordem sobre aquilo que o direito contra-ordenacional está ou não autorizado a fazer. A análise terá por isso ainda como propósito mostrar a sem-razão de alguns mitos que ainda hoje pairam sobre o direito das contra-ordenações português e que têm inclusive o condão de continuar a influenciar o tratamento doutrinal e jurisprudencial que lhe é reservado. Daí a ênfase que será dada às funções de tutela de bens jurídicos individuais, através da qual se visa romper definitivamente com alguns dogmas entranhados na experiência contra-ordenacional nacional. Como referimos anteriormente, por esta via procurar-se-á de igual modo testar o modelo de distinção qualitativo-quantitativo por nós proposto. Essa a razão pela qual tentaremos também identificar constelações contra-ordenacionais merecedoras de um juízo positivo de dignidade penal. Na generalidade dos casos será possível divisar categorias de contra-ordenações inequivocamente portadoras de dignidade penal. Dada a estrutura cumulativa que, regra geral, caracteriza os ilícitos-típicos que contendem com bens jurídicos colectivos, uma análise que se debruçasse ainda sobre a acção de tutela de bens jurídicos supra-individuais nos numerosos domínios que deixamos a descoberto permitiria seguramente alargar de modo significativo a base dos factos dignos de pena com estatuto contra-ordenacional.

§ 35.2 Protecção da vida e da integridade física e saúde

1. Uma das funções de maior relevo social asseguradas pelo direito das contra-ordenações é a da sua *intervenção em prol da protecção da vida e da integridade física e saúde das pessoas*²⁵²⁸, bens jurídicos correspondentes a direitos ditos *fundamentalíssimos*²⁵²⁹ da ordem axiológico-constitucional dos direitos fundamentais.

A fragmentariedade e a subsidiariedade que devem marcar a intervenção do direito penal desaconselham a sua chamada à acção ali onde quer que se verifique uma perigosidade geral imanente²⁵³⁰ para esses bens jurídicos. Ninguém ignora, porém, a miríade de perigos para a vida e integridade física das pessoas inerentes ao normal pulsar da vida contemporânea, toda ela composta por actividades sociais e económicas que apesar de inevitavelmente perigosas para aqueles bens jurídicos são tidas como socialmente irrenunciáveis. Ante esta realidade, mais do que inadmissível seria até inimaginável uma abstenção da actuação sancionatória do Estado para prevenção efectiva das infracções às regras que visam conter o exercício de actividades perigosas para a vida e integridade física dentro dos limites do risco permitido²⁵³¹ ou que procurem criar ou manter imperturbadas as condições necessárias para que tais actividades que aí se desenrolam sejam desenvolvidas dentro de um quadro que garanta níveis adequados de segurança. Neste contexto, uma protecção minimamente adequada e eficaz daqueles bens jusfundamentais – tutela que, recorde-se, o Estado está constitucionalmente obrigado a garantir – não pode em geral prescindir de uma intervenção sancionatória *imediatamente* dirigida à violação daquelas regras preventivas, mesmo que, portanto, dela não resulte qualquer lesão ou perigo concreto para a vida ou integridade física de quem quer que seja. Ora, aquilo que o direito positivo demonstra é que o Estado não só não tem descurado essa sua obrigação, como a tem extremado ao paroxismo.

A febre regulatória que com frequência acomete a actividade legislativa é induzida principalmente pelos actos legislativos de direito derivado da União Europeia. Instituídas a segurança e a garantia de um nível elevado de protecção da saúde humana

²⁵²⁸ Nesta direcção, ARZT, Gunther, “Der Besondere Teil des materiellen Strafrechts”, in: Roxin / Arzt / Tiedemann, *Einführung in das Strafrecht und Strafprozessrecht*, 5.ª ed., Heidelberg, C. F. Müller, 2006, p. 56 e s.

²⁵²⁹ ANDRADE, Vieira de, *Os Direitos Fundamentais*, p. 98.

²⁵³⁰ WOHLERS, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts*, p. 305.

²⁵³¹ ROXIN, *AT*, § 11, n.º m. 65 e ss., e DIAS, Figueiredo, *DP-PG, I*, 12.º Cap., § 22 e ss.

como desígnios fundamentais da União inscritos no seu direito primário aos mais variados propósitos, têm as instituições comunitárias procurado tecer uma finíssima malha regulatória destinada a acautelar todos os perigos possíveis e imaginários²⁵³² que representem uma ameaça mais ou menos próxima para a vida e saúde das pessoas ou até mesmo a precaver riscos em relação aos quais se desconhece ainda a sua concreta potencialidade nefasta para esses e outros bens jurídicos²⁵³³. Ali onde haja um domínio da vida social e económica do qual sejam indissociáveis actividades que comportem uma perigosidade para a vida e para a saúde das pessoas dificilmente deixaremos de encontrar na legislação comunitária um tal esforço de regulação exaustiva. A avalanche regulatória que aí se divisa repercute-se necessariamente no direito positivo nacional, que ora não faz mais do que prever um quadro sancionatório para a violação de prescrições constantes de regulamentos comunitários²⁵³⁴, ora tem um cariz um pouco mais conformador e define ele próprio todo o regime legal aplicável, muitas vezes porém numa transposição pouco menos que linear da legislação europeia. Neste ponto ocorrem imediatamente ao espírito os termos impressionantes que há já quase meio século eram empregues por Lang-Hinrichsen para caracterizar o uso dado à sanção contra-ordenacional. Se já nessa altura a coima era a “*Mädchen für alles*”²⁵³⁵, pois hoje, e para usar uma expressão mais portuguesa, continua ela a ser usada, agora também aqui pelo nosso legislador, como “pau para toda a colher”. Na verdade, salvo raras excepções, tem sido de natureza contra-ordenacional a disciplina sancionatória que o legislador nacional tem invariavelmente ligado a essa mole de prescrições de carácter preventivo dos mais

²⁵³² Para uma crítica pertinente à actuação das instituições europeias em matéria de protecção dos consumidores, NABAIS, Casalta J., “O estatuto constitucional dos consumidores”, p. 148, denunciando o seu “«paternalismo estadual», [que] acaba por tratar os consumidores como se de pessoas menores ou inabilitados se tratasse”.

²⁵³³ Cf. SOUSA, Susana Aires de, “Risco, precaução e responsabilidade penal no horizonte da incerteza”, in: Alves Correia et. al. (orgs.), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho, vol. I: Responsabilidade: entre Passado e Futuro*, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, p. 683 e ss.

²⁵³⁴ V. g., em matéria de higiene dos géneros alimentícios, o Decreto-Lei n.º 113/2006, de 12/6, limita-se praticamente só a estabelecer o regime sancionatório, no caso exclusivamente contra-ordenacional, aplicável às infracções às disposições do Regulamento (CE) n.º 852/2004 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29/4, *JO, L 211*, de 30-04-2004, aprovado com vista à efectivação dos famosos princípios HACCP (*Hazard Analysis and Critical Control Point*, em português: Análise dos Perigos e Controlo dos Pontos Críticos da cadeia de produção e de distribuição alimentar). Atente-se que logo no seu primeiro considerando proclama esse Regulamento (CE) n.º 852/2004 que “a procura de um elevado nível de protecção da *vida e da saúde humana* é um dos objectivos fundamentais da legislação alimentar [europeia]”.

²⁵³⁵ LANG-HINRICHSEN, “«Verbandsunrecht»”, p. 62.

variados ramos normativos que visam defender a vida e a saúde das pessoas dos perigos e riscos a que aí podem estar sujeitas.

A diversidade e vastidão dos domínios (v. g., medicamentos, alimentos, produtos perigosos ou defeituosos em geral, transportes, construção civil, ambiente, prestação do trabalho, *etc.*) de onde brotam essas regulações e a usual aspiração legislativa de que esses sectores sejam dotados de uma regulação tão abrangente e minuciosa quanto possível são dados estruturais a ter em conta. Designadamente, no sentido de que é inevitável que propiciem o surgimento de sobreposições normativas e dificultem uma articulação coerente e sistematizada dos programas de tutela sancionatória que em cada um dos sectores se tentem instituir. Não raro, aliás, será duvidoso que, dado o ingente e permanente fluxo regulatório provindo das instâncias comunitárias carecido de integração no ordenamento positivo nacional, haja sequer da parte do legislador português um esforço de coordenação do regime sancionatório a prever para esse acervo normativo com a legislação penal já existente, sobretudo a respeitante aos crimes de perigo dirigidos à protecção da vida e da integridade física e saúde tipificados no Código Penal e na legislação avulsa (v. g., o Decreto-Lei n.º 28/84)²⁵³⁶.

Em matérias como estas que contendem com a vida e a integridade física, deverá, aliás, contrariar-se uma tendência de que, por exemplo, em estudo acerca da protecção jurídico-penal do consumidor e a propósito dos crimes de perigo comum, Augusto Silva Dias faz eco, a de contrapor *a priori* os ilícitos penais e contra-ordenacionais em função do perigo para esses bens jurídicos, no sentido de que ao direito penal estaria por princípio reservada a intervenção não só nos casos da sua lesão e efectiva colocação em perigo, como ainda até de condutas portadoras de uma perigosidade concreta para eles²⁵³⁷. Tese que será mesmo de repudiar *in limine* quando

²⁵³⁶ Sobre este problema, em geral, DONINI, “La riforma della legislazione penale complementare”, p. 10.

²⁵³⁷ DIAS, Silva, “Entre «comes e bebes»”, *RPCC*, 4/1998, p. 586: “O recurso generalizado à técnica do perigo concreto tem ainda o inconveniente de gerar um aumento institucional de criminalidade, pois «força» o legislador, em busca da eficácia perdida, a criar leis penais complementares que antecipem a tutela penal para momentos anteriores ao perigo concreto para bens pessoais, quer através das técnicas do perigo abstracto-concreto e do perigo abstracto («Vorfeldschutztechnik»), quer da emergência de bens jurídicos prévios («Vorfeldschutzgüter»”. Dir-se-ia, contra o que pretendemos sugerir, que Silva Dias não deixa de fazer referência à eficácia de tutela como critério decisivo do chamamento do direito penal, num pensamento portanto que coincide substancialmente com o nosso. Não é essa, todavia, a conclusão induzida por uma perspectiva complexiva da obra de Silva Dias – considerando especialmente os seus estudos “Entre «comes e bebes»”, «*Delicta in Se*» e «*Delicta Mere Prohibita*» e, *Ramos Emergentes do Direito Penal*, a que nos vimos referindo ao longo da nossa investigação.

vá embrulhada num discurso que procure fazer passar a ideia que é esse o espírito imanente ao nosso sistema sancionatório. É que além de abertamente contrária à função constitucional do dever estadual de protecção de bens jusfundamentais, que proscree quaisquer apelos mais ou menos explícitos a um boicote ao recurso a meios de tutela contra-ordenacionais em certo tipo de casos, tal concepção não tem qualquer efectiva correspondência na lógica que, sob decisiva influência do direito europeu, o legislador nacional vem seguindo em todos os domínios referidos, incluindo os relativos à segurança dos produtos e à protecção dos consumidores. Pois o que ordenamento legal nos mostra é que o legislador tem enveredado sistematicamente pela via contra-ordenacional sempre que se depara com a necessidade de assegurar uma tutela preventiva da vida e da saúde e integridade física em relação a condutas que para eles apresentem um risco geral imanente, para tal tipificando contra-ordenações preparatórias ou de perigosidade concreta.

Esta *função contra-ordenacional de protecção da vida e da integridade física e saúde das pessoas*, bens jusfundamentais com óbvio relevo constitucional tanto no âmbito dos direitos, liberdades e garantias (arts. 24.º e 25.º da CRP), como no dos direitos sociais (v. g., arts. 59.º-1, c), 60.º-1 e 64.º da CRP), é exercida em numerosos sectores da vida colectiva, alguns deles de extraordinária relevância social. Colocando à cabeça a própria área da saúde, cumpre desde logo referir que o direito das contra-ordenações constitui o direito sancionatório de referência do sector farmacêutico²⁵³⁸ e de actividades tão sensíveis como a já referida colheita e transfusão de sangue humano²⁵³⁹ ou o tratamento de tecidos e células de origem humana²⁵⁴⁰. Representa,

Basta notar que quando assumiu as vestes de “legislador” no âmbito do Anteprojecto de Código do Consumidor, DIAS, Silva, “Linhas gerais do regime jurídico dos crimes contra interesses dos consumidores...”, p. 333, voltou a declarar-se “alinhado pela tese da diferenciação material entre crime e contra-ordenação” e talvez por isso, apesar da suas recorrentes proclamações em favor do respeito pela natureza subsidiária do direito penal, na sua “exposição de motivos” não haja dedicado uma palavra que fosse a esse critério fundamental da legitimação penal. Ficou aí inteiramente por explicar a razão pela qual o enorme acervo de contra-ordenações de perigo abstracto, de perigo abstracto-concreto ou de aptidão que no direito positivo português estão ao serviço da protecção antecipada da vida e da saúde dos consumidores – ou, eventualmente, como sustenta Silva Dias, de um bem jurídico supra- e/ou multi-individual como a “qualidade dos produtos assimiláveis pelo organismo humano” (p. 321) – são a tal ponto ineficazes que justificam não só o tipo legal de crime proposto no art. 428.º do Anteprojecto (Produção, distribuição ou comercialização de bens e serviços nocivos à saúde ou à segurança), construído como delito de aptidão ou de perigo abstracto-concreto para a saúde (p. 321), como ainda, e sobretudo, um crime como o da “Produção, distribuição ou comercialização de bens impróprios para consumo” insusceptíveis de lesar a saúde ou a segurança de outrem (art. 432.º do Anteprojecto).

²⁵³⁸ Cf., como exemplos mais significativos, o Estatuto do Medicamento (Decreto-Lei n.º 176/2006, de 30/8) e o regime relativo aos ensaios clínicos para uso humano (Lei n.º 46/2004, de 19/8)

²⁵³⁹ Decreto-Lei n.º 267/2007, de 24/7.

além disso, um sistema sancionatório fundamental para domínios como os da segurança alimentar²⁵⁴¹, da segurança dos produtos em geral²⁵⁴², do comércio de substâncias aditivas prejudiciais à saúde²⁵⁴³, da circulação rodoviária²⁵⁴⁴, da circulação aeronáutica civil²⁵⁴⁵, da segurança e saúde no trabalho²⁵⁴⁶, dos cuidados com animais perigosos²⁵⁴⁷ ou da caça²⁵⁴⁸.

2. Como é evidente, atenta a sua eminente relevância axiológico-constitucional e a ostensiva insuficiência das sanções contra-ordenacionais para garantir a sua cabal protecção em relação às *mais qualificadas* ofensas que lhes sejam dirigidas, por norma o legislador atribui relevância criminal à generalidade dos factos que atentem contra a vida ou contra a integridade física sob a forma de lesão ou de uma sua concreta colocação em perigo. Esta orientação, que em geral nos parece acertada, manifesta-se não só no Código Penal, no âmbito dos crimes contra as pessoas, dos crimes de perigo comum e dos crimes contra a segurança nas comunicações, como também na legislação extravagante, como se vê na Lei da Caça (art. 28.º) ou no Regime Jurídico do Combate à Violência nos Espectáculos Desportivos (Lei n.º 39/2009, de 30/7 – arts. 31.º e 34.º).

²⁵⁴⁰ Lei n.º 12/2009, de 26/3, que tem por objecto a dádiva, colheita, análise, processamento, preservação, armazenamento, distribuição e aplicação de células de origem humana destinados à utilização em seres humanos.

²⁵⁴¹ Cf. o Decreto-Lei n.º 113/2006, de 12/6, e o Regulamento (CE) n.º 852/2004 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29/4, e a numerosa legislação compilada disponível em www.asae.pt.

²⁵⁴² Cf., por tantos outros diplomas, recenseados em www.asae.pt, o Decreto-Lei n.º 69/2005, de 17/3, relativo à segurança geral dos produtos.

²⁵⁴³ Cf. o Decreto-Lei n.º 50/2013, de 16/4, relativo à venda de bebidas alcoólicas a menores, a pessoas notoriamente embriagadas e a pessoas que aparentem possuir anomalia psíquica; e ainda o Decreto-Lei n.º 54/2013, de 17/4, que, além do mais, proíbe contra-ordenacionalmente a produção, a detenção e a venda de novas substâncias psicoactivas, entendendo-se como tal substâncias que, entre outras características, “podem constituir uma ameaça para a saúde pública (...), com perigo para a vida ou para a saúde e integridade física, devido aos efeitos no sistema nervoso central, (...), podendo causar dependência e, em certos casos, produzir danos duradouros ou mesmo permanentes sobre a saúde dos consumidores”.

²⁵⁴⁴ Paradigmático, o Código da Estrada, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 44/2005.

²⁵⁴⁵ Decreto-Lei n.º 254/2003, de 18/10, que prevê os actos ilícitos em aeronaves civis; existindo mesmo, não sem exagero, parece-nos, um regime geral das contra-ordenações aeronáuticas civis (Decreto-Lei n.º 10/2004, de 9/1).

²⁵⁴⁶ Lei n.º 12/2009, de 10/9, e arts. 281.º e ss. do CT, os diplomas mais relevantes de um bloco normativo, o referente à segurança e saúde no trabalho, que, segundo ROUXINOL, Milena Silva, *A Obrigação de Segurança e Saúde do Empregador*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 39, se afirma “como o mais extenso e, porventura o mais complexo segmento da ordem jurídico-laboral”.

²⁵⁴⁷ Cf. o Decreto-Lei n.º 315/2009, de 29/10 (Regime jurídico de detenção de animais perigosos e potencialmente perigosos enquanto animais de companhia), que prevê uma disciplina sancionatória penal e contra-ordenacional orientada por um princípio comum, o de que “o detentor de animal perigoso ou potencialmente perigoso fica obrigado ao dever especial de o vigiar, de forma a *evitar que este ponha em risco a vida ou a integridade física de outras pessoas* e de outros animais” (art. 11.º); e ainda o Decreto-Lei n.º 314/2003, de 17/12.

²⁵⁴⁸ Cf. a Lei da Caça (Lei n.º 173/99, de 21/9) e ainda o Decreto-Lei n.º 202/2004, de 18/8.

Pontualmente, porém, tem o legislador nacional divergido desta tendência e tipificado como contra-ordenação condutas violadoras de regras de segurança das quais resulte *perigo para a vida* ou para a *integridade física*. Casos em que os *ilícitos contra-ordenacionais* são de qualificar como *infracções de perigo concreto* para tais bens jurídicos. É o que resulta do art. 68.º-2, *a*), do Decreto-Lei n.º 276/2001 (Aplicação da Convenção Europeia para a Protecção dos Animais de Companhia), que qualifica como contra-ordenação a violação dos deveres especiais de cuidado a cargo de detentores de animais que *crie perigo para a vida ou integridade física de outrem*; do art. 29.º-4, *n*), do Decreto-Lei n.º 267/2007, diploma que define o regime jurídico da qualidade e segurança do sangue humano e dos componentes sanguíneos e que naquele preceito confere relevo contra-ordenacional às “infracções que afectem a qualidade e segurança do sangue e dos componentes sanguíneos, e daí tenha resultado *perigo grave ou dano para a saúde individual ou pública*”; e do art. 27.º-4, *t*), da Lei n.º 12/2009 (Regime Jurídico da Qualidade e Segurança Relativa ao Tratamento de Tecidos e Células de Origem Humana), de acordo com o qual constituem contra-ordenação “as infracções que afectem a qualidade e segurança dos tecidos e células e daí tenha resultado *perigo grave ou dano para a saúde individual ou pública*”.

Estas duas últimas infracções contra-ordenacionais (art. 29.º-4, *n*), do Decreto-Lei n.º 267/2007, e art. 27.º-4, *t*), da Lei n.º 12/2009) podem ainda ver-se como *contra-ordenações de dano para a integridade física*, designadamente, na parte em que qualificam como contra-ordenação a violação das regras de cuidado impostas para protecção da qualidade e segurança do sangue e dos componentes sanguíneos ou dos tecidos e células que determinem um dano para a saúde individual.

Deparamos de novo com um *ilícito contra-ordenacional de lesão da integridade física* no art. 38.º-1, *r*), do Decreto-Lei n.º 315/2009, de 29/10 (Regime jurídico da criação, reprodução e detenção de animais de companhia perigosos), que confere estatuto contra-ordenacional a uma *lesão* da integridade física negligente consubstanciada na “não observância de deveres de cuidado ou vigilância que der azo a que um animal *ofenda o corpo ou a saúde* de outra pessoa *causando-lhe ofensas à integridade física* que não sejam consideradas graves”. A infracção tem natureza especial em relação ao tipo legal de crime de ofensa à integridade física simples negligente previsto no art. 148.º-1 do CP; do mesmo modo, aliás, que as demais ofensas à integridade física tipificadas como crime no Decreto-Lei n.º 315/2009 (dolosas, art.

32.º, n.ºs 1 e 2; e negligentes com ofensa grave da integridade física, art. 33.º) constituem lei especial perante os crimes correspondentes constantes do Código Penal (arts. 143.º-1, 144.º e 148.º-3, respectivamente). Por isso que, atenta tal relação de especialidade em sede de unidade de norma²⁵⁴⁹, essa contra-ordenação inscrita no art. 38.º-1, *r*), do Decreto-Lei n.º 315/2009 parece prevalecer sobre aquele ilícito penal geral de ofensa à integridade física negligente quando esteja em causa uma lesão *não considerada grave*²⁵⁵⁰ desse bem jurídico provocada por um animal perigoso ou potencialmente perigoso possibilitada pela não observância de deveres de cuidado ou vigilância legalmente impostos²⁵⁵¹.

Abstraindo das dúvidas que estes regimes legais suscitam no plano da sua conformidade constitucional orgânica²⁵⁵² e dos eventuais problemas de concurso de infracções com normas penais com um âmbito de aplicação (parcialmente) coincidente²⁵⁵³, dão eles a perceber que os nossos órgãos legislativos contam com o direito contra-ordenacional como ordem sancionatória susceptível de intervir para

²⁵⁴⁹ DIAS, Figueiredo, ²*DP-PG, I*, 42.º Cap., § 5 e ss.

²⁵⁵⁰ As lesões cobertas pelo tipo contra-ordenacional não se limitam, assim, às ofensas insignificantes ou puramente bagatelares à integridade física, parecendo integrar ainda os danos corporais que não devam considerar-se graves à luz do art. 144.º do CP, já que será este igualmente o parâmetro de gravidade a que, em princípio, deverá apelar-se na exegese dos arts. 32.º-2 e 33.º do Decreto-Lei n.º 315/2009. O caso apreciado pelo Ac. do TRE de 05-06-2012 é bem ilustrativo disto mesmo: “surge a correr na sua direcção [da ofendida] o mencionado «Pit Bull», que se lançou sobre a mesma, derrubando-a, após o que permaneceu cerca de 10 minutos em cima da ofendida FG, que estava caída no solo. (...) Em consequência da situação descrita sofreu FG as lesões descritas no Auto de Exame (...) e na documentação clínica (...), que lhe determinaram como consequência directa, necessária e adequada 2 dias de doença”.

²⁵⁵¹ Nesta direcção, o Ac. do TRE de 05-06-2012 inclinando-se para a inaplicabilidade do art. 148.º do CP nestas constelações. Contra, FERNANDES, Plácido Conde, *in*: Pinto de Albuquerque / José Branco, *Comentário das Leis Penais Extravagantes*, I, Lisboa, Univ. Católica Editora, 2010, p. 318.

²⁵⁵² Ao terem levado à factualidade típica dos tipos contra-ordenacionais dos seus arts. 68.º-2, *a*), e 29.º-4, *n*), a criação de um perigo para a vida ou para a integridade física de outrem e a inflicção de um dano para a saúde individual, os Decretos-Leis n.º 276/2001 e n.º 267/2007, parecem legislar sobre matéria atinente a direitos, liberdades e garantias (nesta direcção, numa questão paralela, cf. o Ac. do TC n.º 423/2008), sem todavia disporem de prévia autorização legislativa, o que pode representar violação do art. 165.º-1, *b*), da CRP.

O mesmo poderá equacionar-se em relação ao art. 38.º-1, *r*), do Decreto-Lei n.º 315/2009. Tendo embora este Decreto-Lei beneficiado de autorização parlamentar (Lei n.º 82/2009, de 21/8) não parece que o conteúdo desta tenha sido suficiente para conferir ao Governo uma credencial para tipificar como contra-ordenação o facto descrito naquele art. 38.º-1, *r*). Assim, não será aí de excluir a existência de uma inconstitucionalidade orgânica por contrariedade não só à alínea *b*) do n.º 1 do art. 165.º da CRP, como igualmente à alínea *c*), na medida em que possa entender-se que esta contra-ordenação restringiu a factualidade típica do crime de ofensa à integridade física negligente previsto no art. 148.º-1 do CP e de que também por isso careceria de prévia autorização da Assembleia da República.

²⁵⁵³ Além do assinalado conflito entre o art. 38.º-1, *r*), do Decreto-Lei n.º 315/2009, e o art. 148.º-1 do CP, não são líquidas as relações que poderão porventura estabelecer-se entre as contra-ordenações tipificadas pelos arts. 29.º-4, *n*), do Decreto-Lei n.º 267/2007, e 27.º-4, *t*), da Lei n.º 12/2009, e os vários crimes que no CP se reportam à lesão da integridade física e ainda o crime de perigo de corrupção de substâncias medicinais constante do seu art. 282.º-1, *a*).

directa e imediata protecção da vida, em caso da sua concreta colocação em perigo²⁵⁵⁴, e da integridade física, não só em relação à sua exposição a um perigo concreto²⁵⁵⁵, como até à sua lesão²⁵⁵⁶. Contra-ordenações, pois, que integram factos com uma dignidade penal que nos parece notória. E se em vários desses casos pode questionar-se se se tratou mesmo de opções contra-ordenacionais intencionalmente adoptadas pelo legislador ou se essas normas não são mais do que meros “acidentes” que são fruto de uma transposição legislativa descuidada e acrítica de convenções internacionais ou de directivas comunitárias, uma contra-ordenação há, porém, em que é nítida a existência de uma consciente e deliberada tomada de posição legislativa.

Temos em mente a ofensa à integridade física negligente não considerada grave provocada por animal perigoso ou potencialmente perigoso constante do referido art. 38.º-1, r), do Decreto-Lei n.º 315/2009. Tendo esta contra-ordenação sido criada no mesmo instrumento legislativo em que se tipificou como crime um facto composto por uma conduta típica com o mesmo exacto conteúdo e que só se distingue do facto contra-ordenacional em função da gravidade do resultado típico (cf. art. 33.º), parece-nos indubitável que o Governo quis mesmo ali consagrar uma solução contra-ordenacional. O diploma passou entretanto pela esfera da Assembleia da República, que o alterou consideravelmente, mas deixou intocada a contra-ordenação inscrita no art. 38.º-1, r) (cf. Lei n.º 46/2013, de 4/7). Posto que obviamente discutível no plano político-criminal, parece-nos temerário concluir aqui imediatamente e sem mais por uma inconstitucionalidade material com base num constitucionalmente inadmissível défice de protecção da integridade física só porque o facto em questão deixou de ser crime e passou a ser contra-ordenação. Além do mais, em ordem a prevenir uma conclusão assim precipitada, importa levar em devida consideração a ampla rede protectora penal que continua a envolver este bem jusfundamental, que cobre as ofensas *graves* que neste mesmo contexto sejam *negligentemente* infligidas à vítima, a permanência da contra-ordenação ao fim de vários anos de vigência do regime e a sua sobrevivência ao crivo de uma revisão levada a cabo pela Assembleia da República, que teve em conta e foi determinada essencialmente pela necessidade de reforçar a efectividade de tutela do

²⁵⁵⁴ Art. 68.º-2, a), do Decreto-Lei n.º 276/2001.

²⁵⁵⁵ Arts. 68.º-2, a), do Decreto-Lei n.º 276/2001, 29.º-4, n), do Decreto-Lei n.º 267/2007, e 27.º-4, t), da Lei n.º 12/2009.

²⁵⁵⁶ Arts. 29.º-4, n), do Decreto-Lei n.º 267/2007, 27.º-4, t), da Lei n.º 12/2009, e 38.º-1, r), do Decreto-Lei n.º 315/2009.

regime até aí em vigor²⁵⁵⁷. Se *em todos* os domínios normativos deve ser reconhecida ao legislador ordinário uma ampla margem de liberdade na conformação do respectivo regime sancionatório, parece-nos que só uma detida e profunda análise de todos os dados da questão, incluindo elementos estatísticos pertinentes, que aponte para um crasso erro de avaliação legislativa poderá conduzir a um tal desfecho de inconstitucionalidade material. Seja como for, a contra-ordenação de espécie possui um eminente significado simbólico, pois representa o exemplo acabado da disponibilidade do legislador português para lançar mão do direito contra-ordenacional numa constelação fáctica com indisputável dignidade penal por atentar directa e imediatamente contra um bem jusfundamental de primeira geração como é a integridade física.

3. Este carácter de excepcionalidade que pode apontar-se às contra-ordenações dirigidas à protecção da vida e/ou da integridade física frente à sua lesão ou concreta colocação em perigo indicia todavia que não é nestas vertentes que o direito contra-ordenacional exerce o essencial da sua função de tutela desses bens jurídicos. Onde esse papel assume uma significativa expressão, quer quantitativa, quer qualitativa, é na já explicitada faceta dos comportamentos aos quais é imanente uma perigosidade geral para tais bens jurídicos. Desengane-se quem, com o propósito de desvalorizar o relevo desta missão no contexto global das funções abarcadas pelo direito contra-ordenacional, procure inculcar a ideia de que se trata de uma missão socialmente menor ou despicienda. Como sugerem as observações de Günther Arzt acerca da importância do direito contra-ordenacional na prevenção da sinistralidade estradal²⁵⁵⁸, uma perspectiva sancionatória de espectro global que se debruce sobre os comportamentos ilícitos que atentam ou representam uma ameaça para a vida e integridade física das pessoas não pode nunca perder de vista que a esmagadora maioria das mortes e ofensas corporais graves imputáveis a terceiros não resulta de comportamentos dolosos, mas de condutas descuidadas levadas a cabo no contexto de actividades perigosas. As estatísticas da sinistralidade rodoviária e dos acidentes laborais estão aí anualmente para comprová-lo²⁵⁵⁹. Seria errado desvalorizar a importância da intervenção penal na prevenção destes

²⁵⁵⁷ Cf. a Proposta de Lei n.º 135/XII e a respectiva discussão parlamentar (*DAR-I Série*, n.º 77, sessão de 12-04-2013, p. 25 e ss.).

²⁵⁵⁸ ARZT, Gunther, “Der Besondere Teil des materiellen Strafrechts”, p. 56 e s.

²⁵⁵⁹ ROXIN, *AT*, § 11, n.º m. 66.

fenómenos, mas não menos equivocada seria a pretensão de caracterizar a extensa e apertada rede sancionatória contra-ordenacional que aí foi lançada pelo legislador como uma teia normativa de pura ordenação axiologicamente indiferente. Quando se proíbe sob ameaça de coima a circulação em contramão numa auto-estrada, a atribuição a uma trabalhadora grávida de qualquer actividade em que possa estar em contacto com o vírus da rubéola, a venda de bebidas alcoólicas ou espirituosas a menores, a disponibilização de sangue humano para transfusão sem prévia despistagem do vírus HIV, a não colocação de grelhas de protecção nas piscinas de parques aquáticos²⁵⁶⁰, a participação em actividades de caça sob o efeito do álcool, a circulação de animais perigosos pela via pública sem açaímo, o veraneio na base de uma arriba de uma praia que ameaça derrocada, *etc.*, é da protecção da vida e da integridade física e saúde das pessoas que se está a falar. Não de uma qualquer anódina ordenação de cariz administrativo de comportamentos que por puras razões de conveniência para uma tanto quanto possível imperturbada convivência social deva ser estabelecida; mas da vida e da integridade física das pessoas de carne e osso que possam sofrer na pele os efeitos dessas actividades perigosas.

Por ser assim, situamo-nos aqui numa área onde será especialmente difícil discernir a linha de separação que, no modelo misto qualitativo-quantitativo que adoptamos, divide as condutas contra-ordenacionalmente relevantes portadoras ou não de dignidade penal.

3.1 Nessa ponderação, julgamos ser conveniente atentar nos delitos de perigosidade concreta que permeiam o nosso sistema penal nos contextos normativos a que neste parágrafo nos temos referido. Pese embora as correntes objecções à legitimidade material dos crimes de perigo abstracto, não é em relação a condutas manifestamente perigosas para a vida e integridade física essencial das pessoas que elas se fazem

²⁵⁶⁰ Este exemplo inspira-se obviamente no conhecido caso Aquaparque, um parque aquático onde, em dois dias diferentes do mês de Julho de 1993, morreram duas crianças por terem sido sugadas pelo sistema de aspiração e circulação da água (cf. AMARAL, Freitas do / MEDEIROS, Rui, “Responsabilidade civil do Estado por omissão de medidas legislativas – o caso Aquaparque”, *passim*). Segundo se provou, uma das mortes poderia ter sido evitada se a grelha protectora se encontrasse devidamente fixada e o Estado português foi civilmente responsabilizado por não dispor de legislação que acautelasse eficazmente o perigo que propiciou a morte do menor (ANDRADE, Vieira de, “Os direitos dos consumidores como direitos fundamentais...”, p. 155, nota 13). Sintomaticamente, o Decreto-Regulamentar n.º 5/97, de 31/3 (Regulamento das Condições Técnicas e de Segurança dos Recintos com Diversões Aquáticas), veio qualificar como contra-ordenação a inexistência das grelhas de protecção ou a falta das características regulamentares das mesmas, a par de muitas outras ligadas à violação de exigências de segurança impostas pelo diploma.

especialmente sentir, pelo menos no plano inicial da própria legitimidade material da incriminação. Tendo tais delitos passado sempre incólumes pelo crivo da nossa jurisprudência constitucional²⁵⁶¹ e do juízo crítico da nossa doutrina penal mais credenciada²⁵⁶², deverá em geral poder supor-se a sua dignidade penal. E quando assim seja poderão tais crimes de perigosidade concreta representar um padrão de aferição da dignidade penal de contra-ordenações que com eles guardem algum tipo de afinidade material. Poder-se-ia contrapor que se, apesar dessa afinidade, o legislador não conferiu estatuto penal aos factos em causa, bem poderá admitir-se que tal se ficou a dever a um valoração legislativa de ausência de dignidade penal. Mas isso seria desconhecer e desconsiderar o papel decisivo que exactamente neste tipo de infracções é jogado pelo princípio da necessidade de pena²⁵⁶³.

Tendo em conta tal parâmetro comparativo, cremos ser razoável admitir que em regra estaremos diante de contra-ordenações portadoras de dignidade penal quando a estrutura dos factos que as compõem se consubstancie numa conduta típica à qual seja imanente uma imediata perigosidade concreta para a vida e integridade física essencial de uma certa pessoa ou de um conjunto indeterminado de pessoas. Referimo-nos a condutas dotadas de uma perigosidade tal que *escape já ao domínio do agente* e que possam *sem mais e por si sós*, isto é, sem nenhum contributo adicional do agente ou de terceiros, materializar-se na *morte* de uma pessoa ou numa lesão *grave* da sua integridade física²⁵⁶⁴.

O critério ora sustentado permitirá suportar um juízo afirmativo de dignidade penal numa parte das contra-ordenações graves e muito graves tipificadas pelo Código da Estrada (arts. 145.º e 146.º) no âmbito da *circulação rodoviária*²⁵⁶⁵. Apelando à mediação de um tipo penal de perigosidade concreta materialmente próximo dessas infracções contra-ordenacionais, o previsto no n.º 2 do art. 291.º do CP, ao menos naqueles casos em que a própria lei estradal qualifica tais infracções como muito graves haverá base para apontar dignidade penal à violação contra-ordenacional de regras da

²⁵⁶¹ ANTUNES, Maria João, “A Constituição e os princípios penais”, p. 12 e ss.

²⁵⁶² Cf., v. g., COSTA, Faria, *O Perigo em Direito Penal*, p. 620 e ss., e DIAS, Figueiredo, *2 DP-PG, I*, 11.º Cap., § 45 e s.

²⁵⁶³ Cf. ANTUNES, Maria João, “A Constituição e os princípios penais”, p. 12.

²⁵⁶⁴ Continuamos a seguir a categorização de WOHLERS, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts*, pp. 309 e 311 e ss., transpondo-a e adaptando-a ao nosso contexto.

²⁵⁶⁵ Bem mais longe vai mesmo ROXIN, “El concepto de bien jurídico...”, p. 12 e s., que chega a admitir a criminalização, ainda que só mediante previsão de uma pena de multa limitada, da circulação num automóvel sem cinto de segurança ou num motociclo sem capacete.

circulação rodoviária relativas à prioridade, à obrigação de parar, à ultrapassagem, à mudança de direcção, à passagem de peões, à inversão do sentido de marcha em auto-estradas ou em estradas fora de povoações, à marcha atrás em auto-estradas ou em estradas fora de povoações, ao limite de velocidade ou à obrigatoriedade de circular na faixa de rodagem da direita (cf. art. 291.º-1, *b*), do CP, *ex vi* art. 291.º-2)²⁵⁶⁶. De acordo com o art. 291.º-2 do CP, a consumação de qualquer uma destas infracções pode determinar a responsabilidade criminal do condutor se verificada no âmbito de actividades não autorizadas de natureza desportiva ou análoga. Não se duvida que esse tipo de actividades de corridas ou de apostas na estrada é de molde a potenciar uma condução perigosa e a intensificar a perigosidade do desrespeito pelas regras estradais afectas à protecção da vida e da integridade física das pessoas, o que não deixará de pesar na avaliação da dignidade penal do facto tipificado no n.º 2 do art. 291.º do CP. Mas também dificilmente poderá contrariar-se a ideia de que o mesmíssimo desrespeito por tais regras nas mesmas exactas circunstâncias de tempo e de lugar em que incorra um condutor que não se encontra a participar numa actividade não autorizada de cariz desportivo ou análogo oferece a mesmíssima perigosidade para tais bens jurídicos que fundamenta a responsabilização criminal nos termos do art. 291.º-2 do CP. E todavia, tal condutor incorrerá apenas em responsabilidade contra-ordenacional. Contraste que sugere fortemente um reconhecimento de dignidade penal nas contra-ordenações muito graves que se consubstanciem na violação das regras estradais enunciadas pelo art. 291.º-1, *b*), do CP. Uma conclusão que de modo algum pode ser interpretada a favor do seu ingresso no seio penal, atento o princípio da subsidiariedade penal.

Recorrendo de novo ao critério enunciado, a dignidade penal será de afirmar no âmbito da *segurança alimentar* e da *segurança dos produtos em geral* em relação aos factos com natureza legal contra-ordenacional em que vá envolvida uma perigosidade concreta com os contornos que assinalámos. Será o caso, por exemplo, entre tantos outros, no regime contra-ordenacional relativo à segurança dos brinquedos (Decreto-Lei n.º 43/2011, de 24/3), de constelações contra-ordenacionais com uma perigosidade típica bem marcada, como as que proíbem que os brinquedos e seus componentes apresentem qualquer risco de estrangulamento ou risco de asfixia resultante da interrupção do fluxo do ar, ou a que impõe que os brinquedos concebidos para emitir

²⁵⁶⁶ Sobre todas estas regras estradais, desenvolvidamente, VIEIRA, Francisco Marques, *Direito Penal Rodoviário*, p. 125 e ss.

som sejam projectados e fabricados de modo a que os sons que emitam não danifiquem a capacidade auditiva das crianças (cf. o Anexo II, conjugado com os arts. 13.º-1, *b*), e 36.º-2, *b*)). Como será ainda, em matéria de qualidade da água destinada ao consumo humano, regulada pelo Decreto-Lei n.º 306/2007, de 27/8, a omissão não autorizada de uma processo de desinfecção da água (art. 9.º-2), destinado naturalmente a garantir que a água distribuída pelas redes públicas de fornecimento de água potável seja salubre, limpa e desejavelmente equilibrada, designadamente que não contenha nenhum microrganismo, parasita ou substância em quantidade ou concentração que possa constituir um perigo potencial para a saúde humana (art. 8.º-2, *a*), do Decreto-Lei n.º 306/2007).

A dignidade penal deverá, porém, ser negada naquelas contra-ordenações que contendendo embora com a saúde das pessoas digam respeito a condutas cuja ofensividade para o estado de completo bem-estar físico e psíquico das potenciais vítimas é de tal modo reduzida *per se* que estão longe de poder participar do juízo de materialidade axiológico-constitucional imanente à ideia de dignidade penal. O fumo de um cigarro num estabelecimento de restauração aberto ao público onde é proibido fumar é representativo desta nossa perspectiva, constituindo exemplificação concludente de um facto que, apesar de afectar a saúde de terceiros, tem uma potencialidade danosa tão insignificante que o torna materialmente distinto dos factos penais, por clara ausência de dignidade penal.

3.2 Estamos em crer que a dignidade penal volta a faltar, em via de princípio, nas infracções que, não obstante dirigidas ainda à prevenção do perigo para a vida e integridade física das pessoas, correspondem a *contra-ordenações meramente preparatórias*. Na linha da classificação dos delitos preparatórios de Wohlers, temos em vista aqueles tipos-de-ilícito traduzidos no não cumprimento de regras de cuidado e de segurança cujo desvalor se liga a finalidades de implementação de condições para que as pessoas possam mover-se num dado sector do tráfico num quadro de segurança tido como socialmente aceitável ou de evitação da perturbação dessas mesmas condições. Nestes casos, a conduta *qua tale* não é perigosa, mas propicia o surgimento de situações que, elas sim, encerram já um perigo para a vida ou integridade física de terceiros. Por exemplo, se a proibição contra-ordenacional do fumo de tabaco se funda no seu efeito

prejudicial, ainda que insignificante, para a saúde dos fumadores passivos²⁵⁶⁷; já o mesmo não se poderá dizer da não instalação de um sistema adequado para a extracção do ar num estabelecimento de restauração onde se dá aos utentes liberdade de fumar, também ela qualificada como contra-ordenação²⁵⁶⁸. Por si só, essa omissão não acarreta nenhum perigo imediato para a saúde de quem quer que seja. Se o equipamento não estiver instalado ou for deixado desligado, mas também ninguém fumar, o perigo é nulo. Sucede que a ausência do equipamento não permite evitar ou minorar a situação de perigo se, como será normal, ante o dístico azul que assinala a permissão de fumar, os frequentadores do espaço fumarem nesse local. Ora, é este perigo tão-só mediato, mas de forma alguma irrelevante, que em nosso modo de ver dá sentido material à intervenção contra-ordenacional. A considerável distância que, de todo o modo, nestas constelações separa a conduta tipificada de uma possível lesão ou criação de um perigo concreto para a vida ou a integridade física de alguém parece-nos dever levar a que, por norma, não deva ser afirmada a dignidade penal de factos deste jaez.

Casos haverá, por certo, no entanto, em que a regra de cuidado será de tal modo relevante para garantir níveis mínimos essenciais de segurança para a protecção da vida e da integridade física que a sua quebra deterá um significado material equivalente ao das condutas em si mesmas concretamente perigosas para esses bens jurídicos. Quando assim seja, pensamos que se justifica reconhecer-lhes dignidade penal²⁵⁶⁹. É esta estrutura típica preparatória que, por exemplo, nos parece poder divisar-se na contra-ordenação muito grave prevista no art. 25.º-4 do Decreto-Lei n.º 273/2003, de 29/10, correspondente à “violação do Regulamento de Segurança no Trabalho da Construção Civil, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 41.821, de 11 de Agosto de 1958, *se a mesma provocar risco de queda em altura, de esmagamento ou de soterramento de trabalhadores*”. Se o que nessa violação estiver em causa for uma desconformidade em relação aos padrões de segurança legalmente prescritos para a instalação de andaimes, plataformas, passadiços ou escadas, de estruturas de contenção, de máquinas e equipamentos, *etc.*, que por si só seja já idónea a que os trabalhadores fiquem expostos a um perigo de queda em altura, esmagamento ou soterramento, a negação da sua dignidade penal afigurar-se-nos-ia incompreensível. Com efeito, se, como bem adverte

²⁵⁶⁷ Em termos similares, reconhecendo uma ligação desta legislação a um fim de protecção do bem jurídico integridade física, cf. o Ac. do TC n.º 423/2008.

²⁵⁶⁸ Cf. arts. 5.º e 25.º-1, c), da Lei n.º 37/2007, de 14/8.

²⁵⁶⁹ Cf., v. g., no domínio penal, o art. 288.º-1, a), do CP.

Paula Ribeiro de Faria, na infracção deste tipo de regras de segurança “não se deve perder de vista que o dano a ocorrer poderá assumir proporções não raro catastróficas, residindo nessa ameaça muitas das vezes a verdadeira razão para a simples punição do perigo”²⁵⁷⁰, seria um farisaísmo recusar a dignidade penal só porque o facto não chegou a penetrar nas áreas típicas dos arts. 152.º-B, n.ºs 1 e 2, e 277.º, n.º 1, a) ou b), do CP, por não ter compreendido a criação de um perigo concreto para a vida ou para a integridade física de alguém²⁵⁷¹, e se ficou por um estádio contra-ordenacional.

4. As considerações e tomadas de posição que exprimimos acerca das contra-ordenações de perigo abstracto, sob a forma de tipos de perigosidade concreta e de tipos preparatórios, têm assentado no pressuposto de que os ilícitos contra-ordenacionais em apreço se encontram afectos à protecção dos bens jurídicos vida e integridade física das pessoas. São estes mesmos bens jurídicos individuais jusfundamentais que na nossa perspectiva devem ser erigidos a referentes da criminalização e da tipificação de contra-ordenações, bem como da compreensão dogmática do seu conteúdo típico, independentemente do domínio social ou do sector de actividade onde avulte a infracção e mesmo quando a ofensa, de dano ou de perigo, não vise atingir ninguém em particular, podendo por isso caracterizar-se como difusa ou multi-individual. Ainda aí, com efeito, não deixa de ser a vida e a saúde de cada uma das concretas pessoas que se encontram sob a ameaça do facto perigoso que nutre a ilicitude penal ou contra-ordenacional de desvalor material. Não quer isto dizer que nos planos da conformação da estrutura típica da infracção, da sua integração sistemática, das suas relações normativas com os demais ilícitos-típicos que desempenham função materialmente análoga ou da definição do regime processual que lhe deva caber se não deva atender às especificidades colocadas pelo seu carácter difuso, pela sua perigosidade comum, pela natureza das relações humanas que tipicamente se estabelecem no âmbito social e normativo em que se integra, pela configuração das estruturas organizacionais e funcionais em regra características dos potenciais agentes das infracções, pelas particulares exigências preventivas que aí se suscitem, *etc.* Tudo isto pode e deve ser atendido. E pode sê-lo sem que haja necessidade de criar bens jurídicos supra-

²⁵⁷⁰ FARIA, Paula Ribeiro de, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, II, Art. 277.º, § 1.

²⁵⁷¹ Para uma consideração destes tipos legais como crimes de perigo concreto, CARVALHO, A. Taipa de, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, I, Art. 152.º-B, § 4, FARIA, Paula Ribeiro de, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, II, Art. 277.º, § 1, e ALBUQUERQUE, Pinto de, *CP*, Arts. 152.-B e 277.º

individuais puramente artificiais que encubram a finalidade precípua de tutela da vida e da integridade física e saúde a que as infracções penais e contra-ordenacionais aí aspiram. Sem que, no fundo, se adopte uma estranha metodologia camaleónica de mudar o bem jurídico supra-individual que toma o posto desses bens jurídicos pessoais de cada vez que se muda de lugar onde eles podem ser postos em perigo.

Se do que fundamentalmente se trata é de proteger a vida e a integridade pessoal do sujeito-massa²⁵⁷² enquanto indivíduo que circula na via pública, enquanto consumidor ou enquanto trabalhador, não nos parece haver razão para que umas vezes se estabeleça como objecto de protecção a segurança na circulação rodoviária, noutras a saúde e segurança públicas e noutras ainda a saúde e segurança no trabalho. Se esse mesmo indivíduo for atropelado e morrer ou ficar gravemente ferido; se tomar um medicamento contaminado na produção com uma substância tóxica e morrer ou ficar gravemente doente; ou se cair de um andaime por falta de uma guarda de protecção e morrer ou ficar paraplégico ninguém porá em causa que os bens jurídicos afectados foram a vida ou integridade física, mesmo que a vítima possa ser vista como um cidadão-massa que teve um azar que poderia ter tocado a qualquer outra pessoa. Em cada um desses casos a imputação criminal pressuporá, em princípio, a violação de uma regra de cuidado que, por si só, independentemente de qualquer consequência adicional, já possui relevo contra-ordenacional. Ora, é precisamente o facto de o *fim de protecção dessas normas* de cuidado corresponder *prima facie* à tutela da vida e da integridade física que em cada caso pode o seu desrespeito representar o supedâneo imprescindível à imputação do resultado típico à conduta ilicitamente perigosa, em sede de homicídio ou de ofensa à integridade física²⁵⁷³. Pois, na fórmula lapidar de Figueiredo Dias, “para que a conexão de risco possa dizer-se estabelecida em termos de fundar a imputação do resultado à acção torna-se (...) necessário que o perigo que se concretizou no resultado seja um daqueles *em vista dos quais a acção foi proibida*, quer dizer, seja um daqueles que corresponde ao *fim de protecção da norma de cuidado*”²⁵⁷⁴. Deste modo, nos casos apontados, fosse a teleologia das regras de cuidado outra que não a protecção da vida e da integridade física e não se compreenderia a que título deveriam ser chamadas ao juízo de imputação penal da lesão ou concreta colocação em perigo de tais bens

²⁵⁷² DIAS, Silva, “Linhas gerais do regime jurídico dos crimes contra interesses dos consumidores...”, p. 329.

²⁵⁷³ ROXIN, ⁴AT, § 11, n.º m. 84 e ss., e DIAS, Figueiredo, ²DP-PG, I, 12.º Cap., § 35 e s.

²⁵⁷⁴ DIAS, Figueiredo, ²DP-PG, I, 12.º Cap., § 36.

jurídicos²⁵⁷⁵. Tal como se não compreende que uma certa norma típica veja variar o seu bem jurídico puramente em função da álea da verificação de um evento externo. Carece de sentido material que se aponte a uma determinada norma um dado bem jurídico (v. g., a segurança na circulação rodoviária, no caso da condução em estado de embriaguez) no quadro de uma eventual responsabilização penal ou contra-ordenacional a título de perigo abstracto, mas se a perigosidade que lhe é imanente se materializar num perigo concreto ou numa lesão o bem jurídico que se entende posto em perigo ou lesado já passe a ser a vida ou a integridade física. Se tal tipo de perigo abstracto pretender acima de tudo prevenir justamente este desfecho, servindo por isso mesmo para sustentar uma eventual imputação do resultado à conduta, a aporia é flagrante e manifesta-se tenha ele natureza penal ou contra-ordenacional.

Como afirmámos já, o repúdio de bens jurídicos colectivos que tomam o lugar dos bens jurídicos vida e integridade física sem qualquer densidade material autónoma que não seja aquela de que indevidamente se apropriam a estes bens jurídicos individuais é desde logo desejável para que a função crítica do bem jurídico seja exercida de forma transparente, sem ilusórios biombos artificiais. Mas, vê-se agora também, é ainda imprescindível para que se logre uma visão coerente do sistema sancionatório como um todo e um seu funcionamento fluído e devidamente articulado.

Será de convir que sendo o direito penal ou o direito contra-ordenacional chamados a desempenhar um papel de tutela de interesses que se movem numa determinada área normativa não hão-de dever eles ter a pretensão de ditar aos outros sectores normativos quais os bens jurídicos que estes podem ou não assumir como válidos nas suas elaborações dogmáticas, eventualmente até com um referente constitucional expresso²⁵⁷⁶. Se o direito constitucional e o direito administrativo postulam a existência da saúde pública como bem jurídico²⁵⁷⁷, se no direito do consumo

²⁵⁷⁵ Para melhor se perceber o alcance do que queremos significar, experimente-se só, no exemplo apresentado por DIAS, Figueiredo, ²DP-PG, I, 12.º Cap., § 36, substituir a protecção da integridade física e da vida dos peões como escopo da norma de cuidado por um fim mais amplo, como o da protecção supra-individual da segurança na circulação rodoviária, e logo se perceberá como de uma solução de exclusão da responsabilidade penal a título de homicídio negligente se passará provavelmente para o cenário exactamente oposto.

²⁵⁷⁶ Cf. GRECO, Luís, “Existem critérios para a postulação de bens jurídicos coletivos?”, p. 360 e ss.

²⁵⁷⁷ Cf. CORREIA, José Manuel Sérulo, “Introdução ao Direito da Saúde”, in: *Direito da Saúde e Bioética*, Lisboa, Lex, 1991, p. 43 e ss.; e GOMES, Carla Amado, *Defesa da Saúde Pública vs. Liberdade Individual*, www.estig.ipbeja.pt, *passim*, concebendo a saúde pública, na perspectiva do dever de defesa e protecção da saúde a que se refere o art. 64.º da CRP, como um dever posto a cargo de todos de “tudo fazer para preservar o bom estado sanitário geral”. Para mais duas acepções correntes do conceito de saúde pública, designadamente, como “soma das saúdes individuais” e “como complexo de condições de

há razão para se afirmar um bem jurídico identificado com o direito à saúde e à segurança dos consumidores (art. 60.º-1 da CRP)²⁵⁷⁸ ou se no direito laboral, indo ao encontro do direito fundamental à prestação do trabalho em condições de higiene, segurança e saúde (art. 59.º-1, c), da CRP), se adopta como bem jurídico a saúde e segurança no trabalho²⁵⁷⁹, não há que questionar estas opções sob o ponto de vista do direito sancionatório, mesmo que uma ou outra não possam deixar de gerar dúvidas numa perspectiva geral²⁵⁸⁰. Mas a inversa deve igualmente ser válida, sobretudo se, como concluímos, a importação acrítica para dentro do sistema sancionatório de bens jurídicos que procuram sobrepor-se e absorver o conteúdo de bens jurídicos como são a vida e a integridade física que nele têm um papel cimeiro e se projectam transversalmente em muitos dos seus domínios puder subverter os parâmetros de avaliação da legitimidade material das decisões legislativas de sentido punitivo e for susceptível de comprometer a sua teleologia interna e a coerência sistemática das suas soluções normativas.

§ 35.3 Protecção de bens jurídicos da esfera da personalidade

1. Se o direito contra-ordenacional é amplamente convocado pelo legislador para exercer uma função de tutela da vida e integridade física das pessoas não será de estranhar que uma das outras funções por ele desempenhada seja a da *protecção de outros bens jurídicos pessoais jusfundamentais da esfera da personalidade*, parte deles com um referente constitucional desde logo, e além do mais, no art. 26.º da Constituição, em sede de direitos, liberdades e garantias fundamentais. Diferentemente, porém, do que sucede quanto à vida e à saúde e integridade física, onde a actuação do direito das contra-ordenações se manifesta quase exclusivamente sob uma forma de guarda avançada em relação a ameaças de perigo abstracto que sobre eles possam pairar, é já bem mais multifacetada a tutela contra-ordenacional das plúrimas refrações

vida da comunidade que asseguram e protegem a saúde da pluralidade dos seus membros”, DIAS, Silva, “Entre «comes e bebes»”, *RPCC*, 4/1998, p. 531.

²⁵⁷⁸ DIAS, Silva, “Linhas gerais do regime jurídico dos crimes contra interesses dos consumidores...”, p. 320 e ss.

²⁵⁷⁹ ROUXINOL, Milena Silva, *A Obrigação de Segurança e Saúde do Empregador*, p. 79 e ss., que concebe a segurança e saúde como uma síntese da protecção antecipada que é característica do sector normativo da segurança e saúde no trabalho de bens jurídicos como a vida, a integridade física, a saúde

²⁵⁸⁰ Cf., novamente, ALEXYS, “Individual rights and collective goods”, p. 166 e ss.

da *integridade pessoal* dos indivíduos enquanto dimensão do direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade de que ora pretendemos curar²⁵⁸¹.

São numerosos os bens jusfundamentais que também aqui contam com o direito penal como instrumento de tutela sancionatória por excelência para fazer face às ofensas mais graves que os possam comprometer. Quando isso suceda, o papel do direito de mera ordenação social na protecção de tais bens jurídicos pessoais fica praticamente circunscrito a algumas ofensas materiais residuais, as mais das vezes com um reduzido desvalor de acção ou de resultado, e ao incumprimento de deveres que, embora subordinados à sua protecção, dizem respeito a condutas que por si só não são idóneas a afectá-los directamente (v. g., registos de ocorrências; informações, comunicações ou pedidos de autorização de que a administração deverá ser destinatária, *etc.*). É isso que nos parece acontecer em matérias como as da protecção da identidade pessoal²⁵⁸², da honra²⁵⁸³, da autodeterminação informacional²⁵⁸⁴ ou da imagem²⁵⁸⁵. Uma posição acerca das configurações típicas das infracções contra-ordenacionais desses campos normativos, bem como sobre a sua possível dignidade penal carecerá sempre de uma análise detida sobre cada um dos seus ilícitos-típicos numa perspectiva global que tome em consideração as dimensões constitucionais dos bens jurídicos tutelados, o conteúdo ofensivo para tais bens jurídicos encerrado nos factos tipificados e as relações com os tipos legais penais de cada uma dessas áreas.

Neste espaço relativo à tutela da integridade pessoal, sectores há, todavia, em que o papel cometido ao direito contra-ordenacional assume um relevo bem mais considerável, encontrando-se no centro da estratégia sancionatória adoptada pelo legislador nacional.

2. Um caso paradigmático de uma realidade normativa imediatamente dirigida à tutela de interesses inscritos na esfera da personalidade onde pontifica o ilícito contra-ordenacional é o da *legislação antidiscriminação*. Interesses que se encontram referidos

²⁵⁸¹ Seguimos aqui a configuração do direito ao livre desenvolvimento da personalidade proposta por PINTO, Paulo Mota, “O direito ao livre desenvolvimento da personalidade”, p. 163 e s.

²⁵⁸² Cf., v. g., os arts. 295.º do Código do Registo Civil (Decreto-Lei n.º 131/95, de 6/6) e 43.º da Lei n.º 7/2007, de 5/2 (Cartão de Cidadão).

²⁵⁸³ V. g., a não satisfação ou recusa infundadas do direito de resposta ou de rectificação (cf. art. 37.º-4 da CRP), punida como contra-ordenação nos termos do art. 35.º-1, *d*), da Lei de Imprensa (Lei n.º 2/1999, de 13/1).

²⁵⁸⁴ Cf., entre outros, o art. 38.º da Lei da Protecção de Dados Pessoais (Lei n.º 67/98, de 26/10) e os arts. 17.º e 18.º do CT.

²⁵⁸⁵ Cf. os arts. 20.º e 21.º do CT.

a direitos de tal modo fundamentais que é até corrente a imediata conexão de uma parte desta legislação a uma ideia de directa protecção da dignidade da pessoa humana²⁵⁸⁶. Sobretudo por influência do direito comunitário, tem o legislador português adoptado sucessivas iniciativas legislativas de carácter geral que proíbem e punem contra-ordenacionalmente práticas discriminatórias que afectem *quaisquer concretas pessoas* em função da raça, cor, nacionalidade ou origem étnica²⁵⁸⁷, em razão de uma qualquer deficiência ou de um risco agravado de saúde²⁵⁸⁸ e em virtude do sexo²⁵⁸⁹. Além destas proibições de âmbito geral, que vinculam todas as pessoas, públicas e privadas, individuais e colectivas, prevêm-se ainda regimes sectoriais, no âmbito da prestação de trabalho (cf. o proémio do art. 59.º-1 da CRP)²⁵⁹⁰, sob vínculo laboral²⁵⁹¹ e sob a forma de trabalho independente²⁵⁹².

Nesta ampla legislação antidiscriminação abrigam-se múltiplas e diversificadas práticas discriminatórias, desde aquelas que, dada a sua íntima conexão com o consenso social de fundo em torno da “proibição da segregação pública e do *apartheid*”²⁵⁹³, assumem uma extraordinária gravidade, como a generalidade das que respeitam à recusa ou condicionamento do exercício de direitos, bens ou serviços por motivos raciais; até àquelas que, apesar da sua afronta à ideia constitucional de tratamento igualitário

²⁵⁸⁶ Assim, por toda a jurisprudência e doutrina suíças, STRATENWERTH, Günter / WOHLERS, Wolfgang, *Schweizerisches Strafgesetzbuch Handkommentar*, 3.ª ed, Bern, Stämpfli Verlag, 2013, n.º m. 1, em relação a todas as modalidades típicas do Art. 261bis do CP suíço, incluindo a constante do seu último parágrafo, que, em termos parcialmente similares aos nossos tipos contra-ordenacionais constantes dos arts. 4.º e 9.º da Lei n.º 134/99, de 28/8, determina a responsabilidade penal de quem recuse a uma pessoa, em razão da sua raça, etnia ou religião, uma prestação destinada a uso público.

Cf. ainda, na doutrina nacional, embora numa reflexão de carácter mais geral, não directamente ligada à legislação antidiscriminação, RIBEIRO, Joaquim de Sousa, “Constitucionalização do direito civil”, p. 751: “A proibição de discriminações tem como conteúdo axiológico-jurídico a igual dignidade de todos os homens, na sua individualidade singular”.

²⁵⁸⁷ Lei n.º 134/99, de 28/8, e Decreto-Lei n.º 111/2000, de 4/7; e Directiva 2000/43/CE, do Conselho, de 29-06-2000, *JO L 180/22*, de 19-07-2000.

²⁵⁸⁸ Lei n.º 46/2006, de 28/8

²⁵⁸⁹ Lei n.º 14/2008, de 12/3, e Directiva n.º 2004/113/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13-12-2004, *JO L 373/37*, de 21-12-2004.

²⁵⁹⁰ Desenvolvidamente, com especial incidência na legislação europeia, GOMES, Júlio, *Direito do Trabalho*, I, p. 385 e ss.

²⁵⁹¹ Arts. 23.º a 28.º do CT; e Directiva n.º 2000/78/CE, do Conselho, de 27-11-2000, *JO L 303/16*, de 02-12-2000. O art. 24.º-1 do CT contempla um elenco de factores de discriminação muito mais amplo do que o de todas as outras leis antidiscriminação prevêm no seu conjunto, proibido, nomeadamente, a discriminação em razão “de ascendência, idade, sexo, orientação sexual, estado civil, situação familiar, situação económica, instrução, origem ou condição social, património genético, capacidade de trabalho reduzida, deficiência, doença crónica, nacionalidade, origem étnica ou raça, território de origem, língua, religião, convicções políticas ou ideológicas e filiação sindical”.

²⁵⁹² Lei n.º 3/2011; e Directiva n.º 2006/54/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 05-07-2006, *JO L 204/23*, de 26-07-2006.

²⁵⁹³ STRATENWERTH / WOHLERS, ³*Schweizerisches StGB*, Art. 261bis, § 17.

independentemente do género, gozam de uma ampla tolerância social, como as “*ladies nights*” nas discotecas²⁵⁹⁴ ou o anúncio “«aluga-se» a meninas” que habitualmente se vê nas cidades universitárias²⁵⁹⁵. E todas elas, enquanto discriminação *qua tale* – no que desde logo se distinguem dos tipos penais de incitamento à discriminação racial, religiosa ou sexual constantes do art. 240.º do CP –, possuem *unicamente* relevo contra-ordenacional.

Toda esta legislação antidiscriminação move-se dentro das coordenadas de actuação *impostas ao Estado* pelo princípio geral da igualdade (art. 13.º da CRP), ligando-se em especial ao *princípio da igualdade de tratamento* que no art. 26.º-1 da Constituição se manifesta no *direito fundamental à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação*, designadamente, as que se fundam nos factores discriminatórios elencados no n.º 2 do art. 13.º da Lei Fundamental²⁵⁹⁶, e que encontra ainda respaldo nos arts. 21.º e 23.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Da dimensão objectiva deste direito fundamental emana, *expressis verbis*, um dever para o Estado de emitir (e conformar a) legislação ordinária no sentido de proibir e, se necessário, punir tratamentos discriminatórios entre os particulares. Atenta a projecção unidireccional do princípio da igualdade como princípio que, “enquanto princípio constitucional, (...) tem como destinatário o Estado e não os particulares”²⁵⁹⁷, o sentido útil da “fundamentalização” daquele direito à protecção legal contra a discriminação é o de impelir o Estado à definição de um quadro legal que procure garantir que as relações sociais e económicas entre os particulares travadas fora “da porta de casa” de cada um²⁵⁹⁸ sejam pautadas pela sua conformidade com um valor

²⁵⁹⁴ Art. 3.º, *b*), e 4.º-1, da Lei n.º 14/2008.

²⁵⁹⁵ Art. 4.º-2, *c*), da Lei n.º 14/2008.

²⁵⁹⁶ Cf. CANOTILHO, Gomes / MOREIRA, Vital, ⁴*CRP*, I, p. 469 e s.

²⁵⁹⁷ NOVAIS, Jorge Reis, *Direitos Fundamentais: Trunfos contra a Maioria*, p. 97 e s. Nesta conclusão, RIBEIRO, Joaquim de Sousa, “Constitucionalização do direito civil”, p. 751 e s., e ainda, de modo particularmente enfático, ANDRADE, Vieira de, ⁵*Os Direitos Fundamentais*, p. 259: “Estender aos indivíduos a aplicação do princípio constitucional da igualdade, afigura-se-nos, em princípio, impróprio, absurdo e insuportável”!

Tanto Sousa Ribeiro, como Vieira de Andrade admitem, no entanto, e a título excepcional, uma aplicação directa do princípio da igualdade a algumas relações jurídico-privadas em análise em texto, nomeadamente, em casos de práticas discriminatórias arbitrárias determinadas por motivos raciais ou em função do género “que atinjam intoleravelmente a dignidade humana dos discriminados” (ANDRADE, Vieira de, ⁵*Os Direitos Fundamentais*, p. 259).

²⁵⁹⁸ Como bem alerta NOVAIS, Jorge Reis, *Direitos Fundamentais: Trunfos contra a Maioria*, p. 95 e ss., a imediata aplicação do princípio da igualdade às relações do foro íntimo ou privado entre os particulares (v. g., às relações de namoro ou às festas particulares) tornaria insuportável a vida social, razão pela qual mesmo as correntes que preconizam uma eficácia directa dos direitos fundamentais tendem aí a “excluir, excepcionar ou atenuar significativamente o princípio da igualdade” (p. 96).

estruturante das ideias de justiça, de Estado de direito material e até da própria dignidade da pessoa humana como é o do tratamento igualitário das pessoas independentemente dos elementos de discriminação que dão conteúdo ao n.º 2 do art. 13.º da CRP e a outros preceitos constitucionais que proíbem práticas discriminatórias específicas²⁵⁹⁹. Não existindo uma razão objectiva e proporcional que se revele constitucionalmente atendível em função da necessidade de salvaguarda ou prossecução de outros interesses socialmente relevantes²⁶⁰⁰ que justifique um tratamento diferenciado na base de tais factores de discriminação²⁶⁰¹, haverá, em princípio, motivo para reputá-lo como arbitrário e por isso desvalioso o bastante para que o Estado o proíba e o puna²⁶⁰², inclusive, se necessário, criminalmente²⁶⁰³. Com efeito, “a igual dignidade da pessoa humana, o direito a um tratamento igual, a proibição de discriminações ou diferenciações arbitrárias são princípios que vinculam estritamente o Estado e cuja fundamentalidade exige de todos os seus órgãos uma actuação permanente no sentido da sua garantia e promoção”²⁶⁰⁴.

Dada a máxima eminência axiológico-constitucional dos valores e princípios que apelam à definição de um quadro legislativo antidiscriminação parece-nos ser este um domínio onde, via de regra, será de afirmar a dignidade penal das infracções contra-ordenacionais legalmente tipificadas. Seria estulto pretender contrariar a dignidade penal de boa parte destes ilícitos apenas porque o legislador lhes atribuiu relevância contra-ordenacional. Uma opção legislativa que não terá ficado certamente a dever-se a uma avaliação de que até os mais graves de entre eles se encontram desprovidos de dignidade penal, mas antes à *desnecessidade* de uma intervenção criminal. Se entre nós se banalizassem os despedimentos, a barragem à entrada em transportes públicos, a proibição da frequência de espaços de acesso público (v. g., cafés, centros comerciais, recintos desportivos, bibliotecas, parques infantis), a negação de cuidados de saúde, o

²⁵⁹⁹ V. g., os arts. 41.º-2, 46.º-4, 59.º-1, 69.º-1, 71.º-1, 74.º-1 e 76.º-1 da CRP.

²⁶⁰⁰ Podem encontrar-se várias concretizações legais de interesses legítimos justificantes de um tratamento desigual nos arts. 5.º-3 da Lei n.º 46/2006, 6.º-2 da Lei n.º 14/2008, 5.º-4 da Lei n.º 3/2011 e 25.º-3 do CT. Mesmo na perspectiva da proibição da discriminação em razão da raça, da cor ou da etnia, situações existem, ainda que poucas, onde a discriminação poderá considerar-se justificada, sendo, por exemplo, “legítimo contratar um actor negro para o papel de Luther King ou uma actriz branca para desempenhar o papel de Ofélia” (GOMES, Júlio, *Direito do Trabalho*, I, p. 394).

²⁶⁰¹ Cf. METTLER, Dorrit Schleiminger, in: Niggli / Wiprächtiger (orgs.), *Basler Kommentar Strafgesetzbuch*, II, 2.ª ed., Basel, Helbing & Lichtenhahn, 2007, Art. 261bis, n.º m. 75a.

²⁶⁰² ANDRADE, Vieira de, *Os Direitos Fundamentais*, p. 262.

²⁶⁰³ Além do já mencionado art. 261bis do CP suíço, cf. ainda os arts. 225-1 a 225-4 do CP francês. Para uma recensão do regime penal das práticas antidiscriminatórias no direito comparado, METTLER, Dorrit Schleiminger, *Basler Kommentar Strafgesetzbuch*, II, 261bis, n.º m. 1 e ss.

²⁶⁰⁴ NOVAIS, Jorge Reis, *Direitos Fundamentais: Trunfos contra a Maioria*, p. 98.

impedimento do acesso ao sistema de ensino ou a bens culturais, *etc.*, com base em discriminações arbitrárias em função da raça, cor, nacionalidade ou origem étnica, das capacidades físicas e psíquicas ou do estado de saúde ou ainda do sexo, assim evidenciando a ineficácia do presente regime legal contra-ordenacional²⁶⁰⁵, cremos que ninguém poderia razoavelmente duvidar da legitimidade material da criminalização deste tipo de factos.

Além de representar o exemplo acabado de uma área normativa contra-ordenacional onde preponderam factos dignos de pena, o sistema legal antidiscriminação constitui ilustração de um sector contra-ordenacional pontuado por ilícitos de dano, isto é, de factos típicos que coenvolvem uma directa e imediata lesão do bem jurídico tutelado.

Ao contrário da posição sustentada *una voce* pela doutrina suíça em relação ao ilícito-típico penal de recusa a uma pessoa ou a um grupo de pessoas de uma prestação destinada ao uso público em razão da sua raça, etnia ou religião, segundo a qual a dignidade da pessoa humana é aí o bem jurídico imediatamente tutelado²⁶⁰⁶, mas na esteira de uma outra ampla doutrina penal que nega, de plano, a possibilidade de a dignidade humana ser erigida a bem jurídico susceptível de garantir uma imediata legitimação das decisões do legislador penal²⁶⁰⁷, parece-nos que será de evitar perspectivar os sobreditos ilícitos, mesmo que penais e não contra-ordenacionais, directamente à luz do valor máximo da dignidade da pessoa humana. Como noutro lugar sustentámos já a propósito do crime de violência doméstica²⁶⁰⁸, onde também é corrente a invocação da dignidade humana como bem jurídico protegido, ainda que se admita, mesmo que só a título excepcional, conferir à dignidade humana o estatuto de bem jurídico susceptível de imediata tutela sancionatória, será em todo o caso mais

²⁶⁰⁵ Para uma discussão acerca da realidade nacional em matéria de discriminação étnica ou racial, com menção dos pontos de vista do Governo português acerca da efectividade do regime legal vigente, cf. o relatório sobre Portugal, de 09-07-2013, do ECRI (*European Commission against Racism and Intolerance*), do Conselho da Europa: <http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/Country-by-country/Portugal/PRT-CbC-IV-2013-020-ENG.pdf>.

²⁶⁰⁶ Divisão parece haver “apenas” quanto à sua natureza individual ou supra-individual: concebendo a dignidade humana aqui em questão como “direito individual do indivíduo”, STRATENWERTH / WOHLERS,³ *Schweizerisches StGB*, Art. 261bis, § 1; e como bem supra-individual, METTLER, Dorrit Schleiminger,² *Basler Kommentar Strafgesetzbuch*, II, 261bis, n.º m. 1, sem que, no entanto, deixe por isso de qualificar o “art. 261bis como delito de lesão” (n.º m. 8).

²⁶⁰⁷ Cf. ROXIN,⁴ *AT*, § 2, n.º m. 20 e ss., COSTA, José de Faria, *Direito Penal Especial (Contributo a uma Sistematização dos Problemas “Especiais” da Parte Especial)*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 49 e ss., e DIAS, Figueiredo, “O «direito penal do bem jurídico» como principio jurídico-constitucional”, p. 41.

²⁶⁰⁸ BRANDÃO, Nuno, “A tutela penal especial reforçada da violência doméstica”, *Julgado, n.º 12, especial: Crimes no Seio da Família e Sobre Menores*, 2010, p. 14 e ss.

prudente reservar-lhe esse eventual papel para situações extremas em que a vítima é submetida a uma condição infra-humana, por acção de um seu semelhante, com um conseqüente absoluto aniquilamento da sua dignidade pessoal²⁶⁰⁹. Não é esta, manifestamente, a fisionomia típica dos ilícitos contra-ordenacionais da nossa legislação antidiscriminação, mesmo dos mais graves de entre eles. Daí que nos pareça que não terá sido em vista da necessidade de uma imediata protecção da intangibilidade da dignidade humana que tais contra-ordenações foram tipificadas. Tal como nos demais ilícitos que contendem com refrações jusfundamentais da esfera da personalidade dos indivíduos, e provavelmente até com uma expressão mais intensa da que é característica de algumas delas, a dignidade pessoal que a todo o ser humano deve ser reconhecida constitui o horizonte de compreensão do repúdio legal das práticas discriminatórias arbitrárias enunciadas, mas não representa, em suma, o interesse ou valor que *em primeira linha* se visa defender.

Se o que a generalidade das normas antidiscriminação têm em vista é garantir um convívio social imune às arbitrariedades fundadas na discriminação motivada por determinadas características a que os usos sociais correntemente apelam para catalogar as pessoas desta ou daquela forma, temos para nós que o valor por elas imediatamente tutelado é o da *igualdade de oportunidades e de tratamento*²⁶¹⁰. Trata-se de um bem jurídico de *natureza individual* de que toda e qualquer pessoa é portadora pelo simples facto de o ser, resultando *lesado* sempre que alguém é colocado numa situação tipicamente prevista nos vários diplomas antidiscriminação enunciados em virtude de uma certa característica pessoal legalmente identificada como factor de discriminação. Quando, numa escola, as crianças de uma certa etnia são colocadas numa turma à parte em função da sua pertença a esse grupo étnico e em violação do art. 4.º-1, *i*), da Lei n.º 134/99²⁶¹¹, quando a um portador de uma deficiência é recusado um crédito à habitação

²⁶⁰⁹ Em direcção próxima, mas numa perspectiva de direito penal internacional, SOUSA, Susana Aires de, “The legal interest protected in the crimes against humanity”, *in*: S. Manacorda / Adán Nieto (dir.), *Criminal Law between War and Peace*, Cuenca, Ed. de la Univ. de Castilla-La Mancha, 2009, p. 464 e ss., também disponível em www.defensesociale.org.

²⁶¹⁰ Em termos próximos, quanto ao crime de incitamento à discriminação racial, religiosa ou sexual previsto no art. 240.º do CP, ANTUNES, Maria João, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, II, Art. 240.º, § 1, referindo-se ao bem jurídico da “igualdade entre todos os cidadãos do mundo”, e ALBUQUERQUE, Pinto de, ²CP, Art. 240.º, 2., que, no que respeita à discriminação propriamente dita, aponta também a “igualdade entre todos os cidadãos” como bem jurídico protegido.

²⁶¹¹ Cf. o Ac. do TRG de 03-05-2011, que todavia, por razões processuais, não chegou a conhecer do fundo da causa, a criação numa escola do 1.º ciclo do ensino básico de “uma turma especial composta exclusivamente por alunos de etnia cigana, com aulas leccionadas em local separado daquele onde são leccionadas as aulas às restantes turmas da escola”.

ou um seguro em virtude dessa sua condição ou uma pessoa do sexo feminino é preterida no acesso a um emprego numa agência bancária porque a política do banco é a de que só homens devem ser contratados para os balcões de atendimento aos clientes, não é a dignidade ou o direito à igualdade do grupo étnico, do conjunto dos cidadãos portadores de deficiência ou do género feminino que é directamente afectado em cada um destes casos contra-ordenacionalmente relevantes. Atingido é sim o direito fundamental de que cada uma destas pessoas é portadora de não ser objecto de um tratamento diferenciado exclusivamente em função das características apontadas. Por isso que o bem jurídico da igualdade de oportunidades e de tratamento tem um carácter pessoal e individual e as contra-ordenações que integram práticas directamente discriminatórias como as que se descreveram e que visam uma sua tutela directa e imediata configuram *ilícitos de lesão*.

3. É ainda sob o (ou a pretexto do) ideário antidiscriminatório que o legislador nacional – uma vez mais em cumprimento, por vezes acrítico, de obrigações decorrentes da legislação antidiscriminação europeia – tem adoptado medidas legislativas que procuram incidir sobre o assédio, correntemente designado como *mobbing*, e o assédio sexual no trabalho ou ainda sobre o assédio e o assédio sexual no acesso a bens e serviços e seu fornecimento com base numa discriminação em função do género (Lei n.º 14/2008). Esta última tipologia do assédio no âmbito do fornecimento de bens e serviços é de tal modo incompreensível nos seus propósitos, fantasiosa no seu âmbito de aplicação²⁶¹² e ininteligível em parte das suas normas²⁶¹³ que não parece passar mais do que um desastroso pró-forma de que o legislador nacional se lembrou de lançar mão para dar cumprimento à Directiva 2004/113/CE, ela própria já destituída de qualquer senso na parte respeitante ao assédio²⁶¹⁴ e um sinal típico da “cronolatria” em matéria

²⁶¹² Só no mundo do surreal poderá admitir-se como carente de protecção sancionatória uma realidade como a que forma a previsão típica de assédio sexual resultantes da conjugação dos arts. 3.º, d), 4.º-4 e 12.º-1 da Lei n.º 14/2008: que no âmbito do fornecimento de bens e serviços oferecidos no mercado económico ou na vida pública, alguém moleste ou importune sexualmente um(a) cliente ou utente apenas e só em função da sua pertença ao sexo masculino ou ao sexo feminino.

²⁶¹³ V. g., o art. 4.º-4 da Lei n.º 14/2008: “O assédio e o assédio sexual são considerados discriminação para efeitos da presente lei, não sendo relevada a rejeição ou aceitação deste tipo de comportamentos pelas pessoas em causa enquanto fundamento de decisões que as afectem”.

²⁶¹⁴ Sintomaticamente, nos considerandos da Directiva 2004/113/CE o legislador comunitário não apresenta uma razão digna desse nome para justificar a inclusão do assédio e do assédio sexual no seu âmbito normativo. Dizer só que “a discriminação em função do sexo, incluindo o assédio e o assédio sexual, ocorrem em áreas fora do mercado de trabalho” (Considerando 9) é o mesmo que dizer nada.

do assédio sexual para a qual vem entre nós alertando Figueiredo Dias²⁶¹⁵. Porque as contra-ordenações de assédio e de assédio sexual previstas na Lei n.º 14/2008 parecem pretender dirigir-se mais ao domínio do imaginário do que do real, debruçar-nos-emos apenas sobre o assédio moral ou psicológico e o assédio sexual tipificados como contra-ordenação pelo n.º 4 do art. 29.º do CT por referência aos n.ºs 1 e 2 do mesmo preceito.

De acordo com o art. 29.º do CT, tanto no assédio moral, como no assédio sexual no ambiente laboral está em causa um comportamento indesejado, determinado ou não por um factor de discriminação²⁶¹⁶, praticado aquando do acesso ao emprego ou no próprio emprego, trabalho ou formação profissional, com *o objectivo* ou *o efeito* de perturbar ou constranger a pessoa, afectar a sua dignidade ou de lhe criar um ambiente hostil, degradante, humilhante ou desestabilizador. No assédio sexual tal comportamento indesejado deve assumir “carácter sexual, sob forma verbal, não verbal ou física” (art. 29.º-2 do CT). Não está no nosso horizonte levar a cabo uma exegese destes tipos contra-ordenacionais laborais de assédio moral e de assédio sexual, tarefa, aliás, altamente dificultada por uma técnica legislativa deficiente, pensada mais em função da responsabilização cível do que da contra-ordenacional e que gera mais dúvidas do que certezas sobre o recorte típico das infracções²⁶¹⁷. Mas uma referência, ainda que breve, a este regime contra-ordenacional afigura-se-nos incontornável em face do significado que não pode deixar de atribuir-se ao facto de o legislador português ter adoptado uma via contra-ordenacional para assegurar a tutela sancionatória de bens jurídicos pessoais como aqueles que estão sob ameaça no assédio moral e no assédio sexual.

²⁶¹⁵ Por último, DIAS, Figueiredo, ²*Comentário Conimbricense do Código Penal*, I, Art. 163.º, § 43.

²⁶¹⁶ No sentido de que o segmento normativo do n.º 1 do art. 29.º do CT “nomeadamente o baseado em factor de discriminação” tem carácter meramente exemplificativo, podendo entender-se que o assédio moral previsto no art. 29.º-1 do CT engloba tanto o assédio discriminatório, como o não discriminatório, cf. os Acs. do TRP de 26-09-2011 e de 04-02-2013 e o Ac. do TRC de 07-03-2013. Interpretação que pode justificar em seu abono o conteúdo da Proposta de Lei n.º 216/X, que esteve na base da revisão de 2009 do Código do Trabalho e antecipou a actual redacção do art. 29.º do CT: “Altera-se a definição de assédio, passando a abarcar situações não relacionadas com qualquer factor de discriminação”.

²⁶¹⁷ V. g., apesar da aceitação jurisprudencial da figura do assédio não discriminatório, não é claro se o comportamento indesejado que caracteriza o assédio moral deve necessariamente basear-se num factor de discriminação e em caso afirmativo se essa exigência será de estender ao assédio sexual; o tipo-de-ilícito de assédio moral parece admitir duas modalidades típicas, uma sob a forma de tipo de tipo de empreendimento (“o comportamento indesejado (...) *com o objectivo* (...) de (...)”) e outra sob a forma de consumação (“o comportamento indesejado (...) *com o (...) efeito* de (...)”); e não obstante o assédio psicológico estar inarredavelmente conotado com um comportamento duradouro, composto por actos ofensivos que se vão reiterando no tempo, verifica-se que de acordo com o art. 29.º-1 do CT pode haver facto típico de assédio logo aquando do acesso ao emprego.

3.1 Que os factos integrados na infracção contra-ordenacional de *assédio moral ou psicológico* contendem frontalmente com a esfera da integridade pessoal do trabalhador parece-nos, na verdade, indubitável. E se, mesmo em face do seu conteúdo típico (“com o objectivo ou o efeito de perturbar ou constranger a pessoa, afectar a sua dignidade, ou de lhe criar um ambiente intimidativo, hostil, degradante, humilhante ou desestabilizador”), subsistirem reservas quanto a esta conclusão, bastará compulsar alguns casos de espécie apreciados pela nossa jurisprudência que, com boas razões, foram reconduzidos ao ilícito contra-ordenacional (ou cível) de assédio moral²⁶¹⁸ para que elas se dissipem definitivamente.

Com efeito, os maus tratos no mundo das relações laborais, infligidos aos trabalhadores pela hierarquia ou por colegas, representam uma realidade polifórmica²⁶¹⁹ que vem sendo há décadas reconduzida pela sociologia da família e do trabalho, com um amplo acolhimento da ciência juslaboral, no âmbito da figura do *mobbing*²⁶²⁰. Em muitas das suas manifestações típicas identificadas em estudos empíricos e nos casos de espécie que aportam aos tribunais do trabalho vai presente uma densidade material mais do que suficiente para que lhe seja reconhecida dignidade penal, tanto pela via do desvalor de resultado, como também, e frequentemente sobretudo, do desvalor de acção do agente, expresso através do desprezo ou até mesmo de uma aberta hostilidade em relação a dimensões básicas da esfera da personalidade da vítima.

Neste sentido depõe logo o facto de no assédio moral poderem estar envolvidos bens jurídicos inerentes a direitos de liberdade como a saúde física e psíquica²⁶²¹, a

²⁶¹⁸ Pela sua especial impressividade, cf. os casos apreciados pelos seguintes arestos das nossas Relações: Ac. do TRL de 09-05-2007, Ac. do TRP de 02-02-2009, Ac. do TRL de 14-09-2011, Ac. do TRC de 23-11-2011 (“Preenche-se o tipo em causa quando um empregador, após transferir uma trabalhadora para um local de trabalho que dista da sua residência cerca de 70 kms, alegadamente por dificuldades de relacionamento com a equipa de trabalho, a coloca num local isolado, no qual a mantém sentada, sem atender clientes nem exercer qualquer actividade e virada para a parede durante vários dias”), Ac. do TRL de 15-02-2012 e Ac. do TRP de 08-04-2013.

²⁶¹⁹ GOMES, Júlio, *Direito do Trabalho*, I, p. 428 e ss.

²⁶²⁰ GOMES, Júlio, *Direito do Trabalho*, I, p.425 e ss.

²⁶²¹ Cf. GOMES, Júlio, *Direito do Trabalho*, I, p. 429 e s., e na jurisprudência, de novo: Ac. do TRL de 09-05-2007 (“criando no A. um sofrimento psíquico”), Ac. do TRP de 02-02-2009 (“O autor, em virtude dos descritos factos (discriminatórios) de que foi alvo sofreu e sofre de angústia, stress, dores de cabeça, irritação, indisposição geral e insónias, o que tem perturbado a sua paz interior, ambiente social e familiar, tornando-o irascível, designadamente com amigos, familiares, cônjuge e filhos, que o mesmo só suporta com esforço, aconselhamento e medicação”), Ac. do TRL de 14-09-2011 (“levando-o a entrar numa situação de acompanhamento psiquiátrico”) e Ac. do TRL de 15-02-2012 (“O comportamento da R. (...) abalou a A. psicologicamente”).

honra²⁶²², a imagem ou a igualdade de oportunidades e de tratamento²⁶²³, bem como ainda bens jurídicos específicos dos direitos fundamentais dos trabalhadores, designadamente, os direitos à segurança no emprego²⁶²⁴, à ocupação efectiva²⁶²⁵, à organização do trabalho em condições socialmente dignificantes, de forma a facultar a realização pessoal ou ao direito ao repouso e aos lazeres. Ao que acresce a dimensão de violência psicológica intimamente ligada a um rebaixamento da dignidade pessoal da vítima que é corrente no assédio. Nisto guarda ele uma forte afinidade material em relação ao fenómeno da violência doméstica²⁶²⁶. Tal como nesta, no *mobbing* estão geralmente em causa relações humanas de proximidade, em regra com uma frequência quotidiana e tendencialmente duradoura. Daí que, sendo embora perfeitamente possível que as plúrimas ofensas que nesse contexto vão sendo praticadas tenham por si só um relevo penal autónomo, o que “sucede frequentemente [é] que a sua ilicitude só se compreende, ou só se compreende na sua plena dimensão atendendo ao seu carácter repetitivo”²⁶²⁷. Com isto, e de modo semelhante ao dos maus tratos nas relações familiares²⁶²⁸, deve reconhecer-se, com Júlio Gomes, que “o principal mérito da figura [do assédio moral] consiste em que ela permite ampliar a tutela da vítima, ligando entre si factos e circunstâncias que, isoladamente considerados pareceriam de pouca monta, mas que devem ser reconduzidos a uma unidade, a um projecto ou procedimento”²⁶²⁹.

Como demonstra a nossa experiência jurisprudencial nesta matéria, este rosto plurifacetado, desenhado obviamente a traço grosso, com que o assédio moral correntemente se apresenta no ambiente laboral recebe substancial acolhimento na contra-ordenação tipificada pelas disposições conjugadas dos n.ºs 1 e 4 do art. 29.º do CT. Por isso, e considerando os valores constitucionais com que o assédio tipicamente

²⁶²² V. g., Ac. do TRL de 15-02-2012: “a Ré quis sujeitar a Autora à vergonha e humilhação provocada por essa exposição, tendo esta ficado humilhada e desgostosa”.

²⁶²³ Cf. Ac. do TRP de 02-02-2009.

²⁶²⁴ Como sublinham a doutrina e a jurisprudência (em especial, o Ac. do TRC de 07-03-2013, indo provavelmente até longe de mais na ênfase deste aspecto, ao considerar que a pretensão de forçar o trabalhador a desistir do seu emprego constitui um “elemento objectivo implícito do tipo de contra-ordenação em análise”), “o assédio estratégico e deliberado, como técnica de gestão, é utilizado para expulsar certos trabalhadores da empresa. O assédio converte-se em meio para contornar as proibições de despedimento sem justa causa” (GOMES, Júlio, *Direito do Trabalho*, I, p. 431).

²⁶²⁵ Concebendo o direito à ocupação efectiva como dimensão indissociável do direito ao trabalho plasmado no art. 58.º-1 da CRP, CANOTILHO, Gomes / MOREIRA, Vital, *4CRP*, I, p. 763 e s. Para um caso extremo de esvaziamento funcional, cf. o Ac. do TRP de 08-04-2013.

²⁶²⁶ Cf. BRANDÃO, Nuno, “A tutela penal especial reforçada da violência doméstica”, *passim*.

²⁶²⁷ GOMES, Júlio, *Direito do Trabalho*, I, p.428.

²⁶²⁸ BRANDÃO, Nuno, “A tutela penal especial reforçada da violência doméstica”, p. 17 e s.

²⁶²⁹ GOMES, Júlio, *Direito do Trabalho*, I, p.436 e s.

relevante pode contender e a intensidade ofensiva que é susceptível de assumir, dificilmente poderá contestar-se a dignidade penal dos factos típicos que se abrigam nesta infracção contra-ordenacional de assédio moral²⁶³⁰. Outra questão, e bem ponderosa e complexa, é saber se e em que condições seria de abrir as relações laborais à intervenção penal também num domínio como este, de elevada conflitualidade e especialmente vulnerável a instrumentalizações do sistema de justiça. Como quer que seja, abstraindo dessas vertentes críticas da adequação e da necessidade de pena, analisado o problema sob um ponto de vista contra-ordenacional parece-nos ser este um caso mais em que o direito das contra-ordenações desempenha uma função de protecção de bens jurídicos de eminente importância da esfera da personalidade dos cidadãos (trabalhadores), pelo que, em via de princípio, deverá aceitar-se a dignidade penal destes factos contra-ordenacionalmente relevantes.

3.2 Ainda neste âmbito importa atentar na segunda modalidade de assédio prevista pelo Código do Trabalho, o *assédio sexual*, também ele qualificado como contra-ordenação pelos n.ºs 2 e 4 do seu art. 29.º Ainda que, sob a óptica da sua concreta expressão na realidade processual²⁶³¹, pareça tratar-se de uma infracção mais do campo do simbólico do que do real, num plano puramente normativo poderão extrair-se daquele tipo contra-ordenacional algumas ilações para o nosso problema.

Estando embora longe de representar um exemplo de boa técnica legislativa ou de coerência sistemática a seguir nas relações entre os ilícitos penais e os contra-ordenacionais, esta contra-ordenação de assédio sexual permite ilustrar uma ou outra ideia que vimos sustentando. Desde logo, a ideia de que não há domínio que, pela sua natureza, possa considerar-se imune a uma intervenção contra-ordenacional. Se na génese do direito de mera ordenação social se tentasse cogitar uma esfera do relacionamento humano que em momento algum franquearia a entrada ao direito contra-ordenacional uma das eleitas seria seguramente a das ofensas de carácter sexual. E

²⁶³⁰ Veementemente nesta conclusão, BANDEIRA, Gonçalo de Melo, “Poderá ser a criminalização do Assédio Moral e/ou *mobbing*, *rectius* no trabalho, respeitadora dos princípios constitucionais da necessidade, adequação, proporcionalidade e intervenção mínima penais? A lesão dos direitos fundamentais constitucionais dos trabalhadores: o caso português”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXI, 2011, p. 426 e ss. e *passim*.

²⁶³¹ Na jurisprudência contra-ordenacional e cível disponível em www.dgsi.pt não há rasto de um único caso de assédio sexual no ambiente laboral levado ao conhecimento dos nossos tribunais superiores no contexto do art. 29.º do CT; e no plano administrativo, das 22 infracções de assédio autuadas pela ACT no ano de 2012 (www.act.pt) não se logrou apurar quantas delas corresponderam a situações de assédio sexual.

todavia, desde 2003 que a nossa legislação laboral conta com uma contra-ordenação de assédio sexual (cf. arts. 24.º e 642.º-1 do CT de 2003). Uma infracção que perdura até hoje e que não ficou a dever-se certamente a qualquer lapso ou acidente legislativo. Tal poderia intuir-se, antes de mais, atendendo à circunstância de estamos num domínio normativo onde, como em poucos outros, os trabalhos legislativos são normalmente objecto de uma discussão exaustiva e onde se vão sucedendo os livros brancos e as comissões de avaliação legislativa. E pode agora considerar-se como comprovado com o novo Código do Trabalho de 2009, que modificou a redacção do preceito legal referente ao assédio no sentido de acentuar a autonomia do assédio sexual em relação ao assédio moral ou psicológico e manteve a sua natureza contra-ordenacional.

A contra-ordenação de assédio sexual ilustra ainda uma outra particularidade que avançámos na caracterização das relações entre crimes e contra-ordenações, a de que no espaço dos factos dignos de pena a relação é tendencialmente quantitativa, de *plus* para *minus*, mas que não é de excluir a possibilidade de desvios a esta regra. Este parece ser um desses casos desviantes.

Dá-se aqui a estranha particularidade de a contra-ordenação de assédio sexual representar uma espécie de ponto de intermédio entre o crime de assédio ou de constrangimento sexual mediante acto sexual de relevo através de abuso de autoridade resultante de dependência laboral (art. 163.º-2 do CP) e o crime de importunação sexual, na modalidade típica, introduzido pela revisão de 2007 do CP, de importunação de outra pessoa através de contacto de natureza sexual (art. 170.º do CP). Uma vez que neste último ilícito-típico penal está em causa “punir a prática, por *qualquer* meio, de *contactos sexuais* com a vítima, *contra* a sua vontade, que *não constituem actos sexuais de relevo*”²⁶³² é patente a sua total coincidência de conteúdo com uma vertente do assédio sexual contra-ordenacional, aquele que consiste na prática de um comportamento indesejado de carácter sexual sob forma física. E a especificidade, para não dizer mesmo anormalidade, que aqui há a notar é a possibilidade de o facto contra-ordenacional poder ser visto como uma expressão típica mais grave especializadora do facto criminal, como uma importunação sexual qualificada! Pois se o ilícito penal se basta com uma importunação de alguém decorrente do constrangimento a um qualquer contacto de natureza sexual, o perfeccionamento do ilícito contra-ordenacional é bem

²⁶³² RODRIGUES, Anabela Miranda / FIDALGO, Sónia, ²*Comentário Conimbricense do Código Penal*, I, Art. 170.º, § 25.

mais exigente, pressupondo, pelo menos, que o comportamento indesejado seja realizado com o objectivo de perturbar ou constranger a vítima, de afectar a sua dignidade ou de lhe criar um ambiente intimidativo, hostil, degradante, humilhante ou desestabilizador. Também nos comportamentos indesejados em que não chegue a haver contacto corporal tal propósito é igualmente exigido, com o que em relação a eles será ainda de admitir um desvalor material mais pesado do que o que caracteriza a simples importunação sexual penal, que não carece de um *animus nocendi* minimamente comparável.

Sob o ponto de vista da ofensividade para a liberdade sexual da vítima ou eventualmente ainda para outros planos da sua integridade pessoal, qualquer que seja o prisma por que se olhe para o contraste entre a contra-ordenação de assédio sexual e o crime de importunação sexual ficará o desvalor material deste aquém do daquele. Mais, a avaliar-se a dignidade penal de um e de outro facto, o único onde ela pode ser divisada é no assédio sexual contra-ordenacional. Quanto a este a dignidade penal fica a dever-se mais às razões que fundamentam a já afirmada dignidade penal do assédio moral do que propriamente pela conotação sexual que nele vai envolvida. E quanto à importunação sexual não deve sequer falar-se em dignidade penal. Na verdade, e seguindo no essencial o pensamento de Anabela Rodrigues / Sónia Fidalgo, ou bem que o interesse protegido pela importunação sexual é a liberdade sexual e então caímos num inadmissível direito penal sexual bagatelar ou da hipersensibilidade²⁶³³; ou bem que o não é e então caímos num ainda mais insuportável direito penal moralista²⁶³⁴. Tudo o que, nesta espécie de “mundo ao contrário”, aconselha a uma profunda revisão do regime legal da importunação sexual e do assédio sexual. Até lá, porém, será legítimo apontar a contra-ordenação de assédio sexual como exemplo de uma intervenção contra-ordenacional dirigida à tutela da integridade pessoal da vítima, incluindo a sua vertente da liberdade sexual.

²⁶³³ Cf. também DIAS, Figueiredo, ²*Comentário Conimbricense do Código Penal*, I, Art. 163.º, § 11 e s.

²⁶³⁴ RODRIGUES, Anabela Miranda / FIDALGO, Sónia, ²*Comentário Conimbricense do Código Penal*, I, Art. 170.º, § 25 e ss. Outra foi, todavia, a conclusão do Tribunal Constitucional no seu Ac. n.º 105/2013, numa decisão que de futuro bem poderá considerar-se emblemática da ilimitada tolerância da jurisprudência constitucional em relação ao critério de justa medida do legislador *penal* português.

§ 35.4 Protecção da parte mais frágil das relações económicas jurídico-privadas

1. Na análise desenvolvida supra em torno do actual paradigma que no âmbito económico caracteriza as relações entre o Estado e a sociedade foi adiantada a ideia de que a matriz regulatória que, no plano jurídico, constitui a marca de água do Estado Garantidor contemporâneo não se cinge a uma vertente fundamentalmente económica, englobando ainda dimensões viradas sobretudo para a protecção dos cidadãos na sua dupla faceta de indivíduos que servem e que são servidos pelo mercado, isto é, das pessoas enquanto trabalhadoras e consumidoras. Como vimos também, a *regulação social* de que aqui se fala vai para lá da protecção dos trabalhadores e consumidores e mesmo no que a estes diz respeito abrange uma vasta pluralidade de perspectivas, individuais, multi-individuais, colectivas, patrimoniais, não patrimoniais, *etc.* Algumas delas inscrevem-se em planos sobre os quais acabámos de nos debruçar, como as que se relacionam com a protecção da vida e da saúde e integridade física no contexto das inumeráveis actividades económicas que comportam riscos para esses bens jurídicos ou as que têm que ver com práticas discriminatórias arbitrárias no trabalho ou no fornecimento de bens e serviços, umas e outras relevantes à luz das finalidades precípua da responsabilidade pública de garantia como são o elevado nível de qualidade e de segurança de produtos e serviços ou a igualdade de tratamento dos utilizadores (cf. Protocolo n.º 26 do TFUE). E outras perspectivas, possuindo embora uma clara conexão à protecção dos consumidores, detêm um carácter supra-individual eminentemente económico ou financeiro, como as que se referem à livre concorrência, à acessibilidade de preços e à universalidade dos serviços de interesse económico geral, à confiança na autenticidade e genuinidade dos produtos, à confiança dos investidores no mercado de capitais, *etc.* Isto para dizer que as razões que de seguida se adiantarão para justificar o amplo recurso ao direito contra-ordenacional nos domínios da protecção dos trabalhadores e dos consumidores estão longe de esgotar os motivos pelos quais o direito das contra-ordenações conhece aí uma presença tão marcante.

No que vai dito pode intuir-se já que temos agora em vista a acção contra-ordenacional no âmbito das relações económicas *jurídico-privadas* em função da *fragilidade de uma das partes*. Não tanto, porém, quanto a aspectos dessas relações que podem ter uma ligação ao núcleo da esfera da personalidade dos intervenientes, nem ao seu muitas vezes inarredável significado para o sistema económico como tal, mas

pensando sobretudo nos *interesses de índole individual*, patrimoniais e não patrimoniais externos àquele núcleo, que nelas avultam e para defesa dos quais o direito das contra-ordenações é chamado a actuar. Está fora dos nossos propósitos acantonar estes vários planos em redutos estanques. Não seria isso congruente com a natureza transversal e polifórmica, e como tal avessa a categorizações fechadas, de toda esta enorme plêiade de interesses que se cruzam nos domínios do trabalho e do consumo. E representaria isso ainda uma visão redutora. Se, por exemplo, pensarmos na protecção da saúde dos trabalhadores e dos consumidores logo se perceberá que a ideia de tutela da parte mais vulnerável da relação contratual também quanto a ela tem uma palavra a dizer na compreensão do papel protector desse bem jurídico que o direito das contra-ordenações desempenha. Só que a saúde detém um estatuto axiológico-constitucional de tal modo elevado que é essa sua eminente importância que sobreleva no momento de tentar perceber o que justifica a função de protecção da saúde e integridade física de trabalhadores e consumidores que ao direito contra-ordenacional é cometida. O mesmo não sucede já quanto a muitos outros interesses individuais que pairam na órbita das relações contratuais jurídico-privadas. Mesmo tratando-se de bens jurídicos com referente constitucional, o seu relevo pode por si só ser insuficiente para justificar uma tutela contra-ordenacional. Será sobretudo assim quando estiverem em causa aspectos intimamente ligados à autonomia privada no âmbito contratual²⁶³⁵, designadamente nas suas vertentes de liberdade negocial, cumprimento de obrigações ou exercício de direitos contratuais, antes, durante e após a relação contratual. Uma ideia que se torna mais nítida quando se atente na atribuição de relevo contra-ordenacional a violações de direitos de trabalhadores ou consumidores ou de deveres impostos em seu benefício que não tenham uma homologia sancionatória em ilícitos cíveis equivalentes ou afins no caso de serem outros os intervenientes contratuais²⁶³⁶. É que, como acentua a doutrina civilista, naquilo que extravasa a referida esfera correspondente aos bens que

²⁶³⁵ Cf. RIBEIRO, Joaquim de Sousa, “Constitucionalização do direito civil”, p. 742 e ss.

²⁶³⁶ Um exemplo claro prende-se com o direito à reparação ou à substituição dos bens móveis ou imóveis vendidos em desconformidade com o contrato. Se, em geral, como se vê suceder nas relações entre profissionais ou empresas, goza esse direito apenas de uma tutela cível (cf., v. g., os arts. 914.º e 1221.º do CC), assim já não será se o adquirente for um consumidor, pois além de beneficiar das pretensões cíveis obrigacionais que pode opor ao vendedor, recebe ele ainda uma protecção contra-ordenacional – cf. os arts. 4.º-2 e 12.º-A, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8/4 (Venda de bens de consumo e das garantias a elas relativas), que qualificam como contra-ordenação a violação pelo vendedor do seu dever de reparação ou substituição do bem, tratando-se de um bem imóvel num prazo razoável e tratando-se de um bem móvel num prazo máximo de 30 dias, em ambos os casos sem grave inconveniente para o consumidor.

corporizam o núcleo da personalidade, isto é, “fora deste domínio de bens absolutamente infrangíveis, não pode perder-se de vista que a conclusão de contratos é também uma forma de exercício da liberdade, e liberdade constitucionalmente reconhecida”²⁶³⁷. Por isso, “o consentimento do sujeito deve aqui, em princípio, relevar, não só para afastar a ilicitude de actos ilícitos, como (...) para a válida produção de efeitos jurídico-negociais que afectam outros bens constitucionalmente protegidos”²⁶³⁸. E todavia, sectores há no direito privado onde o princípio da autonomia privada se mostra consideravelmente restringido aos mais variados títulos, para protecção de valores já externos ao estrito reduto da integridade pessoal, frequentemente de mão dada com uma cobertura contra-ordenacional destinada a reforçar a sua efectividade.

Esta entrada em força do direito contra-ordenacional no seio das relações privadas para tutela imediata de interesses individuais marcadamente contratuais, com expressão patrimonial ou não, representa uma das dimensões da publicização do direito privado. Bem menos sonante e badalada do que o possível *Drittwirkung* dos direitos fundamentais ou do que a “fundamentalização” dos direitos dos trabalhadores²⁶³⁹ ou dos consumidores²⁶⁴⁰, a ampla “contra-ordenacionalização” do direito privado terá, no entanto, contribuído em muitas vertentes em muito maior medida para uma intervenção do Estado no âmbito das relações económicas privadas. Não obstante, se há domínio normativo que pode deitar imediatamente por terra a tese ainda hoje não totalmente abandonada de que o direito de mera ordenação social constitui, em substância, direito administrativo e de que os bens jurídicos por si tutelados são bens jurídico-administrativos, é ele precisamente este, o das contra-ordenações do direito laboral e do direito do consumidor. Pois, como parece evidente, não é pelo facto de uma certo interesse privado titulado por um particular beneficiar de protecção contra-ordenacional que logo sofre uma metamorfose e se transforma num bem jurídico-administrativo; tal como, de semelhante modo, a relação jurídico-privada que intercede entre o agente e o ofendido se não transmuda numa relação jurídico-administrativa por maior relevo sancionatório que tenha. De maneira que se, à conta deste tipo de actuação contra-ordenacional, se pode falar numa publicização do direito privado, também ela tem o

²⁶³⁷ RIBEIRO, Joaquim de Sousa, “Constitucionalização do direito civil”, p. 744.

²⁶³⁸ RIBEIRO, Joaquim de Sousa, “Constitucionalização do direito civil”, p. 744.

²⁶³⁹ Cf. CANOTILHO, Gomes / MOREIRA, Vital, ⁴CRP, I, p. 702 e ss.

²⁶⁴⁰ Cf. ANDRADE, Vieira de, “Os direitos dos consumidores como direitos fundamentais...”, e NABAIS, Casalta J., “O estatuto constitucional dos consumidores”, um e outro bastante cépticos sobre as virtualidades do art. 60.º da CRP.

significado de uma privatização do direito das contra-ordenações. Não constitui a única²⁶⁴¹, mas é, sem dúvida, uma das manifestações mais expressivas dessa tendência.

2. As ordens de razões que estão na base da referida *constitucionalização* do direito privado nas esferas laboral e do consumo são as mesmas que têm motivado o recurso sistemático ao direito das contra-ordenações para reforçar a efectividade dos direitos constitucional e legalmente atribuídos aos trabalhadores e aos consumidores. No centro de todas as justificações encontra-se a necessidade de reequilibrar relações contratuais jurídico-privadas material e estruturalmente desiguais, de que constituem exemplos mais significativos as “relações de trabalho, de arrendamento e de consumo”²⁶⁴².

O combate social e político de longas décadas contra a desigualdade *de facto* que tipicamente marca a *relação laboral* abriu caminho à consagração constitucional, em especial no âmbito dos direitos fundamentais, dos mais importantes direitos e garantias que aos trabalhadores devem ser assegurados em ordem a atenuar os efeitos do plano de subalternidade em que naturalmente se encontram²⁶⁴³. Um caminho acompanhado por um acervo legislativo cível e sancionatório massivo e que mesmo assim não evita que as posições entre os sujeitos da relação laboral sejam “ainda, em regra, de grande desigualdade material”²⁶⁴⁴. Deste modo, como é lapidarmente frisado pelo Tribunal Constitucional, “facilmente se concluirá que, neste domínio, não basta estabelecer um quadro normativo que imponha deveres a cargo da entidade patronal, deixando a sua realização prática ao jogo da autonomia privada nas relações entre empregadores e trabalhadores, apenas com eventual recurso à via judiciária por parte destes, em caso de incumprimento. (...) A desigualdade fáctica na relação laboral, a verificação de que as condições económicas e sociais das partes na relação de trabalho fazem com que esta não seja, na realidade, uma relação paritária e que uma das partes, o trabalhador, surja como uma «parte mais fraca» a carecer de medidas de protecção pública, assume aqui uma particular evidência”²⁶⁴⁵.

A desigualdade é também uma realidade característica das relações de consumo, em especial daquelas que respeitam nem mais, nem menos do que ao bens e serviços essenciais à vida quotidiana da toda a população, onde de um lado podemos ter as

²⁶⁴¹ Cf. CATARINO, Luís, *Regulação e Supervisão dos Mercados de Instrumentos Financeiros*, p. 586 e ss.

²⁶⁴² RIBEIRO, Joaquim de Sousa, “Constitucionalização do direito civil”, p. 748.

²⁶⁴³ Cf., por tantos outros, ABRANTES, José João, “Labour contract and fundamental rights”, p. 615 e ss.

²⁶⁴⁴ GOMES, Júlio, *Direito do Trabalho*, I, p. 30.

²⁶⁴⁵ Ac. do TC n.º 187/2010.

empresas mais poderosas do sistema económico e do outro os indivíduos mais débeis de toda a sociedade, muitas vezes em autêntico estado de necessidade económico ou social²⁶⁴⁶. Essa a razão para que uma das preocupações centrais do pensamento do Estado Garantidor em matéria de serviços de interesse económico geral – serviços quase sempre dominados em oligopólio por alguns poucos colossos empresariais – seja assegurar a acessibilidade dos preços, a universalidade do fornecimento e os direitos dos utilizadores, particularmente das pessoas mais carenciadas ou vulneráveis. E mesmo em geral, para lá deste campo dos bens e serviços essenciais, “a liberdade contratual não é suficiente para proteger os consumidores, na medida em que estes não determinam efectivamente o conteúdo dos contratos que são obrigados a celebrar, seja porque não estão em condições de avaliar de forma esclarecida a qualidade dos bens e serviços, pela sua complexidade técnica, seja porque o contrato não é negociado individualmente, mas pré-formado pela contraparte que fornece o bem ou presta o serviço”²⁶⁴⁷. Esta desigualdade estrutural acentua-se em domínios altamente sofisticados e complexos, como o dos serviços financeiros, onde as assimetrias de preparação técnica e de informação que separam as partes são abissais, e vê a sua perigosidade intensificada pela irreversível tendência de desmaterialização das relações de consumo, cada vez mais feitas à distância e sem qualquer contacto pessoal imediato entre as partes, em especial através da internet.

É esta realidade própria de uma sociedade de hábitos de consumo massificados como é a nossa que basicamente justifica a publicização da área jurídico-privada do direito do consumidor. Desde logo, “o consumidor torna-se um sujeito de direitos fundamentais em razão da sua *subalternidade* e *vulnerabilidade* na relação económica com o produtor, fornecedor ou prestador, em especial no que toca a *bens e serviços essenciais* que não pode deixar de adquirir”²⁶⁴⁸. Mas é também este mesmo exacto condicionalismo que leva o Estado a estender a sua mão protectora bem para lá do estrito plano constitucional, e não só no sentido de uma redefinição legal dos quadros jurídicos tradicionais do direito privado, como ainda igualmente no da criação de autoridades administrativas de fiscalização do cumprimento dos direitos dos consumidores (cf. art. 86.º-1 da CRP) e concomitantemente no da atribuição de relevo

²⁶⁴⁶ Cf. GONÇALVES, Pedro, “Estado de Garantia e mercado”, p. 116 e s., e ANDRADE, Vieira de, ⁵*Os Direitos Fundamentais*, p. 65 e s., e supra, § 22.3.

²⁶⁴⁷ ANDRADE, Vieira de, “Os direitos dos consumidores como direitos fundamentais...”, p. 143.

²⁶⁴⁸ ANDRADE, Vieira de, “Os direitos dos consumidores como direitos fundamentais...”, p. 143.

sancionatório, penal e em especial contra-ordenacional, a uma parte significativa das violações desses direitos pelos agentes económicos. Em toda esta ampla área de intervenção pública “exige-se a protecção do consumidor, porque e na medida em que este representa a parte mais fraca numa relação, protecção que deve ser tanto mais intensa quando maior o perigo para os bens pessoais ou a dignidade individual”²⁶⁴⁹.

No fundo, como sugere Sousa Ribeiro, é ainda e sempre o dever estadual de protecção dos valores constitucionalmente relevantes que confere unidade de sentido à entrada do Estado nestes domínios de relacionamento contratual jurídico-privado entre particulares²⁶⁵⁰. Dada a fragilidade de uma das partes, seria desconforme com a nossa realidade socio-económica confiar que a generalidade das decisões de trabalhadores e consumidores manifestadas em actos ou omissões na vida da relação contratual representam em regra uma expressão de um exercício efectivamente livre e esclarecido da autonomia privada. Por isso, sob pena de irremissível afronta ao seu dever de protecção jusfundamental, não pode o Estado limitar-se, à velha maneira liberal, a definir os quadros gerais estruturantes deste tipo de relações contratuais. E é assim que o Estado, em cumprimento daquele seu dever fundamental, chama a si o encargo de as regular exaustivamente e recorre ao direito contra-ordenacional para se instalar de “armas e bagagens” no seio delas. Descontados os exageros de uma febre regulatória que aqui tem campeado, compreende-se que assim seja e não possa, aliás, deixar de o ser²⁶⁵¹, bem podendo afirmar-se, com o Tribunal Constitucional, que “o direito de mera ordenação social é, no nosso ordenamento, o instrumento de eleição para assegurar a tutela repressiva da generalidade das infracções a comandos deste tipo”²⁶⁵².

3. Pelo que vai exposto, percebe-se que aceitemos como bem fundadas as razões que dão sentido à *função de protecção contra-ordenacional da parte mais frágil das relações económicas jurídico-privadas laborais e do consumo*. Salta à vista que uma

²⁶⁴⁹ ANDRADE, Vieira de, “Os direitos dos consumidores como direitos fundamentais...”, p. 143, seguido de perto por NABAIS, Casalta J., “O estatuto constitucional dos consumidores”, p. 140 e ss.

²⁶⁵⁰ RIBEIRO, Joaquim de Sousa, “Constitucionalização do direito civil”, p. 747 e s. Ainda nesta linha, cf. os já amplamente analisados Acs. do TC n.ºs 187/2010, 269/2010 e 270/2010, ao enquadrarem uma questão contra-ordenacional laboral precisamente à luz do dever estadual de protecção de direitos fundamentais.

²⁶⁵¹ Crítico desta tendência contra-ordenacional, mas em função de uma visão assaz redutora das relações jurídico-privadas contemporâneas, ALBUQUERQUE, Pinto de, *RGCO*, Nota Prévia ao art. 1.º, n.º m. 17.

²⁶⁵² Ac. do TC n.º 187/2010, referindo-se especificamente às obrigações que para o Estado decorrem do direito fundamental à prestação de trabalho em condições de higiene, segurança e saúde (art. 59.º-1, c), da CRP)

tutela exclusivamente cível dos interesses particulares e colectivos de trabalhadores e consumidores dependente do impulso dos indivíduos directamente afectados ou até mesmo de organizações colectivas afectas à protecção dos seus interesses (v. g., associações sindicais ou associações de defesa dos consumidores) seria clamorosamente insuficiente para uma sua efectiva salvaguarda. Daí que devam sempre considerar-se merecedoras de consideração as suspeitas de inconstitucionalidade por violação do princípio da proibição da insuficiência de possíveis revogações de inteiros blocos contra-ordenacionais essenciais para assegurar a eficácia do programa de tutela de tais interesses²⁶⁵³.

O desequilíbrio material a que nos vimos referindo projecta-se em duas direcções que tornam particularmente justificado o recurso ao direito das contra-ordenações, assim densificando e reforçando a legitimidade material da identificada função de tutela das partes mais vulneráveis das relações laborais e de consumo. São elas o frequente *desconhecimento* da possibilidade de activar os direitos e deveres inerentes à relação contratual e ainda a corrente *impossibilidade ou quase impraticabilidade* fácticas de o fazer.

A percepção das infracções que contendem com os interesses dos trabalhadores ou dos consumidores está muitas vezes dependente da possibilidade de lançar um olhar global sobre as actividades de uma certa empresa ou até mesmo dos agentes económicos de um dado sector e de nesse contexto levar a cabo um escrutínio do seu funcionamento. Nada que, via de regra, esteja ao alcance de acções individuais ou colectivas dos primeiros, por falta de suspeitas, de meios ou de condições para romper o segredo do negócio ou da organização que as empresas podem normalmente opor para obstar à devassa da sua vida interna. Esse acesso dificilmente será logrado sem que haja determinações legais que imponham uma fiscalização regular ou constante a cargo auditores externos com obrigações de denúncia às autoridades públicas em caso de suspeita da prática de infracções ou que prevejam a possibilidade de estas levarem directamente a cabo acções inspectivas ou eventualmente ainda que inclusive estabeleçam esquemas de supervisão permanente assegurados por autênticas entidades reguladoras. Num sistema de responsabilidade civil do tipo continental como o nosso²⁶⁵⁴, tudo isto, sob pena de pura inutilidade, não poderá deixar de ir acompanhado

²⁶⁵³ Cf. supra, § 30.2, 2.

²⁶⁵⁴ Cf. STELLA, Federico, ²*Giustizia e Modernità*, p. 386 e ss.

da qualificação de tais infracções como ilícitos contra-ordenacionais ou até penais e da concessão de poderes sancionatórios ou de promoção processual sancionatória às autoridades administrativas.

O desconhecimento que impossibilita uma efectiva (auto)tutela dos interesses particulares ficará correntemente a dever-se ainda a uma representação incompleta ou errada das circunstâncias factuais que conformam directamente o relacionamento contratual, fruto de impreparação técnica, da real impossibilidade de percepção de vícios que afectam a conformidade legal de aspectos contratualmente relevantes²⁶⁵⁵, da assimetria da informação, da ocultação de elementos ou dados com interesse para o exercício da liberdade contratual, *etc.* Isto sem que normalmente seja razoável exigir ao trabalhador ou ao consumidor um esforço adicional para lograr uma representação mais fidedigna da realidade em que se move. E o mesmo se diga do próprio desconhecimento dos direitos que lhes assistem, dos deveres que recaem sobre a contraparte ou das contingências jurídicas que incidem sobre as coisas objecto da relação contratual (*v. g.*, a natureza jurídica de uma aplicação financeira) e que condicionam decisivamente o regime jurídico desta. A posição de clara vulnerabilidade em que trabalhadores e consumidores se encontram em virtude desta habitual incompleta representação e compreensão de todas as dimensões relevantes das suas relações contratuais justifica que o Estado acorra em sua protecção, impondo deveres de informação e esclarecimento, especificando e proibindo práticas não consentâneas com o princípio geral da boa-fé, fiscalizando officiosamente o cumprimento pela contraparte das suas obrigações legais e sancionando-a em caso de infracção.

Este tipo de intervenção pública justifica-se ainda pela normal disparidade de forças, de condições ou de interesses entre os sujeitos da relação contratual para fazerem valer os seus direitos, nomeadamente, perante o sistema de justiça. Vista a questão sob este prisma, do que se trata fundamentalmente é evitar que as empresas possam à partida dar como garantido que o ilícito compensará por poderem seguramente contar com a inércia dos prejudicados.

Estando em causa direitos jurídico-laborais deverão ser tidos em consideração os constrangimentos fácticos com que, sobretudo na formação do contrato e no decurso da sua execução, os trabalhadores se confrontam para poderem reivindicar o cumprimento dos seus direitos laborais. O receio de represálias, a vontade de “não levantar ondas”, a

²⁶⁵⁵ Cf. Ac. do TC n.º 187/2010.

antecipação dos custos e do desgaste pessoal, *etc.*, inibem a tomada de uma posição de força face ao empregador e podem na prática impossibilitar a promoção das medidas indispensáveis ao respeito dos seus direitos.

O mesmo pode suceder nas relações de consumo. Ainda que tendo motivos fundados para litigar, o consumidor pode resignar-se e entregar-se à inércia, porque não está disposto a passar por um lide em que vai provavelmente fazer a figura de um David contra um Golias do qual já tem razões de queixa quanto baste. O que, em todo o caso, parece justificar a necessidade de uma tutela pública na área do consumo não é tanto este eventual receio de afrontar entidades poderosas, mas mais o frequente enorme desequilíbrio de interesses e de recursos entre as partes da relação contratual. Por norma, num eventual braço-de-ferro, o consumidor terá muito pouco a ganhar, mas a empresa que se lhe oponha poderá ter muito a perder. Estando em causa bens ou serviços de pequeno valor comercial, os sacrifícios pessoais e económicos em que o consumidor provavelmente terá de incorrer quando comparados com uma possível vantagem decorrente de um ganho de causa na justiça cível serão suficientes para que deixe morrer a questão. Já do lado da empresa, a avaliação será a inversa. Mesmo estando em jogo um valor económico que, isoladamente considerado, tem uma expressão insignificante, não deixará ela de o considerar numa perspectiva global, tendo em conta o seu possível efeito multiplicador caso seja repercutido nas inúmeras transacções comerciais em que tem expressão. Por isso, não poderá dar-se ao luxo de abrir um precedente e terá todo o interesse em levar a causa de vencida. No que contará normalmente com um considerável avanço, pois os custos jurídicos da lide serão tidos como marginais e as mais das vezes disporá de testemunhas bem mais familiarizadas com o tipo de questões em discussão.

Vistas assim as coisas, logo se percebe que a normal e compreensível renitência com que trabalhadores e consumidores encaram a possibilidade de um recurso aos mecanismos cíveis para repor o equilíbrio contratual propicia uma marcada desigualdade de facto que justifica a entrada em cena do Estado com uma ameaça sancionatória destinada a favorecer a efectividade dos direitos que àqueles são reconhecidos. Não sendo expectável um exercício de autotutela, nem sendo sequer razoável impô-la aos ofendidos, não há razão para invocar a natureza subsidiária do

dever estadual de protecção²⁶⁵⁶ para contrariar a intervenção pública contra-ordenacional orientada para a sua defesa.

4. Esta função contra-ordenacional de actuação para protecção de interesses de trabalhadores e de consumidores motivada pela sua fragilidade contratual reflecte-se na fisionomia da estrutura típica dos ilícitos contra-ordenacionais das respectivas áreas normativas.

Como tivemos já ensejo de explicitar por referência ao critério da não distributividade característico dos bens jurídicos colectivos²⁶⁵⁷, ali onde seja de entender que a tutela contra-ordenacional vai eminentemente dirigida à protecção de interesses ou valores de que trabalhadores e consumidores são directos titulares individuais no âmbito e em função das relações contratuais por si estabelecidas, deverão as infracções em causa ser vistas como ofensas a bens jurídicos individuais por eles imediata e pessoalmente titulados. Deve uma vez mais ressalvar-se que não significa isto que a acção contra-ordenacional que nestes domínios se desenvolve não conheça espaços onde a tutela garantida vise primariamente interesses de facto supra-individuais. Constituindo o contrato o eixo em torno do qual se formam estas relações e possuindo elas uma irreduzível vocação económica, será natural que neles assomem ilícitos contra-ordenacionais reportados “a valores comunitários que se encontram ligados ao bom uso dos instrumentos contratuais de modo a que o contrato continue a ser um adequado instrumento tanto da autonomia privada como de garantia do bom funcionamento da economia de mercado”²⁶⁵⁸.

Quando, porém, o que sobreleve seja uma necessidade de directa protecção dos próprios trabalhadores ou consumidores, designadamente, de bens jurídicos que encontrem um referente constitucional em direitos fundamentais a eles respeitantes (v. g., arts. 53.º, 57.º, 59.º, 60.º, 68.º-2, 69.º-3 e 70.º da CRP), deverá partir-se do princípio de que, salvo claros sinais legislativos em contrário, são individuais os bens jurídicos objecto da tutela contra-ordenacional. Teremos aí uma intervenção pública para tutela de interesses individuais. Não porque tais bens jurídicos detenham natureza pública ou administrativa, mas simplesmente porque *a protecção desses interesses privados*

²⁶⁵⁶ Cf., novamente, ISENSEE, “Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht”, n.º m. 271 e ss.

²⁶⁵⁷ Cf. supra, § 35.1.

²⁶⁵⁸ NABAIS, Casalta J., “O estatuto constitucional dos consumidores”, p. 142.

assume interesse público. Nada que, aliás, deva espantar, pois é essa, desde sempre, a “sina” do direito penal.

São estes, por isso, terrenos especialmente férteis em ilícitos contra-ordenacionais de dano, no que se ilustra, uma vez mais, o equívoco que vai patente na pretensão de dissociar o direito das contra-ordenações das infracções consubstanciadas na lesão de bens jurídicos individuais.

Exemplificando, é o que, no âmbito juslaboral, nos parece suceder com as contra-ordenações que visam tutelar os créditos laborais dos trabalhadores²⁶⁵⁹, representando ilícitos de lesão do património²⁶⁶⁰ de que *cada um* destes é titular²⁶⁶¹; ou o direito à ocupação efectiva²⁶⁶², atento o dano infligido ao interesse na prestação efectiva de trabalho, uma das garantias *do trabalhador* plasmadas no art. 129.º-1, *b*), do CT²⁶⁶³; ou o direito à segurança no emprego, que coenvolve a proibição do despedimento sem justa causa, no caso de incumprimento do dever de reintegração do trabalhador quando decretada a ilicitude do despedimento (art. 389.º, n.ºs 1, *b*), e 3, do CT).

Nestes e noutros ilícitos contra-ordenacionais laborais que visem a protecção de bens jurídicos individuais incrustados em direitos fundamentais dos trabalhadores haverá razão para equacionar a sua possível dignidade penal. E cremos mesmo que deverá ela ser em via de princípio admitida quando o facto ilícito, posto que doloso, tenha o significado de uma ofensa ao núcleo essencial e intangível de direitos fundamentais com a natureza, expressa ou análoga, de direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores, pelo seu relevo directo para a realização e preservação da dignidade do trabalhador enquanto pessoa. É o que nos parece suceder, *v. g.*, no caso de não pagamento intencional do salário, atenta a sua “dimensão pessoal e existencial”²⁶⁶⁴, pelo menos na parte coincidente com o salário mínimo nacional, a “remuneração básica

²⁶⁵⁹ Cf., *v. g.*, arts. 263.º-3 (Subsídio de Natal), 264.º-4 (Remuneração do período de férias e subsídio de férias), 265.º-5 (Retribuição por isenção do horário de trabalho), 266.º-4 (Pagamento de trabalho nocturno), 268.º (Pagamento de trabalho suplementar), 273.º-3 (Retribuição mínima mensal garantida), 278.º (Salário), 344.º-2 (Compensação pela cessação do contrato a termo), 366.º-7 (Compensação por despedimento colectivo) e 389.º-1, *a*) e -3 (Indemnização por danos causados pelo despedimento ilícito), todos do CT.

²⁶⁶⁰ Sobre o património como bem jurídico que integra os direitos subjectivos de natureza obrigacional, incluindo quaisquer pretensões obrigacionais, COSTA, A. Almeida, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, II, Art. 217.º, § 3 e ss. (esp. § 10, a)).

²⁶⁶¹ Cf. Ac. do TRP de 22-02-2010.

²⁶⁶²

²⁶⁶³ Cf. CANOTILHO, Gomes / MOREIRA, Vital, ⁴CRP, I, p. 763 e s., GOMES, Júlio, *Direito do Trabalho*, I, p. 551 e ss., e Ac. do TRP de 09-03-2009.

²⁶⁶⁴ Ac. do TC n.º 257/2008.

estritamente indispensável para satisfazer as necessidades impostas pela sobrevivência digna do trabalhador²⁶⁶⁵; da obstaculização ao gozo efectivo do mínimo de férias irrenunciável (cf. art. 59.º-1, *d*), da CRP); ou da utilização da força de trabalho de menores em desrespeito das exigências legais destinadas a garantir condições para o desenvolvimento da sua personalidade (cf. arts. 59.º-2, *c*), e 70.º-2, da CRP), especialmente as que respeitam à natureza dos trabalhos atribuídos e aos limites colocados à duração da jornada laboral, à prestação de trabalho suplementar e ao trabalho nocturno.

No âmbito do direito do consumidor encontramos igualmente contra-ordenações com uma estrutura típica de lesão de bens jurídicos individuais dos consumidores. Será sobretudo o caso dos ilícitos que visem a directa protecção dos seus interesses económicos, procurando prevenir actos prejudiciais ao seu património, de que são exemplo infracções contra-ordenacionais que consistam na não devolução ou reembolso de quantias anteriormente entregues pelos consumidores²⁶⁶⁶ ou na cobrança indevida de comissões pecuniárias²⁶⁶⁷. Uma vez mais, exemplos claros de factos que consubstanciando embora ilícitos cíveis não beneficiam em geral de qualquer reforço de tutela sancionatória pública.

Se a área do consumo é um campo privilegiado para o reconhecimento de infracções contra-ordenacionais dotadas de dignidade penal quando estejam elas afectas à protecção da vida e saúde dos utilizadores ou quando os bens jurídicos protegidos assumam efectiva natureza supra-individual, parece-nos que já não será de entender o mesmo em relação a contra-ordenações orientadas para a tutela de outros direitos e interesses individuais de cada consumidor. Convergem aqui sobretudo aqueles inúmeros factos com relevo contra-ordenacional que contendem com os direitos à formação e informação e com os interesses económicos dos consumidores quando possuam um relevo eminentemente contratual (art. 60.º-1 da CRP). Factos, portanto, cujo significado é marcadamente patrimonial e que por isso se integram numa realidade normativa no

²⁶⁶⁵ Ac. do TC n.º 318/99. Para mais referências, cf. MEDEIROS, Rui, ²*Constituição Portuguesa Anotada*, I, Art. 59.º, p. 1164 e s.

²⁶⁶⁶ Cf., *v. g.*, os arts. 19.º-1 e 32.º, n.º 1, *a*), e n.º 2, *a*), do Decreto-Lei n.º 143/2001, de 26/4 (Protecção do consumidor em matéria de contratos negociados fora dos estabelecimentos comerciais); os arts. 24.º-2 e 35.º, *f*), do Decreto-Lei n.º 95/2006, de 29/5 (Comercialização à distância de serviços financeiros prestados a consumidores); e o art. 54.º-1, *e*), do Decreto-Lei n.º 275/93, de 5/8 (Regime Jurídico de Habitação Periódica).

²⁶⁶⁷ Cf., *v. g.*, os arts. 19.º e 30.º-1 do Decreto-Lei n.º 133/2009, de 2/6 (Contratos de Crédito a Consumidores), e os arts. 25.º e 35.º, *f*), do Decreto-Lei n.º 95/2006, de 29/5.

âmbito da qual não será fácil encontrar fora da tutela do património individual assegurada em primeira linha pelo Código Penal constelações típicas com uma desvalor material suficiente para lhes ser creditada dignidade penal.

§ 35.5 Tutela do dever de colaboração dos particulares com a administração

1. Se as funções contra-ordenacionais enunciadas e explicitadas nos parágrafos anteriores podem em certa medida representar uma compreensão disruptiva em relação ao modo como entre nós é correntemente encarado o direito de mera ordenação social, já a afirmação de que o direito das contra-ordenações desempenha uma *função de tutela do dever de colaboração dos particulares com a administração* soa, pelo contrário, a um perfeito truísmo. Pois é essa uma missão que desde a primeira hora se lhe assinala, contribuindo mesmo para inculcar ou reforçar a ideia de que não passaria ele de um direito puramente ordenador e ainda até de que os tipos contra-ordenacionais assumem estruturalmente uma configuração de ilícitos de dever²⁶⁶⁸. A ideia, logo afirmada por Eduardo Correia, de que a “actividade da Administração, nos quadros do Estado-social, supõe na verdade, muitas vezes, apenas uma colaboração dos particulares, traduzida em simples deveres de registo, de informação, de sujeição a inquéritos, etc.”²⁶⁶⁹, mantém-se ainda hoje válida, tendo correspondência em inúmeras refrações contra-ordenacionais. Só que se uma parte considerável dessas prescrições se deixa ainda enquadrar num puro espírito de *mera ordenação*²⁶⁷⁰, orientada é certo por um propósito de prossecução do interesse público, mas já muito distante de qualquer ideia de protecção de bens jurídicos dignos de pena, há toda uma outra pletera de regulações destinadas a estabelecer e reger deveres de colaboração dos particulares para com a actividade administrativa que convergem numa função de protecção de autênticos bens jurídicos jurídico-penais supra-individuais. É sobre este segundo tipo de regulações que ora nos pretendemos debruçar, atento o seu expressivo volume no sistema contra-ordenacional e ainda a

²⁶⁶⁸ Assim, entre nós, na esteira de uma já antiga ideia de LANGE, “Der Strafgesetzegeber und die Schuldlehre”, p. 77, PINTO, Frederico Costa, “O ilícito de mera ordenação social...”, p. 56 e ss., DIAS, Silva, “What if everybody did it?”, p. 339, e ainda as conclusões da alegação apresentada pela CMVM no âmbito do processo n.º 367/11 do TC transcritas no Ac. n.º 85/2012: “as contra-ordenações (...) são genética, valorativa e estruturalmente diferentes dos crimes”.

²⁶⁶⁹ CORREIA, Eduardo, “Direito penal e direito de mera ordenação social”, p. 267.

²⁶⁷⁰ V. g., o dever de comunicar uma alteração de morada para actualização dos dados do cartão de cidadão (art. 43.º-3 da Lei n.º 7/2007, de 5/2) ou o dever de responder aos censos populacionais promovidos pelo Instituto Nacional de Estatística (arts. 24.º e 25.º do Decreto-Lei n.º 226/2009, 14/9).

habitual propensão, sobretudo jurisprudencial, para desconsiderar as finalidades de tutela de bens jurídicos constitucionalmente relevantes por elas asseguradas e nessa base enfrentar questões normativas, sobretudo do foro constitucional, em torno delas suscitadas.

Esta associação dos ilícitos contra-ordenacionais a um reduto autónomo de matriz administrativa não constitui, porém, um exclusivo nacional. Com ela deparamos, por exemplo, na doutrina italiana mesmo no pensamento de um autor, como Francesco Palazzo, que nunca nutriu especiais simpatias por uma visão administrativista do direito punitivo administrativo italiano, concebendo-o inclusive numa relação de unidade substancial com o direito penal²⁶⁷¹. Procurando, não obstante, traçar um espaço que pudesse considerar-se como tendencialmente reservado aos ilícitos do direito punitivo administrativo, propôs Palazzo que nele fossem inscritos não só as bagatelas propriamente penais, como também “os ilícitos que, além de possuírem carácter bagatelar, apresentassem ainda e acima de tudo características estruturais ou formais que tornassem particularmente oportuna a escolha da sanção administrativa”²⁶⁷². Neste último subconjunto seriam de incluir as normas de carácter marcadamente técnico, para aí devendo convergir as normas penais em branco, bem como aquelas que respeitassem a *actividades sob controlo administrativo*, englobando autorizações, licenças, inscrições, registos, poderes de vigilância, inspecções e até a emissão de ordens administrativas. Ilícitos que seriam, portanto, de caracterizar como “*factos de evasão ao sistema administrativo de controlo*”²⁶⁷³. Posto que não relacionados com uma actividade intrinsecamente perigosa (v. g., a venda de jornais por contraste com as operações com substâncias radioactivas), a sugestão de Palazzo seria agrupar esses ilícitos administrativos em três categorias: *i*) ilícitos de originária e, como tal, total subtracção à actividade de controlo, compreendendo aqueles casos em que, carecendo o exercício da actividade de uma autorização ou licença prévia, tal exigência seja pura e simplesmente ignorada; *ii*) ilícitos traduzidos na violação de obrigações impostas para tornar mais ágil e eficaz o controlo administrativo (v. g., o dever de elaborar e guardar certos documentos); e *iii*) ilícitos consistentes no incumprimento de determinações dirigidas pela administração ao particular no exercício do seu poder de controlo activo²⁶⁷⁴.

²⁶⁷¹ PALAZZO, “I criteri di riparto tra sanzioni penali e sanzioni amministrative”, 1987, p. 13.

²⁶⁷² PALAZZO, “I criteri di riparto tra sanzioni penali e sanzioni amministrative”, p. 30.

²⁶⁷³ PALAZZO, “I criteri di riparto tra sanzioni penali e sanzioni amministrative”, p. 28.

²⁶⁷⁴ PALAZZO, “I criteri di riparto tra sanzioni penali e sanzioni amministrative”, p. 28.

Este esforço dogmático de densificação do conteúdo dos ilícitos contra-ordenacionais da esfera das relações entre os particulares e a administração representa um exercício particularmente meritório com vista à identificação e sistematização das contra-ordenações que ocupam uma parte significativa da área que no modelo misto qualitativo-quantitativo por nós preconizado corresponde à das contra-ordenações desprovidas de dignidade penal. Uma tentativa de racionalização que, deve reconhecer-se, não encontra paralelo da doutrina portuguesa, apesar das permanentes proclamações em favor de uma vincada segregação material do direito das contra-ordenações. A transposição da proposta de Palazzo para a realidade portuguesa actual depara-se, porém, com duas dificuldades. A primeira é o seu carácter relativamente datado. Formulada em meados da década de 1980, quando o novo Estado regulador ainda mal começava a dar os seus primeiros passos, a ideia, aliás assaz corrente, de que as pequenas areias postas à engrenagem administrativa correspondem tendencialmente a factos desprovidos de dignidade penal carece hoje de uma revisão à luz do relevo assumido pela supervisão administrativa no quadro do cumprimento estadual da responsabilidade pública de garantia. A segunda dificuldade, fundada já numa especificidade intrínseca do sistema penal português²⁶⁷⁵, prende-se com a positivação entre nós do ilícito penal de desobediência, plasmado no art. 348.º do CP e replicado indiscriminadamente por todo o ordenamento legal, não havendo praticamente domínio normativo nenhum, por mais recôndito que seja, que não tenha o seu crime de desobediência.

2. Esta última nota característica da ordem jurídico-penal nacional constitui um dado mais da nossa realidade normativa que vem ficando à margem da discussão em torno da contraposição entre crimes e contra-ordenações. Neste debate, afirma-se, sem pejo, que os factos contra-ordenacionais são (e/ou devem ser) estruturalmente distintos dos penais, porque, ao contrário do que com estes sucede, são construídos na base da violação do dever e não da ofensa abertamente perceptível a um bem jurídico, mas deixa-se à porta da discussão um ilícito penal configurado nos seus contornos típicos como uma pura infracção de dever como é o do crime de desobediência. Delito que,

²⁶⁷⁵ Sobre a relativa singularidade do crime de desobediência na experiência comparada mais próxima, MOTA, José Luís Lopes da, “Crimes Contra a Autoridade Pública”, in: *Jornadas de Direito Criminal. Revisão do Código Penal: Alterações ao Sistema Sancionatório e Parte Especial*, Lisboa, CEJ, 1998, p. 426 e s.

tendo sobrevivido a todas as reformas penais²⁶⁷⁶, se vem desmultiplicando quase sem sobressaltos doutrinários²⁶⁷⁷ e com inteira complacência jurisprudencial²⁶⁷⁸.

Suposta a sua solvabilidade constitucional²⁶⁷⁹, o relevo penal dos ilícitos de desobediência tal qual se encontram configurados nas alíneas *a)* e *b)* do n.º 1 do art. 348.º do CP²⁶⁸⁰ é por si só suficiente para afastar eventuais suposições de princípio de que a desobediência à administração, no seu estado mais puro, representa por definição um ilícito contra-ordenacional. Diante de uma ordem material e formalmente legítima da autoridade²⁶⁸¹, o particular está obrigado a obedecer, incorrendo em responsabilidade penal se a ordem tiver por trás de si a força de uma específica ameaça legal de desobediência (art. 348.º-1, *a*), do CP) ou mesmo até se a cominação tiver natureza *ad-hoc*²⁶⁸² e provier apenas do funcionário (art. 348.º-1, *b*), do CP)²⁶⁸³. E isto, tratando-se de uma hipótese de cominação legal, porventura mesmo que a ameaça da punição por desobediência não venha acompanhada de uma circunstanciação normativa que torne perceptível logo através do tipo legal quais os concretos interesses que a obediência deve servir. É o que sucede, lapidarmente, com o crime de desobediência às ordens da CMVM: “quem se recusar a acatar as ordens ou os mandados legítimos da CMVM, emanados no âmbito das suas funções de supervisão, (...) incorre na pena prevista para

²⁶⁷⁶ As ponderosas objecções materiais opostas ao crime de desobediência por Figueiredo Dias e por Sousa e Brito no âmbito dos trabalhos legislativos que conduziram à reforma de 1995 do CP não foram, por exemplo, suficientes para o erradicar do direito positivo português – cf. *Código Penal. Actas e Projecto da Comissão de Revisão*, Ministério da Justiça, 1993, p. 406 e ss.

²⁶⁷⁷ Excepções a esta quietude doutrinal são as vozes de MONTEIRO, Cristina Líbano, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, III, Art. 348.º, §§ 1 e ss. e 13 e s., e de BORGES, Francisco, *O Crime de Desobediência à Luz da Constituição*, *passim*.

²⁶⁷⁸ Por último, o Ac. do STJ n.º 2/2013, que, em flagrante violação dos princípios constitucionais da separação de poderes, da legalidade criminal e da independência judicial, chega ao ponto de *impor* aos tribunais o dever de reforçar, na sentença, a aplicação da pena acessória de conduzir “com a ordem do juiz para entrega do título, no prazo legal previsto, sob a cominação de, não o fazendo, o condenado cometer o crime de desobediência do art. 348.º, n.º 1, al. *b*), do CP”.

²⁶⁷⁹ Em sentido afirmativo, na perspectiva da sua legitimidade material, o Ac. do TC n.º 274/98, e BORGES, Francisco, *O Crime de Desobediência à Luz da Constituição*, pp. 66 e ss. e 94. Com dúvidas, porém, MONTEIRO, Cristina Líbano, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, III, Art. 348.º, §§ 1 e ss. e 13 e s.

²⁶⁸⁰ Cf. MONTEIRO, Cristina Líbano, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, III, Art. 348.º, BRANDÃO, Nuno, *Justificação e Desculpa por Obediência em Direito Penal*, p. 276 e ss., e BORGES, Francisco, *O Crime de Desobediência à Luz da Constituição*, p. 51 e ss.

²⁶⁸¹ Sobre a legitimidade material das ordens da autoridade, *hoc sensu*, BRANDÃO, Nuno, *Justificação e Desculpa por Obediência em Direito Penal*, pp. 21 e ss. e 272 e ss.

²⁶⁸² BORGES, Francisco, *O Crime de Desobediência à Luz da Constituição*, p. 78 e ss.

²⁶⁸³ Com fundadas reservas sobre a conformidade constitucional da hipótese normativa da alínea *b)* do n.º 1 do art. 348.º do CP, desde logo à luz do princípio da legalidade criminal, MONTEIRO, Cristina Líbano, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, III, Art. 348.º, e BORGES, Francisco, *O Crime de Desobediência à Luz da Constituição*, p. 51 e ss. De modo diverso, fixando inclusive jurisprudência assente nessa norma, o Ac. do STJ n.º 2/2013.

o crime de desobediência qualificada” (art. 381.º-1 do CVM). Se, por exemplo, se percebe imediatamente a razão pela qual incorre em responsabilidade por desobediência o condutor que se recusa submeter-se ao exame de alcoolemia²⁶⁸⁴, o mesmo não pode dizer-se deste não acatamento das ordens da CMVM.

Considerando o contexto em que ora nos movemos, deveremos aqui abstrair-nos daquelas hipóteses normativas em que do que se trata é de constranger um indivíduo à realização de um certo acto pessoal tipicamente concretizado²⁶⁸⁵ ou de proibir certa conduta a alguém ou a um conjunto indeterminado de pessoas²⁶⁸⁶. Nestes casos o crime de desobediência não passa de uma “muleta” que serve de apoio à previsão da pena criminal, mas não desempenha qualquer papel de relevo na definição do conteúdo do facto típico. Na medida em que o próprio desenho típico dê a perceber que o bem jurídico primariamente tutelado é aquele que se encontra sob directa ameaça do acto ou omissão *pessoais* do destinatário da previsão legal ou da ordem legítima a que essa previsão se refere pode porventura falar-se em *ilícitos de desobediência em sentido impróprio*.

Em aberto ficam então os casos em que o tipo legal prevê uma genérica possibilidade de responsabilização por desobediência sem densificação da concreta conduta proibida ou imposta ao receptor da ordem, *maxime* se o não acatamento desta puder ser suprido por uma actividade administrativa. Resta perceber o que pode neles justificar uma punição penal por desobediência. Se bem vemos a questão, o que em relação a eles parece legitimar a incriminação da desobediência é a necessidade de evitar que as determinações legítimas das autoridades estaduais destinadas a produzir efeitos numa dada situação da vida acabem por não materializar-se em virtude da inércia ou oposição do destinatário do mandato²⁶⁸⁷.

Deverá falar-se por isso aqui em *autonomia intencional do Estado*²⁶⁸⁸, logo no seu sentido originário, cunhado por António de Almeida Costa, de tutela da

²⁶⁸⁴ Cf. Acs. do TC n.º 319/95 e n.º 34/2012 e DIAS, Silva / RAMOS, Vânia Costa, *O Direito à Não Auto-Inculpação*, p. 24 e ss.

²⁶⁸⁵ V. g., o crime de recusa de submissão a exame para detecção de álcool ou de substâncias psicotrópicas previsto no n.º 3 do art. 152.º do CE.

²⁶⁸⁶ V. g., os distintos tipos legais de crime plasmados nos n.ºs 2 a 4 do art. 88.º do CPP.

²⁶⁸⁷ Cf. MONTEIRO, Cristina Líbano, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, III, Antes do art. 37.º e Art. 348.º, § 1 e ss.

²⁶⁸⁸ Assim, na doutrina, MONTEIRO, Cristina Líbano, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, III, Art. 348.º, BRANDÃO, Nuno, *Justificação e Desculpa por Obediência em Direito Penal*, p. 276 e ss., e BORGES, Francisco, *O Crime de Desobediência à Luz da Constituição*, p. 51 e ss.; e na jurisprudência, por muitos outros, o Ac. do STJ n.º 5/2009.

legalidade²⁶⁸⁹, para satisfação do anseio de real concretização da vontade *legítima* do Estado. Constitui esta uma condição irrenunciável da responsabilização penal por desobediência, de modo a que em momento algum deixe ela de ter como referente fundamental a *efectiva* legitimidade material do acto ordenado²⁶⁹⁰. Só assim, além disso, a incriminação pode evitar cair numa constitucionalmente inadmissível²⁶⁹¹ imposição da obediência pela obediência. É a legitimidade material da ordem que garante a vinculação da obediência a uma finalidade, mesmo que mediata, de prossecução de um interesse juridicamente reconhecido e permite obstar a que o crime de desobediência seja perversamente transformado num puro instrumento de adestramento da obediência dos cidadãos.

Em todo o caso, sob pena de se incorrer na tautologia que seria punir a desobediência para proteger a legalidade *qua tale*, deve esta ideia de autonomia intencional ser penetrada por uma dimensão adicional. Concretamente, por uma exigência de natureza funcional. De acordo com ela, (só) será legítimo ameaçar o particular com uma responsabilização criminal por desobediência na medida em que a materialização da legalidade sem a sua colaboração não seja possível ou careça de uma mobilização de recursos estaduais quase impraticável ou que não seja razoável exigir ao Estado. É, de resto, a esta perspectiva de eficiência e praticabilidade da acção estadual que a nossa jurisprudência constitucional e comum vem precisamente apelando para sustentar uma leitura do ilícito criminal de desobediência compatível com o princípio da necessidade de pena²⁶⁹².

Aliada esta exigência de salvaguarda da capacidade funcional e eficiência do aparelho estadual à ideia genética da autonomia intencional do Estado como “«legalidade administrativa»”²⁶⁹³ poderá perder-se em pureza conceptual, mas ganhar-se-á, seguramente, em legitimação material. Pois para que do incumprimento da ordem deva poder legitimamente resultar uma responsabilização penal a título de desobediência por força de cominação legal não bastará que a ela se siga um estado antijurídico, sendo sempre de exigir que não possa razoavelmente exigir-se ao Estado que o ultrapasse ou remova através de uma acção de feição executiva. Posta a tónica nesta vertente funcional, sobressai a natureza *cumulativa* do ilícito-típico do delito de

²⁶⁸⁹ COSTA, A. de Almeida, “Sobre o crime de corrupção”, p. 140.

²⁶⁹⁰ BRANDÃO, Nuno, *Justificação e Desculpa por Obediência em Direito Penal*, p. 276 e ss.

²⁶⁹¹ APPEL, Ivo, *Verfassung und Strafe*, p. 204 e s.

²⁶⁹² Cf. os Acs. do TC n.º 274/98 e do STJ n.º 2/2013.

²⁶⁹³ COSTA, A. de Almeida, “Sobre o crime de corrupção”, p. 144 e s.

desobediência. Nas situações em que a administração possa substituir-se ao particular, via de regra justifica-se activar a responsabilização por desobediência não porque a administração não esteja em condições de, no caso concreto, fazer valer a legalidade, mas porque, pura e simplesmente, não teria capacidade de o fazer pelos seus próprios meios se, como *provavelmente* aconteceria *na ausência* de ameaça legal penal, se visse na contingência de colocar a sua máquina executiva no terreno para levar de vencida a inércia ou a oposição *da generalidade* dos destinatários das ordens administrativas que a cada passo emana²⁶⁹⁴.

Este interesse na manutenção da capacidade funcional do Estado para dar satisfação à aspiração de materialização da vontade legítima estatal que dá corpo ao bem jurídico supra-individual da autonomia intencional do Estado é prosseguido não só por ilícitos penais que se consubstanciam numa *genérica* previsão legal de responsabilização penal em caso de incumprimento de ordens legítimas da autoridade administrativa (v. g., o do art. 391.º-1 do CVM), tal como ainda de ilícitos contra-ordenacionais de conteúdo e sentido em tudo similares (v. g., o constante do art. 211.º, o), do RGICSF). Quanto a estes, não haverá razão para negar a dignidade penal dos factos neles englobados quando se entenda serem dignos de pena factos que compõem delitos penais substancialmente equivalentes. Como procuraremos ilustrar de seguida, o mesmo poderá regra geral entender-se em relação a outras estatuições legais contra-ordenacionais que impõem deveres de colaboração dos particulares. Nesta análise centraremos a nossa atenção nas obrigações legais de cooperação com as autoridades de supervisão e de fiscalização das diversas áreas de regulação económica e social por ser aí que se fazem hoje sentir as mais intensas exigências de colaboração postas aos particulares, frequentemente com restrições de direitos, liberdades e garantias fundamentais de tal modo gravosas que vêm gerando acesa discussão doutrinal e jurisprudencial. Como é por demais conhecido, é em torno da admissibilidade da compressão do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* no âmbito da supervisão e fiscalização económicas que o debate se tem polarizado entre nós, inicialmente focado

²⁶⁹⁴ Substancialmente nestes termos, o Ac. do TC n.º 274/98: “A opção de criminalização tomada pelo legislador quanto ao não acatamento da ordem de demolição por parte do infractor não se afigura violadora dos princípios da justiça e da proporcionalidade. Na verdade, a Administração não tem de manter serviços dimensionados para proceder sistematicamente a tais demolições”.

sobretudo no plano contra-ordenacional²⁶⁹⁵, mas rapidamente alastrando ao âmbito penal, com especial incidência na área fiscal²⁶⁹⁶.

3. Os deveres de colaboração que temos em mira são aqueles cuja violação acarreta para o particular uma responsabilidade contra-ordenacional. Por vezes, a falta de cooperação fá-lo incorrer na prática de um crime, mas a consequência geralmente prevista é de ordem contra-ordenacional. Não obstante poder estar aqui em causa, mediata ou até mesmo imediatamente²⁶⁹⁷, uma punição do particular por incumprimento de determinada obrigação legal de cooperação com a administração, esta dimensão do problema pouco tem despontado no âmbito das reflexões doutrinárias e jurisprudenciais que neste contexto se vêm desenvolvendo. As preocupações dirigem-se praticamente todas para a vertente do princípio da proibição da auto-inculpação e seus efeitos mediatos sobre uma eventual condenação penal ou contra-ordenacional ditada na sequência, e como resultado, de uma sua restrição no âmbito do respectivo processo. Seja como for, dada a íntima e inarredável conexão entre estas questões atinentes ao *nemo tenetur* e o plano da possível responsabilização contra-ordenacional por infracção de um dever de cooperação, desde logo ao nível da delimitação do tipo objectivo do facto punível ou eventualmente ainda da sua justificação pelo exercício do direito à não auto-inculpação, tais preocupações relevam igualmente na perspectiva de uma tal responsabilização. Mais ainda, as posições que em face delas se assumam quanto à admissibilidade constitucional de uma larga margem de limitação do princípio da proibição da auto-inculpação de modo algum podem considerar-se indiferentes para uma reflexão sobre a dignidade penal das contra-ordenações que visam conferir efectividade a tais obrigações de colaboração.

²⁶⁹⁵ DIAS, Figueiredo / ANDRADE, Costa, “Poderes de supervisão, direito ao silêncio e provas proibidas (Parecer)”; PINTO, Frederico da Costa, “Supervisão do mercado...”; MENDES, Paulo de Sousa, “O procedimento sancionatório especial por infracção às regras de concorrência”, in: Maria Fernanda Palma *et. al.* (coord.), *Direito Sancionatório das Autoridades Reguladoras*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 209 e ss., e “As garantias de defesa no processo sancionatório especial por práticas restritivas da concorrência confrontadas com a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem”, *C&R*, n.º 1, 2010, p. 121 e ss.; DIAS, Silva, “O direito à não auto-inculpação no âmbito das contra-ordenações do Código dos Valores Mobiliários”, p. 237 e ss.; DIAS, Silva / RAMOS, Vânia Costa, *O Direito à Não Auto-Inculpação*, p. 67 e ss.; e Ac. do TC n.ºs 461/2011 (*AcsTC* 82.º, p. 285 e ss.) e 78/2013.

²⁶⁹⁶ DIAS, Silva / RAMOS, Vânia Costa, *O Direito à Não Auto-Inculpação*, p. 43 e ss.; DIAS, Augusto Silva, “Têm os deveres de cooperação do art. 7.º e ss. do DL n.º 29/2008, de 25 de Fevereiro, implicações processuais penais ou contra-ordenacionais?”, in: Maria Fernanda Palma *et. al.* (org.), *Direito Penal Económico e Financeiro*, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 433 e ss.; e Ac. do TC n.º 340/2013.

²⁶⁹⁷ Ac. do TC n.º 78/2013.

Se é indisputadamente reconhecido que os limites postos à eficácia do princípio da proibição da auto-inculpação *representam uma restrição de direitos, liberdades e garantias fundamentais* daqueles que se encontram legalmente obrigados a cooperar com a administração a submeter ao crivo dos princípios da proporcionalidade em sentido amplo e da intangibilidade do núcleo essencial dos direitos de liberdade consagrados nos n.ºs 2 e 3 do art. 18.º da Constituição²⁶⁹⁸ seria incompreensível uma eventual incomunicabilidade desta perspectiva com o feixe de questões que se prendem com a natureza material da infracção em que tais pessoas podem incorrer precisamente por violar essa sua obrigação legal. Não queremos com isto dizer que a legitimidade para a compressão do direito à não auto-inculpação valha como imediata credencial para que se afirme a dignidade penal de tal facto. Mas na medida em que em relação a esse mesmo facto podem as normas do art. 18.º, n.ºs 2 e 3, da Constituição, ser convocadas a dois diferentes títulos – para avaliar a admissibilidade de um afastamento do princípio *nemo tenetur* e para apreciar uma eventual dignidade penal da infracção correspondente – estranho seria que uma e outra ponderação se mantivessem incomunicáveis em compartimentos estanques.

Estes deveres de colaboração com as entidades reguladoras e com as autoridades de fiscalização sob tutela governamental a que nos vimos referindo assumem feições e propósitos da mais variada ordem, ora caindo na esfera penal, ora na contra-ordenacional, sendo absolutamente insondáveis as razões pelas quais o legislador nuns casos enveredou por uma solução penal e noutros, materialmente equivalentes, seguiu antes uma opção contra-ordenacional. Se isto é sinal de uma pouco recomendável cacofonia legislativa, é também por seu turno indício de que as escolhas contra-ordenacionais resultarão não tanto, provavelmente, da ausência de dignidade penal, mas mais da desnecessidade de pena e de uma intenção de manter o poder sancionatório relativo às falhas de cooperação justamente nas mãos da autoridade a quem ela deve ser prestada.

4. A falta de colaboração no seu sentido mais genérico de *desobediência pura e simples a uma ordem* ou a um dada decisão ou determinação da entidade administrativa pode tanto implicar responsabilidade criminal, como contra-ordenacional.

²⁶⁹⁸ Cf. DIAS, Figueiredo / ANDRADE, Costa, “Poderes de supervisão, direito ao silêncio e provas proibidas (Parecer)”, p. 44 e s., e Acs. do TC n.º 461/2011 (*AcsTC* 82.º, p. 292 e ss.) e n.º 340/2013.

Enquanto o não acatamento de ordens legítimas ditadas pela CMVM no âmbito das suas funções de supervisão faz incorrer o desobediente em crime de desobediência²⁶⁹⁹, já o não cumprimento de decisões ou determinações do Banco de Portugal²⁷⁰⁰, da ANACOM²⁷⁰¹, da ERS²⁷⁰² ou das autoridades administrativas no âmbito do processamento das contra-ordenações ambientais²⁷⁰³ corresponde à prática de uma contra-ordenação. A hibridez do sistema legal nesta matéria vai ao ponto de prever uma responsabilidade alternativa penal ou contra-ordenacional consoante o agente seja uma pessoa individual ou uma pessoa colectiva. É o que se verifica no caso de desobediência a ordens ou decisões da ERSE, com a estranha particularidade de a via penal poder ser accionada mais facilmente que a contra-ordenacional. Assim, se a pessoa colectiva responde por contra-ordenação apenas em caso de incumprimento grave ou reiterado de decisão da ERSE, para que os seus administradores respondam por crime de desobediência qualificada já é suficiente que a sua representada não cumpra as ordens ou decisões que lhe hajam sido dirigidas pela ERSE, independentemente, portanto, da sua gravidade ou reiteração.

Se alguma ilação é possível retirar destas incompreensíveis disparidades legais é que nenhum claro sinal será possível delas extrair quanto à dignidade penal desta pluralidade de infracções à luz da protecção da autonomia intencional do Estado. Sintomaticamente, o crime de desobediência às ordens da CMVM é um dos exemplos invocados por Massimo Donini para ilustrar a diluição das fronteiras entre o direito penal e o direito contra-ordenacional no sistema jurídico português²⁷⁰⁴. A única coisa que parece poder entender-se é que, sendo relativamente homogéneo o conteúdo de ilicitude destas várias infracções de desobediência, a conclusão quanto à existência de dignidade penal válida para uma certa fenomenologia típica deverá estender-se às demais constelações cujo substrato seja materialmente idêntico, tenham elas estatuto penal ou contra-ordenacional.

5. Muito comum no direito contra-ordenacional português da regulação é a qualificação como contra-ordenação do incumprimento de deveres de colaboração

²⁶⁹⁹ Art. 391.º-1 do CVM. Não certamente por

²⁷⁰⁰ Art. 211.º, *o*), do RGICSF

²⁷⁰¹ Arts. 113.º-3, *bbb*), da Lei n.º 5/2004, e 49.º-1, *ff*), da Lei n.º 17/2012.

²⁷⁰² Art. 51.º-1, *b*), do Decreto-Lei n.º 127/2009.

²⁷⁰³ Art. 25.º-1 da LQCA.

²⁷⁰⁴ DONINI, “La riforma della legislazione penale complementare”, p. 29 e s.

consubstanciados na *prestação de informações*, escritas e orais, que além de não poderem ser negadas, devem ser completas, verdadeiras e exactas, e na *disponibilização de documentos*. Estas exigências podem ser impostas aos agentes dos vários sectores económicos em diferentes contextos, que importa discernir.

5.1 Poderá dar-se desde logo o caso de estes deveres de prestação de informações ou de entrega de documentos físicos ou digitais se encontrarem legalmente previstos num contexto *vocacionadamente sancionatório*.

É o que se prevê no art. 18.º do Regime Jurídico da Concorrência (Lei n.º 19/2012). De acordo com este preceito, “no exercício dos seus poderes sancionatórios, a Autoridade da Concorrência (...) pode, designadamente: *a*) interrogar a empresa e demais pessoas envolvidas, pessoalmente ou através de representante legal, bem como solicitar-lhes documentos e outros elementos de informação que entenda convenientes ou necessários para o esclarecimento dos factos; *b*) inquirir quaisquer outras pessoas (...) bem como solicitar-lhes documentos e outros elementos de informação”. Constitui contra-ordenação a não prestação ou a prestação de informações falsas, inexactas ou incompletas, em resposta a pedido da Autoridade da Concorrência, no uso dos seus poderes sancionatórios, bem como a não colaboração solicitada nos termos daquele art. 18.º do RJC²⁷⁰⁵.

Previsões semelhantes encontram-se igualmente vertidas no RJC para densificação e reforço de efectividade do dever de colaboração dos particulares com a AdC já não no âmbito do exercício de poderes sancionatórios, mas no contexto do uso de poderes de supervisão e da realização de estudos, inspecções e auditorias²⁷⁰⁶. Com esta dilucidação logo se percebe que a colaboração que naquele art. 18.º do RJC se impõe aos agentes económicos e demais pessoas em geral é prevista pelo legislador no pressuposto de que a AdC se encontra no exercício de poderes sancionatório, isto é, no âmbito de um processamento contra-ordenacional, com vista ao apuramento de possíveis contra-ordenações traduzidas em práticas restritivas da concorrência.

Mesmo sendo este o cenário que se encontra em pano de fundo, não consta da Lei da Concorrência qualquer travão explícito a uma exigência de cooperação dirigida aos próprios visados pela investigação ditada pela AdC no exercício dos seus poderes

²⁷⁰⁵ Art. 68.º, n.º 1, *h*) e *j*), do RJC.

²⁷⁰⁶ Arts. 43.º, 60 e ss. e 68.º, n.º 1, *i*) e *j*), do RJC.

sancionatórios. Isto apesar de ser evidente que numa boa parte dos casos será inevitável que a abordagem empreendida pela AdC ocorra num momento em que, aos olhos destas, tais pessoas serão já tidas como suspeitas. Realidade que, sendo por demais conhecida e debatida no foro e na doutrina, não pôde deixar de estar presente no espírito do legislador na hora de sopesar o interesse público no esclarecimento de factos anticoncorrenciais e de apuramento das respectivas responsabilidades contra-ordenacionais e o possível interesse dos particulares, pessoas individuais e colectivas, de não contribuírem para uma sua eventual futura condenação. Nesta ponderação, optou decididamente o legislador português, sob óbvia influência comunitária, pela prevalência do interesse na descoberta da verdade material e da realização da justiça contra-ordenacional.

Na senda da já antiga jurisprudência *Orkem* do TJUE²⁷⁰⁷ e com o aval prévio conferido pelo nosso Tribunal Constitucional no seu Acórdão n.º 461/2011, entendeu o legislador nacional, na Lei n.º 19/2012 que aprovou o Novo Regime Jurídico da Concorrência, determinar para as “empresas e demais pessoas *envolvidas*” uma obrigação de entrega à AdC de documentos tidos como convenientes ou necessários para o esclarecimento dos factos. Vai aqui inerente uma derrogação do privilégio contra a auto-inculpação que tende a ser vista como constitucionalmente admissível²⁷⁰⁸. Isto o que significa que, detenha ou não a condição processual de arguido, o destinatário da determinação de entrega de documentação com relevo para o apuramento dos factos objecto de procedimento aberto pela AdC no uso dos seus poderes sancionatórios não poderá subtrair-se à sua disponibilização à AdC mesmo que receie ou tenha até a certeza de que daí resultará a sua responsabilização contra-ordenacional. Concomitantemente, caso se recuse a colaborar será, em princípio, improcedente a invocação do privilégio constitucional contra a auto-inculpação para obstar a uma punição contra-ordenacional por falta de cooperação.

Este dever de colaboração não se fica, todavia, por aqui, continuando a valer mesmo quando a AdC entenda “*interrogar* a empresa e demais pessoas *envolvidas*”, estando a “não prestação ou a prestação de informações falsas, inexatas ou

²⁷⁰⁷ Cf. *Orkem c. Comissão*, Acórdão do TJ de 18-10-1989 (Proc. 364/87), n.º m. 34.

²⁷⁰⁸ Assim, o Ac. do TC n.º 461/2011 (*AcsTC* 82.º, p. 291 e ss.), e MENDES, Paulo de Sousa, “O procedimento sancionatório especial por infracção às regras de concorrência”, p. 220 e ss., e “As garantias de defesa no processo sancionatório especial por práticas restritivas da concorrência...”, p. 136 e ss. Contra, todavia, DIAS, Silva / RAMOS, Vânia Costa, *O Direito à Não Auto-Inculpação*, pp. 68 e ss. e 74 e ss.

incompletas” sujeita a ameaça contra-ordenacional. Embora também aqui não haja na Lei da Concorrência uma salvaguarda explícita do princípio da proibição da auto-inculpação, agora na sua dimensão específica e autónoma de direito ao silêncio propriamente dito, há consenso, na jurisprudência comunitária e nacional e na doutrina, de que seria constitucionalmente inaceitável levar o dever de colaboração a um extremo que representasse um sacrifício da garantia fundamental da possibilidade de recusa de *declarações* sobre os factos que enformam a suspeita. Deste modo, quando a AdC haja já formado uma convicção de suspeita fundada sobre as pessoas envolvidas nos factos objecto de indagação, caso queira tomar-lhes declarações deverá constituí-las arguidas²⁷⁰⁹ – estatuto processual que pode ainda ser adquirido sob expressa solicitação dos visados, mediante recurso ao art. 59.º-2 do CPP²⁷¹⁰ – e será lícita a recusa de colaboração.

Todo este contexto sobre o qual gravitam os tipos contra-ordenacionais constantes do art. 68.º, n.º 1, *h*) e *j*), do RJC, é bem ilustrativo de quais os interesses a cuja prossecução se encontram eles afectos. Considerando a sua íntima conexão com a tarefa cometida à AdC de instrução probatória das infracções contra-ordenacionais anticoncorrenciais tipificadas na Lei da Concorrência, resulta claro que o bem jurídico por eles protegido é a *realização da justiça*. Assim, tal como vários delitos penais se dirigem à tutela da realização da justiça no âmbito contra-ordenacional²⁷¹¹, também as contra-ordenações tipificadas nas alíneas *h*) e *j*) do n.º 1 do art. 68.º do RJC estão ao serviço da protecção deste interesse supra-individual que é a função estadual de realização da justiça²⁷¹², neste caso na sua vertente probatória²⁷¹³.

²⁷⁰⁹ Cf. DIAS, Silva / RAMOS, Vânia Costa, *O Direito à Não Auto-Inculpação*, p. 75 e s., DIAS, Silva, “O direito à não auto-inculpação no âmbito das contra-ordenações do Código dos Valores Mobiliários”, p. 255 e s., MENDES, Paulo de Sousa, “As garantias de defesa no processo sancionatório especial por práticas restritivas da concorrência...”, p. 138 e s., e, tanto quanto parece, em *obiter dictum*, o Ac. do TC n.º 461/2011 (*AcsTC* 82.º, p. 292).

²⁷¹⁰ Nesta direcção, o Ac. do TC n.º 461/2011 (*AcsTC* 82.º, p. 291 e s.)

²⁷¹¹ Cf. os arts. 360.º (considerando este preceito aplicável ao processo contra-ordenacional, Figueiredo Dias, *in: Código Penal. Actas e Projecto da Comissão de Revisão*, 1993, p. 535, e ALBUQUERQUE, Pinto de, ²CP, Art. 360.º, n.º m. 10); 365.º-2, caso se entenda, o que porém está longe de ser líquido, que a realização da justiça constitui um bem jurídico tutelado pelo crime de denúncia caluniosa (assim, o Ac. do STJ n.º 8/2006, mas em sentido negativo, ANDRADE, Costa, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, III, Art. 365.º, § 16 e ss.); e 366.º-2 do CP.

²⁷¹² Sobre a realização da justiça *como função* do Estado que configura um bem jurídico colectivo, cf. SEIÇA, A. Medina de, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, III, Antes do art. 359.º e Art. 360.º, § 2.

²⁷¹³ Cf. ANDRADE, Manuel da Costa, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, III, Art. 366.º, § 6, e BRANDÃO, Nuno, “Inverdades e consequências: considerações em favor de uma concepção subjectiva da falsidade de testemunho”, *RPCC*, 3/2010, p. 499 e ss.

5.2 Os tipos de colaboração a que nos referimos no ponto anterior são ainda moeda corrente em muitos outros domínios regulatórios, tanto da esfera da regulação económica, como da regulação social. Além de outras mais, no exercício das suas actividades de supervisão ou de fiscalização administrativa deverão beneficiar de tais formas de cooperação entidades como a CMVM²⁷¹⁴, o BdP²⁷¹⁵, a AdC²⁷¹⁶, o ISP²⁷¹⁷, a ANACOM²⁷¹⁸, a ERSE²⁷¹⁹, a ERS²⁷²⁰, a Autoridade Tributária²⁷²¹ ou a ACT²⁷²².

As múltiplas prescrições legais que, sob as mais variadas formas, estabelecem deveres de informar, de informar de modo verdadeiro, exacto e completo e de facultar elementos e documentos à autoridade administrativa recebem, sem excepção, o apoio de disposições de natureza sancionatória. Na esmagadora maioria dos casos essas normas detêm natureza contra-ordenacional, sendo frequente a ameaça com coimas com limites máximos extraordinariamente elevados²⁷²³. Numa situação, pelo menos, o legislador optou, todavia, por criminalizar a falta de colaboração das pessoas sujeitas a fiscalização: no âmbito laboral incorre no crime de desobediência qualificada o empregador que não apresentar à administração documento ou outro registo por esta requisitado que interesse ao esclarecimento de qualquer situação laboral (art. 547.º, *b*), do CT)²⁷²⁴.

Entre estes deveres sobre os quais ora nos detemos e aqueles, enunciados imediatamente supra, que valem no âmbito do exercício dos poderes sancionatórios da AdC há uma significativa zona de sobreposição. É ela formada por todas as diversas modalidades de cooperação legalmente previstas que possam ser impostas no quadro

²⁷¹⁴ Arts. 389.º-1, *b*) e *c*), do CVM.

²⁷¹⁵ Art. 211.º, *g*), *p*) e *r*), do RGICSF.

²⁷¹⁶ Art. 68.º-1, *i*) e *j*), do RJC.

²⁷¹⁷ Arts. 212.º, *b*), e 213.º, *g*) e *h*), do Decreto-Lei n.º 94-B/98.

²⁷¹⁸ Arts. 108.º, 109.º, 112.º e 113.º-2, *mm*), da Lei n.º 5/2004; e arts. 45.º, 46.º e 49.º-1, *k*), da Lei n.º 17/2012.

²⁷¹⁹ Arts. 7.º e 28.º, *l*), *m*) e *n*), da Lei n.º 9/2013.

²⁷²⁰ Art. 51.º-1, *c*) e *d*), do Decreto-Lei n.º 127/2009.

²⁷²¹ Arts. 110.º, 111.º e 113.º do RGIT.

²⁷²² Arts. 547.º e 552.º do CT.

²⁷²³ V. g., “a prestação de informação à CMVM que não seja completa, verdadeira, actual, clara objectiva e lícita ou a omissão dessa prestação” constitui contra-ordenação muito grave, punível, no caso de pessoa colectiva, com coima entre € 25.000 e € 5.000.000 (arts. 389.º-1, *c*), e 388.º-1, *a*), do CVM); e a “falta de colaboração com a ERSE no exercício das funções desta” é punível, tratando-se de pessoa colectiva, com coima que pode ascender a 10% do respetivo volume de negócios (arts. 28.º-1, *m*), e 32.º-2 da Lei n.º 9/2013).

²⁷²⁴ É este um exemplo mais de um crime de desobediência que se reconduz à categoria dos ilícitos de desobediência em sentido impróprio proposta supra.

das funções de supervisão ou de fiscalização levadas a cabo pelas autoridades administrativas quando estas assumam um vezo já marcadamente sancionatório, suposta, claro está, a integração do procedimento contra-ordenacional nestas missões de controlo administrativo²⁷²⁵. Não seria, porém, exacto assimilá-las à sobredita função de realização da justiça na medida em que os deveres de colaboração com as entidades reguladoras a que os particulares se encontram sujeitos, *ope legis* ou na sequência de específica determinação da autoridade administrativa suportada numa dada autorização legal, transcendem largamente o estrito plano do processamento sancionatório.

No âmbito da regulação económica, a função de garante do funcionamento regular e concorrencial dos mercados que às autoridades reguladoras é cometida para cumprimento da responsabilidade pública de garantia implica para estas a realização em permanência de actividades de controlo e monitorização do funcionamento dos mercados. Considerando, por exemplo, o mercado de capitais, “a supervisão, enquanto actividade constante de acompanhamento do mercado”²⁷²⁶ desdobra-se em quatro segmentos, autonomizados “em função do seu objecto: a supervisão organizativa, a supervisão prudencial, a supervisão comportamental e a vertente sancionatória”²⁷²⁷. Com isto logo se intui como seria insuportavelmente redutor pretender reconduzir o vastíssimo e diversificado leque de tarefas confiadas às entidades reguladoras englobadas na ideia geral de *supervisão* à missão que também nesse contexto deve ser desempenhada pelas autoridades administrativas independentes de investigação e sancionamento de factos com relevo contra-ordenacional. Os deveres de colaboração com a supervisão que sobre os regulados impendem visam pois cumprir finalidades muito mais amplas do que a simples instrução de processos sancionatórios.

Esta mesma perspectiva deve valer noutros domínios que não apenas os da regulação e supervisão dos sectores vitais da actividade económica e financeira. Sem que se queira prolongar excessiva e desnecessariamente uma caracterização das tarefas de controlo administrativo que é em si mesma por demais evidente, atente-se só ainda

²⁷²⁵ Apontando também para a integração da vertente sancionatória na actividade de vigilância conatural à regulação, *i. e.*, de supervisão, MOREIRA, Vital, *Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*, p. 36 e s., DIAS, Figueiredo / ANDRADE, Costa, “Poderes de supervisão, direito ao silêncio e provas proibidas (Parecer)”, p. 22 e ss., PINTO, Frederico da Costa, “Supervisão do mercado...”, p. 77 e ss., e o Ac. do TC n.º 461/2011 (*AcsTC* 82.º, p. 288); contra, todavia, distinguindo supervisão e sancionamento, CATARINO, Luís, *Regulação e Supervisão dos Mercados de Instrumentos Financeiros*, p. 287 e s., e FERREIRA, Paz / MORAIS, Silva, “A regulação sectorial da economia”, p. 31 e s.

²⁷²⁶ PINTO, Frederico da Costa, “Supervisão do mercado...”, p. 78.

²⁷²⁷ PINTO, Frederico da Costa, “Supervisão do mercado...”, p. 78.

no exemplo das inspecções tributárias. Por norma, objectivo primário das fiscalizações empreendidas pela Administração Tributária não é o de indagar possíveis infracções penais ou contra-ordenacionais cometidas pelos contribuintes, mas apurar a sua situação tributária e liquidar os impostos que porventura se encontrem em falta. Para que tal tarefa possa desenrolar-se em condições de eficácia é imprescindível a colaboração das pessoas fiscalizadas²⁷²⁸, mediante prestação de informações, entrega de documentos, apresentação da contabilidade, *etc.* Tudo exigências que as leis tributárias impõem à sociedade e que o RGIT reforça com a cominação de coimas para a sua violação²⁷²⁹. Se da actividade fiscalizadora puder resultar a imputação de crimes ou contra-ordenações fiscais é essa, em todo o caso, uma consequência reflexa.

Pelo que vem de se expor, percebe-se que a colaboração que os particulares devem prestar às autoridades administrativas como elemento imprescindível para viabilizar o exercício das missões de supervisão e de fiscalização que a elas são confiadas²⁷³⁰ de modo algum pode ser identificada apenas com a necessidade de garantir as condições necessárias ao desenvolvimento de procedimentos de natureza sancionatória que a essas entidades cabe igualmente desempenhar.

Por seu turno, a teleologia que orienta e permite conceber os inúmeros e plurifacetados concretos deveres de cooperação postos a cargo dos particulares num quadro dotado de um mínimo de coerência sistemática é precisamente a prossecução de tais missões. A colaboração que aos particulares é ou pode ser exigida seria incompreensível e materialmente injustificada se não fosse ela perspectivada à luz destas funções de eminente interesse público cuja prossecução é cometida às autoridades administrativas. Plano em que avulta ainda o *topos* da responsabilidade social dos agentes económicos inerente à ideia-chave de partilha de responsabilidades que figura como pedra-de-toque do paradigma do Estado de Garantia, aliás frequentemente invocada para relativizar a força que aqui deve ser reconhecida ao princípio *nemo tenetur*²⁷³¹. É esta irredutível imbricação dos deveres de colaboração dos privados nas funções de supervisão e de fiscalização que à administração cumpre

²⁷²⁸ DIAS, Silva / RAMOS, Vânia Costa, *O Direito à Não Auto-Inculpação*, p. 43 e ss.

²⁷²⁹ Cf. DIAS, Silva / RAMOS, Vânia Costa, *O Direito à Não Auto-Inculpação*, p. 44 e ss., e Ac. do TC n.º 340/2013.

²⁷³⁰ Ac. do TC n.º 78/2013.

²⁷³¹ Cf. PINTO, Frederico da Costa, “Supervisão do mercado...”, p. 97, MENDES, Paulo de Sousa, “O procedimento sancionatório especial por infracção às regras de concorrência”, p. 222, e Acs. do TC n.º 461/2011 (*AcsTC* 82.º, p. 291) e n.º 78/2013..

exercer que *legitima* não só a sua imposição como ainda necessariamente a punição, penal ou contra-ordenacional, da sua violação.

Numa economia de mercado como a actual, global, ultraliberalizada e marcada por assimetrias abissais de informação e de poder económico entre os múltiplos tipos de agentes económicos que se cruzam no mercado, ninguém poderá hoje seriamente duvidar da *absoluta imprescindibilidade* das funções estaduais de supervisão e de fiscalização do regular funcionamento dos mercados e dos comportamentos das empresas que neles operam. Isto a um ponto em que se justifica conceber o Estado fundamentalmente como Estado Garantidor. A responsabilidade pública de garantia que dá corpo ao actual paradigma da actuação do Estado no mundo da economia e das relações económicas cumpre-se basicamente através da regulação e da supervisão. E assim, tal como entende o Tribunal Constitucional, devem as funções de regulação, supervisão e fiscalização da actividade económica ser encaradas como “funções de *excepcional relevância pública*”²⁷³². Destarte, a supervisão representa actualmente um bem que agrega e confere unidade de sentido a dimensões de interesse público da mais variada e elevada ordem, exprimindo assim um valor social suficientemente denso e materialmente relevante para abrir caminho à sua compreensão como bem jurídico colectivo²⁷³³.

É a esta luz que cremos deverem ser perspectivados os deveres de colaboração que aos particulares são a todo o momento exigidos sob ameaça contra-ordenacional no âmbito da supervisão das actividades sujeitas à regulação económica e social do Estado Garantidor²⁷³⁴. Estando em causa a tipificação contra-ordenacional da violação do dever de prestar informações à administração, do dever de fornecer esclarecimentos fidedignos dos factos objecto de indagação, do dever de facultar documentos, relatórios, registos *etc.*, o *bem jurídico* que através desses tipos contra-ordenacionais se visa *imediatamente* proteger é a *função estadual de supervisão* das actividades económicas objecto dos esquemas estaduais de regulação económica e de regulação social.

5.3 Uma ponderação sobre a dignidade penal de violações de deveres de informação e de disponibilização de dados e documentos com significado contra-ordenacional

²⁷³² Ac. do TC n.º 78/2013 (it. nosso).

²⁷³³ Numa conclusão similar, já TIEDEMANN, “La recente evoluzione del diritto penale dell’economia...”, p. 113, considerando, em oposição expressa às antigas concepções de Goldschmidt e de Wolf, o funcionamento da administração como um verdadeiro e próprio bem jurídico.

²⁷³⁴ Cf. Ac. do TC n.º 78/2013.

implica, consoante os domínios normativos em que eles emanam, uma sua consideração em função das finalidades imediatas de tutela características dos tipos contra-ordenacionais desta espécie. Via de regra, por eles procura-se *prima facie* assegurar a protecção ora do interesse colectivo da realização da justiça (supra, 5.1), ora do bem jurídico supra-individual da realização da função de supervisão (supra, 5.2). Dado todo o contexto que assoma em fundo, dando corpo ao paradigma do Estado Garantidor, e os plúrimos e eminentes interesses individuais e supra-individuais ao serviço dos quais se encontram a realização da justiça contra-ordenacional e o exercício da supervisão²⁷³⁵ temos como incontornável uma *admissão de princípio da dignidade penal das ofensas a estes bens jurídicos supra-individuais* consubstanciadas em factos como a não prestação de informações às entidades reguladoras, a prestação de informações falsas, inexactas ou incompletas ou a não disponibilização de elementos informáticos ou de documentação cuja entrega lhes seja devida.

O relevo constitucional *per se* da realização das funções da justiça e da supervisão, bem como a desestabilização do seu funcionamento e a deturpação das avaliações e decisões que no seu âmbito têm lugar que tais ofensas são susceptíveis de gerar constituem penhor seguro da sua dignidade penal, atenta a autónoma e elevada danosidade social que lhes é inerente.

Prova provada disto mesmo são os brutais custos sociais e financeiros, para a comunidade e para o Estado, resultantes das, agora indisfarçáveis, *falhas continuadas de supervisão* induzidas pela quebra frequente, quando não mesmo sistemática, de deveres de lealdade e de colaboração das entidades reguladas para com os supervisores da área económico-financeira postas a nu pela crise do nosso sistema financeiro instalada desde 2008 e dadas a conhecer, além do mais, por alguns grandes processos penais e contra-ordenacionais e pela Comissão Parlamentar de Inquérito ao Processo de Nacionalização do Banco BPN.

Os tipos contra-ordenacionais através dos quais se procura dar efectiva consistência aos deveres de colaboração ocorrem a necessidades de diversa ordem postas por aqueles bens jurídicos colectivos.

Em parte sobreleva a preocupação de assegurar a *integridade, a completude e a total fidedignidade* dos dados factuais e dos elementos documentais sobre os quais

²⁷³⁵ Cf. DIAS, Figueiredo / ANDRADE, Costa, “Poderes de supervisão, direito ao silêncio e provas proibidas (Parecer)”, p. 46 e ss., PINTO, Frederico da Costa, “Supervisão do mercado...”, p. 70 e ss., e Ac. do TC n.º 461/2011 (*AcsTC* 82.º, p. 291 e ss.).

incidem as ponderações das autoridades administrativas e na base dos quais são tomadas as suas decisões.

De suma importância é ainda a necessidade de garantir a *capacidade funcional* da administração para levar a cabo eficientemente as suas funções de realização da justiça²⁷³⁶ e de supervisão. Como é por todos reconhecido, exigir da administração que envidasse sozinha todos os esforços necessários ao cumprimento cabal dessas funções seria votá-las antecipadamente ao fracasso. É esta mesma racionalidade que contribui para dar sustentação material à conformidade constitucional da exigência legal de colaboração com a administração através da entrega de documentos tidos como necessários para o exercício de poderes de processamento contra-ordenacional e/ou de supervisão²⁷³⁷. A pretensão de fazer aqui prevalecer o princípio da proibição da auto-incriminação, acompanhada de uma exigência de recurso aos meios coactivos postos ao dispor das autoridades administrativas (v. g., buscas e apreensões) para ultrapassar uma recusa de colaboração fundada no privilégio contra a auto-inculpação²⁷³⁸, implicaria um risco sério de paralisação ou pelo menos de comprometimento de um exercício minimamente eficaz das funções de realização da justiça e da supervisão.

Aceite e levada às suas últimas consequências a primazia do princípio *nemo tenetur*, não poderia deixar de reconhecer-se aos particulares o direito de recusa de colaboração ainda que no espírito da entidade de supervisão nenhuma suspeita de infracção sobre eles recaísse. Mesmo nos mais banais pedidos de documentação, tivesse o destinatário consciência que da sua entrega resultaria muito provavelmente uma sua futura responsabilização sancionatória logo poderia invocar o seu direito à não auto-incriminação²⁷³⁹. Desta forma, os mecanismos coercivos que a lei concede aos

²⁷³⁶ Sobre esta dimensão específica da função de realização da justiça, ANDRADE, Costa, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, III, Art. 365.º, § 11, e Art. 366.º, § 6 e s.

²⁷³⁷ PINTO, Frederico da Costa, “Supervisão do mercado...”, *passim*, Ac 461/2011

²⁷³⁸ DIAS, Silva / RAMOS, Vânia Costa, *O Direito à Não Auto-Inculpação*, p. 76 e s., e DIAS, Silva, “O direito à não auto-inculpação no âmbito das contra-ordenações do Código dos Valores Mobiliários”, p. 258.

²⁷³⁹ Um aspecto que é desconsiderado por DIAS, Silva, “O direito à não auto-inculpação no âmbito das contra-ordenações do Código dos Valores Mobiliários”, p. 245 e s., quando, olhando para o problema apenas sob o prisma da administração, entende que a garantia do *nemo tenetur* só se torna funcional e activável “quando na dialéctica exercício de poderes de fiscalização e supervisão/cumprimento de deveres de cooperação surge a suspeita da prática da infracção”. Trata-se, a nosso ver de uma perspectiva redutora. Mesmo que a administração não possua ainda qualquer suspeita sobre factos com relevo penal ou contra-ordenacional imputáveis àquele sobre quem recai um dever de colaboração, a obrigação de cooperar que neste contexto se lhe pretenda impor contende já com o seu privilégio contra a auto-incriminação. Retomando um dos exemplos apresentados por DIAS, Silva, *idem*, p. 245, quando, numa operação *stop*, a polícia ordena a um condutor que “sobre o balão” e este sabe de antemão que vai acusar uma taxa de álcool no sangue proibida, a obrigação de colaborar a que o condutor não pode subtrair-se,

reguladores para enfrentar situações patológicas de consabida ou previsível falta de colaboração ou até de obstrução ao exercício da justiça ou da supervisão poderiam acabar por tornar-se nos meios normais de obtenção dos elementos e documentos necessários para o efeito. Isto com óbvias implicações para o dimensionamento dos recursos humanos e materiais afectos a essas missões e com um prejuízo socialmente insuportável para a fluidez e celeridade dos processos sancionatórios e de supervisão.

A necessidade de protecção da capacidade funcional das autoridades administrativas constitui assim fundamento para uma limitação do princípio da proibição da auto-incriminação quando estejam em causa formas de cooperação que consistam na disponibilização à administração de dados, elementos ou documentos²⁷⁴⁰. Mas não só. É suficiente para que não devam reputar-se sem mais como desproporcionados os elevados limites máximos de coima aqui frequentemente previstos²⁷⁴¹. E constitui motivo bastante para que possa manter-se um juízo de dignidade penal em relação aos factos contra-ordenacionais em apreço mesmo quando a eles possam reconduzir-se falhas de colaboração que por si só são de pequena monta e/ou poderiam ser superadas pela administração sem dificuldade de maior através do uso de meios coactivos. Tal como vimos suceder em relação à vertente da capacidade funcional do bem jurídico da autonomia intencional do Estado tutelado pelo *crime* de desobediência²⁷⁴², nesta faceta de protecção da eficiência da administração da justiça e da realização da função de supervisão cobra pleno sentido um pensamento cumulativo²⁷⁴³. Através dele pode inferir-se a dignidade penal das ofensas que, apesar

sob pena inclusive de incorrer na prática de um crime, representa uma restrição do princípio *nemo tenetur*, como aliás é expressa e concludentemente sustentado por DIAS, Silva / RAMOS, Vânia Costa, *O Direito à Não Auto-Inculpação*, p. 24 e ss. Do que se tratará então é de saber se essa limitação detém base legal e se se mostram respeitadas as exigências constitucionalmente impostas à restrição de direitos, liberdades e garantias fundamentais das pessoas – nesta direcção, DIAS, Figueiredo / ANDRADE, Costa, “Poderes de supervisão, direito ao silêncio e provas proibidas (Parecer)”, p. 44 e ss.

Este quadro é, por sua vez, e em sentido inverso, indevidamente desconsiderado por PINTO, Frederico da Costa, “Supervisão do mercado...”, p. 85 e ss., quando, numa construção exasperadamente formal, conclui que “a actividade de fiscalização não é sinónimo de processo sancionatório, este só começa quando se confronta um arguido com uma infracção cometida. Antes disso, a actividade de esclarecimento da situação faz parte da supervisão ou fiscalização, mas não dum processo sancionatório”. Para uma justa crítica desta posição de F. Costa Pinto, denunciando a sua flagrante contradição em relação à premissa de toda a sua concepção segundo a qual o poder sancionatório contra-ordenacional da CMVM é parte integrante da sua função de supervisão, DIAS, Silva, “O direito à não auto-inculpação no âmbito das contra-ordenações do Código dos Valores Mobiliários”, p. 253.

²⁷⁴⁰ DIAS, Figueiredo / ANDRADE, Costa, “Poderes de supervisão, direito ao silêncio e provas proibidas (Parecer)”, pp. 24 e ss. e 46 e ss., e PINTO, Frederico da Costa, “Supervisão do mercado...”, p. 85 e ss.

²⁷⁴¹ Nesta conclusão, o Ac. do TC n.º 78/2013.

²⁷⁴² Pelo seu evidente paralelismo, cf. de novo o Ac. do TC n.º 274/98.

²⁷⁴³ Cf. HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter*, p. 325.

de em si mesmas consideradas serem por si só inidóneas a lesar ou a sequer pôr em perigo a capacidade funcional da administração ou a eficiência do seu funcionamento, têm um potencial de reiteração tal que se justifica ameaçá-las com meios sancionatórios vigorosos – mesmo penais, se necessário²⁷⁴⁴ – para prevenir as severas disfuncionalidades sistémicas a que uma sua prática massiva pode conduzir.

6. As funções de realização da justiça e de exercício da supervisão podem ser perturbadas ainda através de condutas de espécie distinta daquelas que considerámos nos pontos anteriores. Além da recusa de cooperação e da colaboração indevidamente prestada, assumem igualmente relevo sancionatório eventuais *acções de impedimento ou obstrução* ao desenvolvimento daquelas funções.

Uma vez mais, confrontamo-nos aqui com a adopção de soluções punitivas de natureza distinta dirigidas a realidades fácticas materialmente idênticas. Na maioria das vezes optou o legislador por qualificar como contra-ordenação este tipo de condutas que visam criar dificuldades à acção das autoridades reguladoras. Assim, constitui contra-ordenação a obstrução ao exercício pela Autoridade da Concorrência dos seus poderes sancionatórios ou de supervisão²⁷⁴⁵, “a recusa ou obstrução ao exercício de actividades de inspecção do Banco de Portugal”²⁷⁴⁶, “o impedimento ou obstrução ao exercício da supervisão pelo Instituto de Seguros de Portugal”²⁷⁴⁷ ou a criação de obstáculos à realização de acções de fiscalização da competência da ERSE²⁷⁴⁸. Mas já configura a prática de um crime a criação, por qualquer forma, de obstáculos opostos à CMVM no exercício das suas funções de supervisão²⁷⁴⁹.

Todos estes tipos legais estão irmanados no propósito de protecção do interesse comunitário numa fluída e imperturbada realização da justiça contra-ordenacional (arts. 18.º e 68.º-1, *j*), do RJC) e da função de supervisão postas a cargo das autoridades administrativas. Dado que, por norma, os factos por eles previstos representam um

²⁷⁴⁴ Defendendo inclusive para as áreas económicas sujeitas a regulação e supervisão um modelo integrado de relacionamento entre o direito penal e o direito contra-ordenacional que passaria pelo recurso à sanção penal fundamentalmente como instrumento de fecho do sistema de controlo, destinado a garantir o poder de acção do órgão administrativo, mais do que propriamente como instrumento de directa tutela dos bens jurídico-económicos em jogo, PALIERO, “La sanzione amministrativa come moderno strumento...”, p. 1033 e s.

²⁷⁴⁵ Art. 68.º-1, *j*), do RJC.

²⁷⁴⁶ Art. 211.º, *p*), do RGICSF.

²⁷⁴⁷ Art. 213.º, *f*), do Decreto-Lei n.º 94-B/98-

²⁷⁴⁸ Art. 28.º-1, *e*), da Lei n.º 9/2013.

²⁷⁴⁹ Art. 381.º-1 do CVM.

atentado ainda mais desestabilizador do regular exercício dessas missões do que aqueles que se manifestam numa falta ou numa colaboração imperfeita prestada a essas entidades, tudo quanto anteriormente se aduziu em prol do reconhecimento da dignidade penal deste último tipo de ofensas vale em maior medida ainda para concluir pela dignidade penal das condutas de obstrução da actividade de supervisão das autoridades reguladoras.

CAPÍTULO III – A SANÇÃO COMO PÓLO FUNDAMENTADOR DA AUTONOMIA MATERIAL

§ 36. O DIREITO CONTRA-ORDENACIONAL COMO ORDEM SANCIONATÓRIA NÃO PRIVATIVA DA LIBERDADE

§ 36.1 Razão de ordem

Todo o esforço até aqui desenvolvido conduziu à conclusão de que no quadro do nosso sistema constitucional o relacionamento entre *crimes* e *contra-ordenações* apresenta uma configuração descontínua. Devendo a contraposição ser estabelecida com base e a partir dos princípios jurídico-constitucionais orientadores da acção legislativa de cariz sancionatório, é possível surpreender duas grandes áreas de conteúdo substancialmente distinto. Frente a frente temos, de um lado, um espaço normativo formado pelos factos contra-ordenacionais desprovidos de dignidade penal, onde por isso a natureza das contra-ordenações é material ou qualitativamente diversa da dos crimes, e de outro lado, uma ampla área normativa composta por factos que, podendo embora qualificar-se como materialmente penais em função da dignidade penal que ostentam, tanto admitem uma pertença ao direito penal, como ao direito contra-ordenacional. Neste último domínio a relação entre crimes e contra-ordenações é de convergência material e dispõe de uma feição tendencialmente quantitativa. É este, em síntese, o conteúdo do modelo misto qualitativo-quantitativo limitado que sustentamos e que nos parágrafos anteriores procurámos densificar através da ilustração de funções contra-ordenacionais materializadas por contra-ordenações integradas por factos dignos de pena.

Como temos igualmente sublinhado, a questão do relacionamento entre crimes e contra-ordenações não vale em si e por si mesma. A sua importância deriva antes dos possíveis reflexos que a adopção de um ou outro modelo de distinção pode implicar em vários planos fundamentais do sistema contra-ordenacional²⁷⁵⁰. Não devendo o modelo de contraposição condicionar as opções legislativas de tipificação de crimes e contra-

²⁷⁵⁰ Supra, § 33., 2.

ordenações, a sua relevância faz-se sentir especialmente, e antes de mais, ao nível da determinação dos princípios da constituição penal aplicáveis ao direito de mera ordenação social e do modo como nele funcionam. Resultando do sistema constitucional português uma impossibilidade de total e contínua divergência qualitativa entre os factos penais e contra-ordenacionais, verifica-se que o espaço de confluência material congrega precisamente aqueles factos que a constituição penal tem geralmente em vista, os factos possuidores de dignidade penal, *sc.*, os factos materialmente penais. Deste modo, não se afigura juridicamente sustentável (continuar a) defender um tratamento constitucional diversificado das questões contra-ordenacionais respeitantes a factos dignos de pena a partir de uma suposta, mas afinal inexistente, absoluta cisão material entre crimes e contra-ordenações.

Não pode, todavia, perder-se de vista que a própria Constituição acolhe no seu seio a figura do ilícito de mera ordenação social²⁷⁵¹. Mais do que isso, estabelece inclusivamente *regimes constitucionais diferenciados* em relação aos ilícitos penais em aspectos decisivos da sua vida normativa.

Numa questão fundamental como é a da *competência legislativa* em matéria de definição de contra-ordenações e de coimas, a Constituição prevê uma disciplina autónoma para o direito contra-ordenacional (art. 165.º-1, *d*), da CRP)²⁷⁵². E fá-lo independentemente da dignidade penal dos factos contra-ordenacionalmente relevantes. À semelhança do que vale em matéria criminal, o regime geral de punição dos ilícitos de mera ordenação social e do respectivo processo integra-se na reserva relativa de competência legislativa da Assembleia da República (art. 165.º-1, *c*) e *d*), da CRP), beneficiando desta exigência não só os ilícitos contra-ordenacionais portadores de dignidade penal, como ainda também todos os outros. Mas diferentemente do que se impõe no âmbito penal quanto à definição dos crimes e das penas, e sem prejuízo daquilo que *ratione materiae* possa resultar das demais alíneas do n.º 1 do art. 165.º da Constituição, a tipificação de contra-ordenações e suas coimas não está reservada à Assembleia da República (art. 165.º-1, *d*), da CRP, *a contrario*). Contanto que não se inscrevam em matéria de direitos, liberdades e garantias (art. 165.º-1, *b*), da CRP), tenham elas ou não dignidade penal, a Constituição reconhece competência legislativa

²⁷⁵¹ Cf., novamente, os arts. 32.º-10, 37.º-3, 165.º-1, *d*), 227.º-1, *q*), e 282.º-3 da CRP.

²⁷⁵² Cf. COSTA, Faria, *O Perigo em Direito Penal*, p. 459 e ss., e CANOTILHO, Gomes / MOREIRA, Vital, *CRP*, II, p. 328.

concorrente à Assembleia da República, ao Governo e até às Assembleias Legislativas das regiões autónomas²⁷⁵³ para a criação de contra-ordenações.

Significado de relevo possui ainda o n.º 3 do art. 37.º da Constituição, agora para uma outra vertente crucial do sistema contra-ordenacional, a da *competência para o processamento das infracções*. Decorre deste preceito que a apreciação das infracções cometidas no exercício dos direitos de liberdade de expressão e pensamento e de liberdade de informação às quais seja atribuída natureza penal ou contra-ordenacional é da competência, respectivamente, dos tribunais judiciais e de uma entidade administrativa. Num âmbito em que estão em causa infracções em regra idóneas a ofender directamente bens jurídicos individuais, alguns deles marcadamente pessoais²⁷⁵⁴, a previsão constitucional de que o seu processamento cabe a uma autoridade administrativa, ainda para mais quando emparelhada com uma reiteração da competência judicial para os ilícitos criminais, é claramente demonstrativa de que o espírito da Lei Fundamental perfilha o princípio basilar da ideia contra-ordenacional de que, por norma, a competência para o conhecimento processual das contra-ordenações cabe em primeira linha à administração²⁷⁵⁵.

Conforme se verifica, é a própria Constituição que em pontos tão essenciais como estes da *competência legislativa* para a definição de infracções e sanções e da *competência processual* para a apreciação das infracções estabelece soluções constitucionais diferenciadas para o direito penal e para o direito de mera ordenação social. E se assim é, seria materialmente incompreensível concluir por uma larga e radical inconstitucionalidade do sistema contra-ordenacional fundada na afronta a estes ou outros princípios da constituição penal na parte em que nele estivessem em causa factos dignos de pena²⁷⁵⁶. Uma conclusão que, ademais, no actual estádio do nosso sistema jurídico seria catastrófica sob o ponto de vista político-criminal. O certo é que os preceitos constitucionais directamente dirigidos ao direito das contra-ordenações são

²⁷⁵³ É, porém, duvidoso que a competência legislativa contra-ordenacional das Assembleias Legislativas regionais (cf. arts. 227.º-1, *q*), e 232.º-1 da CRP) possa abarcar factos dignos de pena, dados os efeitos que daí podem advir no caso de a Assembleia da República optar posteriormente pela sua criminalização – cf. as fundadas reservas opostas a esta possibilidade pela Cons. Maria João Antunes na sua declaração de voto ao Ac. do TC n.º 397/2012

²⁷⁵⁴ Cf. *supra*, § 33., 2.2.

²⁷⁵⁵ Neste exacto sentido, e particularmente instrutiva, a discussão parlamentar travada na reunião da Comissão Eventual para a Revisão Constitucional de 17-09-1996 entre os deputados António Reis, Vital Moreira e Barbosa de Melo (*DAR-II Série*, VII-2.ª, n.º 23, de 17-09-1996, p. 631 e ss.).

²⁷⁵⁶ No sentido de uma imediata ou mediata inconstitucionalidade, todavia, FERREIRA, Cavaleiro de, *Lições de Direito Penal*, 1992, p. 119, e MACHADO, Miguel Pedrosa, “Elementos...”, pp. 112 e s. e 125, respectivamente (cf. *supra*, § 12.).

portadores de um signo de “constitucionalização do ilícito de mera ordenação social”²⁷⁵⁷, mostrando que o direito das contra-ordenações é um sistema normativo querido e acolhido pela Constituição²⁷⁵⁸. E revelam ainda que, na ideia da Constituição, os princípios constitucionais a que o sistema penal se encontra subordinado não têm necessariamente de valer para o direito contra-ordenacional, sendo assim constitucionalmente admissível a *consagração legal* de soluções contra-ordenacionais que não vão ao encontro de determinados princípios constitucionais com que o direito e o processo penal se devem conformar.

Se o próprio sistema constitucional incorpora esta intencionalidade diferenciadora quanto à projecção dos princípios da constituição penal sobre o domínio contra-ordenacional será de supor a existência de uma *compreensão constitucional* do âmago do direito das contra-ordenações de sentido *materialmente divergente* daquela que incide sobre o direito penal²⁷⁵⁹. De outro modo cairíamos no puro arbítrio não só legal, como antes disso até constitucional. Com efeito, se, na perspectiva da Constituição, nada distinguisse substancialmente determinada realidade normativa contra-ordenacional daquilo que na sua globalidade material dá expressão identitária ao direito penal, deparar-nos-íamos com uma aterradora encenação jurídico-constitucional destinada apenas a caucionar opções arbitrárias do legislador ordinário determinadas pelo intuito de subtrair as respectivas infracções contra-ordenacionais ao património de garantias do direito penal. Não haverá todavia razão para tão sinistra suspeita se, pelo contrário, for possível divisar no espírito constitucional uma fundamentação material para esse tratamento diferenciado que o torne compatível com a ideia de Estado de direito material.

Baldadamente procurar-se-á, contudo, essa fundamentação numa possível diferença de natureza substancial entre *crimes* e *contra-ordenações*. Pois, como temos insistido, naquele que é um dos esteios da nossa posição de fundo sobre o problema contra-ordenacional, *do próprio sistema constitucional* resulta a impossibilidade de uma absoluta contraposição material entre ambos. Onde a sua relação seja de convergência material, isto é, ali onde se depare com um facto que embora seja contra-ordenação se mostre digno de pena, não tendo natureza penal apenas em virtude de razões de carácter

²⁷⁵⁷ Deputado Almeida Santos, no âmbito dos trabalhos da Comissão Eventual para a Revisão Constitucional de 1982 (*DAR-II Série*, II-2.ª, supl. ao n.º 44, de 27-01-1982, p. 904-(2)).

²⁷⁵⁸ Cf. supra, § 10.3, 1.

²⁷⁵⁹ Assim, COSTA, Faria, *O Perigo em Direito Penal*, p. 461.

funcional, só uma outra justificação viabilizará uma modelação do regime contra-ordenacional que possa abstrair-se de certos princípios fundamentais da constituição penal. No nosso modo de ver, essa justificação poderá residir somente no *plano das sanções*.

Desde James Goldschmidt e (sobretudo) de Erik Wolf que toda a discussão sobre a natureza da relação entre o direito penal e aquele sector jurídico que entre nós dá corpo ao direito das contra-ordenações vem sendo polarizada em torno de dois eixos, o *facto* propriamente dito e a *sanção* que lhe cabe. Assim é, e deve ser, porque *facto* e *sanção* constituem os pilares estruturais de cada um destes ramos sancionatórios. Certamente não por acidente, a titularidade da competência sancionatória esteve praticamente sempre arredada do debate sobre *o fundo* da questão²⁷⁶⁰. Apesar da sua excepcional relevância numa perspectiva político-criminal, a atribuição de competência à administração para o processo contra-ordenacional foi, com razão, sempre vista como um dado incidental sem autonomia e densidade substanciais suficientes para dever influenciar as posições a tomar no debate, estando, isso sim, a jusante da dilucidação do problema²⁷⁶¹.

Dada a inviabilidade de alcançar uma *plena* distinção material entre o direito penal e o direito contra-ordenacional na base de uma contraposição entre crimes e contra-ordenações, virar-nos-emos agora, na linha daquela veneranda tradição, para uma análise do problema desenvolvida sob o prisma da sanção. Não por seguidismo em relação a tal tradição onde se congregam tantos e tão credenciados vultos da ciência penal europeia de há mais de um século, mas porque efectivamente *facto* e *sanção* constituem o alfa e o ómega dos direitos sancionatórios penal e contra-ordenacional. De um e de outro dependerá decisivamente a possibilidade de identificação de uma dimensão de autonomia entre os dois ordenamentos suficientemente capaz de justificar materialmente a diferenciação de regimes constitucional e legal a que ambos se encontram sujeitos. Não consentindo o sistema constitucional que a autonomia seja edificada a partir da vertente do *facto*, resta ponderar se dele resultará conclusão diversa quando perspectivada a questão do lado da sanção.

²⁷⁶⁰ Cf., todavia, BOHNERT, Joachim, “Die Entwicklung des Ordnungswidrigkeitenrechts”, p. 19 e s., e MOUTINHO, Lobo, *Direito das Contra-Ordenações*, p. 61.

²⁷⁶¹ Cf. CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal*, I, p. 25, nota 1, AZZALI, “L’alternativa amministrativa: lineamenti di un sistema sanzionatorio”, p. 5, CID MOLINÉ, “Garantías y sanciones”, p. 133 e s., e agora MEDEIROS, Rui / Fernandes, Maria João, *Constituição Portuguesa Anotada*, III, Art. 202.º, p. 21.

Uma vez mais, no nosso modo de ver, deverá aqui adoptar-se um método de aproximação ao problema de carácter *trans-sistemático*, mas *estritamente jurídico*. Relevando a questão antes de tudo numa dimensão constitucional, será essencialmente a partir da Constituição que a mesma deverá encarar-se; e não do direito penal “para fora”. Deve ainda cortar-se cerce qualquer tentativa de abordagem a partir de fora do sistema jurídico, devendo em especial recusar-se eventuais pretensões de instalar critérios extrajurídicos ético-sociais no seio da questão²⁷⁶². Todas as fundas razões que militam já contra um seu directo protagonismo no momento da previsão legal do facto típico como crime ou como contra-ordenação, agudizam-se na vertente da sanção. É que, convém ter sempre bem presente, ainda mais do que ali, de modo algum pode aqui falar-se num facto jurídica e eticamente neutro²⁷⁶³. A sanção tem como subjacente já não um facto despido de uma eventual ganga jurídica, se é que tal sequer existe, mas sim um facto legalmente qualificado como *ilícito*, pelo que eventuais considerações de ordem ético-social só *residualmente* poderão desempenhar algum tipo de papel²⁷⁶⁴. De modo que havendo intenção de adscrever ao facto um significado axiológico será um referente ético-jurídico e não ético-social que deverá figurar em primeiro plano. Também por isso, por “não poder reconhecer-se a existência de um ilícito ético-socialmente indiferente, mesmo que ele seja de «mera» ordenação social”²⁷⁶⁵, carecerá de sentido enfrentar a questão da contraposição entre o direito penal e o direito contra-ordenacional no plano sancionatório com base em razões ético-sociais. Ilustrativa disto mesmo é a lamentável menção recentemente feita pelo Tribunal Constitucional à “solene advertência e [a]o “pathos” social purgativo próprios do julgamento e da sentença”²⁷⁶⁶ para caracterizar as penas criminais, como se as penas tivessem como finalidade fazer o condenado *purgar a sua culpa*²⁷⁶⁷!

Como se pode intuir pelo que se acaba de afirmar, estas duas referências – à natureza admonitória da coima e ao *pathos* ético da pena – que frequentemente se entrecruzam na caracterização contraposta das sanções contra-ordenacionais e penas

²⁷⁶² Fundamental, de novo, APPEL, Ivo, *Verfassung und Strafe*, pp. 220 e ss. e 239 e ss.

²⁷⁶³ Cf., por todos, ANDRADE, Costa, “Contributo para o conceito de contra-ordenação”, p. 110, e DIAS, Figueiredo, “Para uma dogmática do direito penal secundário”, n.º 3716, p. 333.

²⁷⁶⁴ Pense-se, por exemplo, no problema da distinção entre erro sobre as proibições legais e erro sobre a ilicitude – DIAS, Figueiredo, *O Problema da Consciência da Ilicidade*, § 20, II, p. 392 e ss., e ²DP-PG, I, 7.º Cap., § 31 e s.

²⁷⁶⁵ DIAS, Figueiredo, ²DP-PG, I, 7.º Cap., § 10.

²⁷⁶⁶ Ac. do TC n.º 344/2007.

²⁷⁶⁷ Criticando, sob um ponto de vista ético-retributivo, concepções da pena desta índole, COSTA, Faria, “Uma ponte entre o direito penal e a filosofia penal”, p. 217 e ss.

não estão em condições de validamente fundar uma contraposição constitucionalmente admissível entre o direito das contra-ordenações e o direito penal.

Como fomos dando conta ao longo do nosso estudo, de há muito que é comum na doutrina e na jurisprudência o apelo à ideia da diversidade material das penas criminais, sobretudo de prisão e de multa, e da coima para sustentar a autonomia recíproca do direito penal e do direito das contra-ordenações. As mais das vezes trata-se, porém, de um argumento derivado de (ou intimamente ligado a) posições prévias que apontam para uma contraposição qualitativa entre o crime e a contra-ordenação a partir de critérios ético-sociais ou de características intrínsecas a categorias da estrutura dos factos puníveis, em particular da culpa. Tudo isto frequentemente recorrendo a chavões que não são mais do que ecos desgarrados de argumentos usados em 1902 por James Goldschmidt e em 1930 por Erik Wolf e que podendo embora ter feito sentido e possuído coerência interna no contexto do pensamento do direito penal administrativo deveriam ter sido já há largas décadas classificadas como relíquias histórico-jurídicas sem qualquer préstimo na actualidade que não fosse o de iluminar lugares a evitar e caminhos a não seguir.

No topo desses anacronismos está a ideia – de que hoje, espantosamente, ainda se usa e abusa – segundo a qual a coima cumpre uma mera finalidade de admonição social, não sendo mais do que uma vigorosa chamada à ordem do infractor, qual ralhete ou “puxão de orelha” que a administração prega ao cidadão seu subordinado²⁷⁶⁸, para não dizer seu escravo, como dizia mesmo Goldschmidt²⁷⁶⁹. De realçar ainda é a frequente referência ao *pathos* ético da pena criminal, em seu tempo alcandorado por Eberhard Schmidt a peça-chave das finalidades expiatória e reeducativa que a pena deveria prosseguir²⁷⁷⁰ e que hoje se alardeia quase sempre de forma descontextualizada, quando não mesmo desconhecadora, do ambiente ético-retributivo de que se nutre²⁷⁷¹.

²⁷⁶⁸ Cf. GOLDSCHMIDT, *Das Verwaltungsstrafrecht*, p. 552 e s., e “Begriff und Aufgabe eines Verwaltungsstrafrechts”, *GA*, p. 86.

²⁷⁶⁹ GOLDSCHMIDT, *Das Verwaltungsstrafrecht*, p. 549.

²⁷⁷⁰ SCHMIDT, “Probleme des Wirtschaftsstrafrechts”, col. 234 e s., e *Das Neue Westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht*, p. 45 e s.

²⁷⁷¹ Importa ressaltar a posição de DIAS, Figueiredo, ²*DP-PG*, I, 7.º Cap., § 16, que apesar de apelar ao conceito de *pathos* ético para contrapor a pena criminal à coima não deixa de ponderar e tomar posição sobre a sua compatibilidade com uma concepção preventiva da pena.

§ 36.2 A coima como sanção de simples advertência destituída de *pathos* ético

1. Temos para nós que a adopção de um conceito de coima como simples *admonição, advertência ou reprimenda* é aberta e irremissivelmente incompatível com a ideia de Estado de direito material e com a função de protecção de bens jurídicos que ao direito contra-ordenacional cabe desempenhar²⁷⁷². Nesta perspectiva, a coima é concebida como sanção destinada a recordar o particular das suas obrigações, chamando-o firmemente à ordem e exortando-o ao cumprimento do seu dever (“*Pflichtenmahnung*”²⁷⁷³). Uma simples lembrança da genealogia desta concepção admonitória da coima permitirá compreender sem dificuldade a pura e simples impossibilidade de a compaginar com uma ideia de Constituição democrática, à qual repugna uma visão do cidadão como ente subordinado do Estado na sua vida quotidiana, bem como uma aplicação de sanções penais com finalidades expiatórias. Pois foi precisamente neste caldo que germinou a ideia de coima como advertência dirigida ao cumprimento do dever.

O primeiro afloramento da coima como reacção de pura advertência surgiu pela pena de Goldschmidt, ao associar a sanção do direito penal administrativo às suas definições do ilícito penal administrativo como pura desobediência administrativa e do particular como indivíduo que, no âmbito das actividades administrativas destinadas à prossecução do bem-estar, se transfigura em órgão auxiliar da administração: “em termos substanciais, o exercício do poder penal administrativo não representa uma realização da justiça, nem contende com a esfera jurídica do visado, não sendo nada mais do que uma actividade administrativa que consiste na reprimenda de um órgão auxiliar”²⁷⁷⁴. Este conceito de coima como chamada ao dever é depois retomado por Erik Wolf, já porém descarnado de uma ligação a uma concepção do ilícito penal administrativo como contrariedade a uma ordem da administração a um seu

²⁷⁷² Nesta direcção crítica, já KRÜPELMANN, *Die Bagatelldelikte*, p. 168, e em tempo mais próximo LASCURAÍN SÁNCHEZ, “Por un Derecho Penal sólo penal”, p. 618 e s. Também contra esta finalidade admonitória da coima, mas por razões que se prendem com a sua estrutura e regime legal, MOUTINHO, Lobo, *Direito das Contra-Ordenações*, p. 37.

²⁷⁷³ WOLF, “Die Stellung der Verwaltungsdelikte im Strafrechtssystem”, p. 585, e SCHMIDT, *Das Neue Westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht*, p. 46.

²⁷⁷⁴ GOLDSCHMIDT, “Begriff und Aufgabe eines Verwaltungsstrafrechts”, *GA*, p. 86. Note-se que é neste mesmo estudo que Goldschmidt que caracteriza o direito penal administrativo como “filho nascido de um casamento misto entre direito e administração” (p. 87), estando ainda numa fase em que via a actividade administrativa como uma realidade não jurídica.

coadjuvante²⁷⁷⁵. Wolf conecta-o e contrasta-o antes com as finalidades educativas ou ressocializadoras próprias da pena criminal. Na medida em que à pena administrativa seriam estranhas tais finalidades, até porque o seu destinatário não passaria de um sujeito socialmente descuidado e indolente, longe portanto de poder considerar-se um inimigo social, deveria ela ter um significado de um correctivo (*Zuchtmittel*), correspondendo a uma chamada à ordem pontual, firme e convincente, não envolvendo qualquer *capitis deminutio* para o seu destinatário²⁷⁷⁶.

É através da simbiose destas posições da doutrina do direito penal administrativo depois operada por Eberhard Schmidt que a finalidade admonitória atribuída à coima chega aos dias de hoje²⁷⁷⁷. Isto apesar de no pensamento de Eberhard Schmidt se tratar de uma ideia inextricavelmente ligada à sua concepção da ilicitude contra-ordenacional como violação de dever a ordens de cariz administrativo contrastante com uma ilicitude penal construída como ofensa a bens jurídicos foi objecto de debandada doutrinal generalizada há já um meio século²⁷⁷⁸.

Eberhard Schmidt adere, literalmente, à qualificação da coima como correctivo e exortação ao dever proposta por Erik Wolf fundamentalmente através de duas ordens de razões²⁷⁷⁹. A primeira liga-se à ausência nela de qualquer finalidade expiatória; e a segunda à sua impossibilidade de incidir sobre a personalidade ética do agente e como tal de sobre ele desempenhar qualquer finalidade educativa ou ressocializadora.

O apelo de Eberhard Schmidt à ideia de expiação (*Sühne*) para contrapor penas e coimas decorre de uma férrea e exacerbada mundividência ético-retributiva das penas criminais, em parte explicada pelo absoluto esvaziamento do conceito de expiação que poucos anos antes teve lugar no período nazi²⁷⁸⁰. Elemento decisivo do seu pensamento destinado à formação de um “verdadeiro direito penal criminal”²⁷⁸¹ era a compreensão da expiação como momento a que em derradeira e fundamental instância deveria dirigir-se a finalidade da pena estadual. Toda uma realidade de que, porém, estaria arredado o novo direito contra-ordenacional, já que, no seu ponto de vista, “a expiação nada pode

²⁷⁷⁵ WOLF, “Die Stellung der Verwaltungsdelikte im Strafrechtssystem”, p. 584 e ss.

²⁷⁷⁶ WOLF, “Die Stellung der Verwaltungsdelikte im Strafrechtssystem”, p. 585.

²⁷⁷⁷ A posição de Eberhard Schmidt encontra-se explanada logo nos seus estudos seminais “Probleme des Wirtschaftsstrafrechts”, col. 234 e s., de 1948, e *Das Neue Westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht*, p. 45 e s., de 1950.

²⁷⁷⁸ Cf. *supra*, § 5.3, 2.

²⁷⁷⁹ SCHMIDT, “Probleme des Wirtschaftsstrafrechts”, col. 234 e s., e *Das Neue Westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht*, p. 45 e s.

²⁷⁸⁰ SCHMIDT, *Das Neue Westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht*, p. 45.

²⁷⁸¹ SCHMIDT, *Das Neue Westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht*, p. 45.

ter que ver com o exercício de uma coerção administrativa, com a reacção de um órgão administrativo à desobediência administrativa de um seu órgão auxiliar, de modo a levá-lo a conformar-se com as intenções administrativas através de uma severa chamada à ordem”²⁷⁸². É notório que a qualificação da coima como admonição tem subjacente uma concepção do facto contra-ordenacional como ilícito administrativo que, na sua substância, seria alheio a uma função de protecção de bens jurídico-penais e veria o seu significado social esgotar-se na desobediência às autoridades administrativas no quadro de uma relação administrativa em que o indivíduo figuraria como órgão auxiliar dessas mesmas autoridades²⁷⁸³. Neste cenário, de modo algum poderia admitir-se um qualquer tipo de similitude da coima com a pena criminal dado que se mostraria desprovida de qualquer espécie de ligação a uma ideia de expiação. Caso que, mesmo no âmbito do direito penal económico, mudaria porém totalmente de figura se a infracção se dirigisse a uma protecção material de interesses económicos vitais, pois aí já poderia e deveria falar-se numa culpa ética²⁷⁸⁴.

Uma outra ordem de razões permitiria, segundo Eberhard Schmidt, compreender o carácter puramente exortativo da coima. Tratar-se-ia, na linha de Wolf, da ausência nela de qualquer propósito reeducativo. A ressocialização seria uma dimensão político-criminal da pena que pressuporia uma inimizade ao direito manifestada pelo agente, devendo por isso a ideia de prevenção especial²⁷⁸⁵ encontrar-se ligada à *personalidade ética* do condenado. Assim, para que a pena pudesse ter eficácia educativa, isto é, ressocializadora, deveria ter como objecto a autónoma personalidade ética do cidadão, só por esta via sendo possível falar-se do *pathos* ético a que nenhuma pena criminal pode renunciar²⁷⁸⁶. Nada que todavia estivesse ao alcance da administração, que através da aplicação da coima não poderia aspirar a mais do que uma chamada de atenção ao prevaricador enquanto seu órgão auxiliar.

Embora esta dupla fundamentação desenvolvida por Eberhard Schmidt para adscrever uma simples e exclusiva natureza admonitória à coima se mostre absolutamente desfasada da realidade constitucional e legal contemporânea, continua ainda hoje a ser trivial o emprego da fórmula de que “ela representa apenas uma firme

²⁷⁸² SCHMIDT, *Das Neue Westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht*, p. 45.

²⁷⁸³ SCHMIDT, *Das Neue Westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht*, p. 28.

²⁷⁸⁴ SCHMIDT, “Probleme des Wirtschaftsstrafrechts”, col. 234.

²⁷⁸⁵ SCHMIDT, “Probleme des Wirtschaftsstrafrechts”, col. 234.

²⁷⁸⁶ SCHMIDT, *Das Neue Westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht*, p. 46.

exortação ao dever”²⁷⁸⁷ ou de que constitui uma “mera admonição ou especial advertência, conducente à observância de certas proibições ou imposições legislativas e destinada a garantir a preservação da ordenação social estabelecida”²⁷⁸⁸. Sempre que o recurso à ideia de finalidade de advertência para caracterizar a coima não se fica por estes lugares-comuns e é integrado num discurso fundamentador mais amplo, é inevitável vir à tona a marca doutrinal de Eberhard Schmidt. Isso é claramente perceptível na posição de Eduardo Correia de que “em vez de uma culpa fundamentada eticamente, só pode a seu respeito falar-se de uma censura social. A expressão desta censura não envolve, portanto, um sentido de retribuição ou expiação ética, ligado a uma finalidade de recuperação do delincente, mas exprime, apenas, a ideia de uma advertência de que está ausente o pensamento de qualquer mácula ético-social”²⁷⁸⁹. Tal como o continua a ser no pensamento de Figueiredo Dias, que, apesar da sua filiação nas correntes preventivas dos fins das penas, não consegue libertar-se do legado ético-retributivo de Eberhard Schmidt quando procura descrever a coima como sanção de admonição: “A coima, sanção exclusivamente patrimonial, (...) representa um mal que, de nenhum modo se liga à personalidade ética do agente e à sua atitude interna, antes serve como mera «admonição», como mandato ou especial advertência conducente à observância de certas proibições ou imposições legislativas. Deste ponto de vista se compreende que não seja conatural a uma tal sanção uma dimensão de retribuição ou expiação de uma culpa ética, como o não será também a da ressocialização do agente. Com razão acentuou Eberhard Schmidt que falta à coima o «pathos ético» que à pena criminal sempre cabe”²⁷⁹⁰.

²⁷⁸⁷ ³KK-MITSCH, § 17, n.º m. 7, reproduzindo uma afirmação do Ac. de 16-07-1969 do Tribunal Constitucional Federal alemão (*BVerfGE* 27, 18, p. 33), numa jurisprudência que remonta ao Ac. de 04-02-1959, no qual o Tribunal aderiu expressamente à caracterização de Erik Wolf da coima como “Pflichtenmahnung” (*BVerfGE* 9, 167, p. 171). Assim, ainda, MAURACH / ZIPF, ⁸AT, § 1, n.º m. 37, REBMANN / ROTH / HERRMANN, ³OWiG, antes do § 1, n.º m. 13, e GÖHLER / GÜRTLER, ¹⁶OWiG, antes do § 1, n.º m. 9.

²⁷⁸⁸ Ac. do TC n.º 78/2013.

²⁷⁸⁹ CORREIA, Eduardo, “Direito penal e direito de mera ordenação social”, p. 271, seguido de perto ou até mesmo *expressis verbis* pelo preâmbulo ao Decreto-Lei n.º 232/79 (*DR-I Série*, de 24-07-1979, p. 1610), pelo Parecer n.º 4/81 da Comissão Constitucional, *cit.*, p. 249, e pelos Acs. do TC n.ºs 158/92, 344/93, 245/2000, 383/2001 e 344/2007.

²⁷⁹⁰ DIAS, Figueiredo, “O movimento da descriminalização e o ilícito de mera ordenação social”, p. 333. Para uma formulação próxima, mas já sem a referência à “dimensão de retribuição ou expiação de uma culpa ética, cf., por último, DIAS, Figueiredo, ²DP-PG, I, 7.º Cap., § 16. A esta posição de Figueiredo Dias aderiu o Tribunal Constitucional nos Acórdãos n.ºs 336/2008, 461/2011, 110/2012, 78/2013 e 374/2013.

Abstraindo por ora das considerações que procuram fazer contrastar a coima e a pena através da invocação de características de que esta seria portadora e aquela não, para concluir pelo repúdio liminar de uma distinção entre o direito penal e o direito contra-ordenacional delineada a partir de uma concepção da coima como simples reprimenda dirigida ao agente bastará recordar a absoluta insustentabilidade constitucional da construção que dela está por detrás e da relação de geral supra-infra ordenação entre a administração e o cidadão que nela vai postulada²⁷⁹¹. Com efeito, como a história dogmática da questão demonstra, só faz sentido falar em advertência ou exortação ao dever como finalidade precípua da coima quando se estructure o facto contra-ordenacional directamente sobre uma ideia de desobediência desligada de uma função de protecção de bens jurídico-penais²⁷⁹². Estrutura esta que, todavia, não consegue prescindir da dita permanente relação de subordinação do cidadão perante a administração. Como nos parece evidente, nada disto é aceitável à luz do princípio do Estado de direito democrático e social. Uma vez que, como sustentámos já, não podem as contra-ordenações ser construídas senão como ofensas a bens jurídicos, não sobra o mínimo espaço para a admissão da coima como sanção destinada a recordar o seu destinatário dos seus *deveres* legais e a fazer-lhe ver, através do mal que lhe inflige, a conveniência do seu cumprimento futuro. A coima tem e não pode deixar de ter uma *finalidade de protecção de bens jurídicos*. Como bem revela a própria tese de Eberhard Schmidt, no actual estado das coisas esta proposição fundamental é particularmente nítida em todas as inúmeras constelações contra-ordenacionais onde seja patente a dignidade penal do facto contra-ordenacional tipificado. É que, como se viu, um dos motivos de fundo que levava Eberhard Schmidt a caracterizar a coima como simples *Pflichtenmahnung* era a impossibilidade de as contra-ordenações serem integradas por factos característicos dos delitos de justiça, isto é, por comportamentos que pudessem representar autênticas ofensas a verdadeiros bens jurídico-penais. A impropriedade do apelo à ideia da admoção acaba assim por ser mesmo ostensiva sempre que estejam

²⁷⁹¹ Cf. supra, § 5.4, 2.; § 15., 2.2; e § 34., 2.

²⁷⁹² Pronunciando-se, todavia, no sentido de uma consideração da coima como advertência apesar de recusarem uma compreensão do ilícito contra-ordenacional como infracção de dever ao jeito de Eberhard Schmidt, MAURACH / ZIPF, ⁸AT, § 1, n.º m. 32 e ss. e 37, REBMANN / ROTH / HERRMANN, ³OWiG, antes do § 1, n.º m. 5 e ss., ³KK-MITSCH, § 17, n.º m. 7 e ²Ordnungswidrigkeiten, § 3, n.º m. 7 e ss., GÖHLER / GÜRTLER, ¹⁶OWiG, antes do § 1, n.º m. 5 e 9, e DIAS, Figueiredo, ²DP-PG, I, 6.º Cap. 34 e 7.º Cap., § 16. Ainda parcialmente neste sentido, naquilo que nos parece encerrar uma contradição nos termos, em que de resto incorrem também os comentaristas alemães indicados nesta nota, VILELA, Alexandra, *O Direito de Mera Ordenação Social*, p. 563 e s., que, a par de finalidades preventivas, defende para a coima uma finalidade “de mera advertência ao cumprimento do dever”.

em causa refracções contra-ordenacionais que contendam de modo qualificado com bens jurídicos com um referente na ordem axiológico-constitucional dos direitos fundamentais ou da organização económica²⁷⁹³. Aliás, escapa a qualquer compreensão que possa continuar a falar-se de coimas com uma finalidade de pura advertência quando nelas vai envolvido um sancionamento, tido como constitucionalmente inatacável, que pode ascender a largos milhões de euros.

2. Como se pôde perceber no ponto anterior, a invocação da natureza admonitória da coima para sustentar a afirmação da autonomia contra-ordenacional anda quase sempre a par de um realce que é dado ao facto de a pena criminal ser portadora de uma densidade ética que é desconhecida da coima. Na súmula do Tribunal Constitucional Federal alemão, num enunciado desde então sempre “pronta a disparar”, à coima falta a severa solenidade da pena estadual (“*der Ernst der staatlichen Strafe*”)²⁷⁹⁴.

O pensamento de fundo aqui invariavelmente implicado radica, de modo mais ou menos explícito, na ideia de *culpa penal*, na inarredável ligação de toda a pena criminal, enquanto pena *da culpa*, à personalidade ética do agente. Em geral, assume-se e acentua-se de forma aberta o carácter ético da culpa penal como meio através do qual a pena adquire a sua natureza ética²⁷⁹⁵. Mas por vezes a tónica é posta na pena propriamente dita, enquanto manifestação de uma censura ético-socialmente desqualificante com o significado de uma massiva reprovação dirigida ao condenado²⁷⁹⁶ ou como instrumento sancionatório que incide directamente sobre a esfera ética da personalidade²⁷⁹⁷. Seja, porém, como for, é sempre a culpa o elemento agregador da compreensão da pena como expressão de um *pathos* ético²⁷⁹⁸ que se abate sobre o condenado. É pela culpa e em função da culpa que acaba por entender-se – em fórmulas do *Bundesverfassungsgericht* avançadas logo na “infância” do direito de mera

²⁷⁹³ Cf., v. g., as normas apreciadas pelos Acórdãos do TC n.º 461/2011, 110/2012 ou 78/2013.

²⁷⁹⁴ Ac. de 04-02-1959 (*BVerfGE* 9, 167, p. 171) e depois novamente, por outros, os Acs. de 06-06-1967 (*BVerfGE* 22, 49, p. 79), 16-07-1969 (*BVerfGE* 27, 18, p. 33) e 21-06-1977 (*BVerfGE* 45, 272, p. 289).

²⁷⁹⁵ V. g., SCHMIDT, *Das Neue Westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht*, p. 45, e CORREIA, Eduardo, “Direito penal e direito de mera ordenação social”, p. 269 e ss. e *passim*.

²⁷⁹⁶ SAX, “Grundsätze der Strafrechtspflege”, p. 924.

²⁷⁹⁷ SCHMIDT, *Das Neue Westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht*, p. 46.

²⁷⁹⁸ SCHMIDT, *Das Neue Westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht*, p. 46, SAX, “Grundsätze der Strafrechtspflege”, p. 924, CORREIA, Eduardo, “Direito penal e direito de mera ordenação social”, p. 279 e s., DIAS, Figueiredo, “O movimento da descriminalização e o ilícito de mera ordenação social”, p. 333, e ²DP-PG, I, 7.º Cap., § 16, e Acs. do TC n.ºs 245/2000, 191/2002, 57/2003 e 344/2007.

ordenação social alemão e desde então repetidas à exaustão²⁷⁹⁹ – que “só a pena criminal é verdadeira pena”²⁸⁰⁰ e que só no âmbito da sua aplicação se logra vislumbrar uma reprovação pública desonrosa do comportamento do agente correspondente a uma censura pela sua rebelião contra a ordem jurídica²⁸⁰¹.

Toda a ênfase que neste contexto é dada à dimensão ética da pena através do relevo atribuído à culpa da personalidade tida como inerente à responsabilidade penal anda sempre de braço dado com a desvalorização do significado axiológico da culpa contra-ordenacional e concomitantemente da coima. No âmbito contra-ordenacional, afirma ainda o Tribunal Constitucional Federal alemão desde os alvares do direito de mera ordenação social germânico, a “censura pela culpa não atinge a esfera da ética”²⁸⁰², tratando-se por isso de um domínio onde, basicamente, não é afectada a personalidade ética dos indivíduos²⁸⁰³. Deste modo, como acrescentava Eduardo Correia, as sanções contra-ordenacionais estão desligadas do *pathos* que caracteriza as sanções criminais “e não desqualificam o agente a quem são impostas com a mácula de uma reprovação ético-jurídica”²⁸⁰⁴. E isto, segundo Tiedemann, porque foi intenção do legislador poupar os destinatários das condenações contra-ordenacionais da censura desqualificante das penas criminais, dado que a coima não tende a retribuir uma culpa ético-social²⁸⁰⁵. Em suma, na palavra de Figueiredo Dias, reiterada sucessivamente pelo nosso Tribunal Constitucional, “não sendo a conduta contra-ordenacional, em si mesma tomada, um substrato axiologicamente relevante, a culpa contra-ordenacional não pode ser igualada à (e confundida com) a culpa jurídico-penal”²⁸⁰⁶, donde também “a coima

²⁷⁹⁹ Para uma severa e procedente crítica desta concepção em virtude do recurso a juízos extrajurídicos de desvalor de cariz ético-social nela implícito, APPEL, Ivo, *Verfassung und Strafe*, p. 220 e ss.

²⁸⁰⁰ *BVerfGE* 22, 49, p. 79.

²⁸⁰¹ *BVerfGE* 22, 49, p. 79; 27, 18, p. 33; e 43, 101, p. 105.

²⁸⁰² *BVerfGE* 9, 167, p. 171.

²⁸⁰³ Ac. de 04-02-1959 (*BVerfGE* 9, 167, p. 171), louvando-se expressamente na lição de SCHMIDT, *Das Neue Westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht*, pp. 45 e s. e 51.

²⁸⁰⁴ CORREIA, Eduardo, “Direito penal e direito de mera ordenação social”, p. 279 e s., e na sua esteira os Acs. do TC n.ºs 245/2000, 191/2000 e 57/2003.

²⁸⁰⁵ TIEDEMANN, “*Verwaltungsstrafrecht und Rechtsstaat*”, p. 290, e “La recente evoluzione del diritto penale dell’economia...”, p. 114, julgando ver aqui a possibilidade de encontrar um meio alternativo de fundamentação da autonomia material do direito contra-ordenacional. Uma vez que entende ser inviável sustentar essa autonomia com base no facto, atendendo ao contraste exclusivamente quantitativo que estabelece entre crimes e contra-ordenações, Tiedemann ensaia uma fundamentação da autonomia que pretende partir da sanção para só depois subir ao facto: seria a natureza eticamente indiferente da sanção contra-ordenacional que determinaria o carácter materialmente diverso da ilicitude e da culpa contra-ordenacionais. A proposta de Tiedemann não passou porém deste enunciado esquemático, sendo, aliás, duvidoso que o método de abordagem do problema seja efectivamente diferente do tradicional, pois, em rectas contas, é do facto, mais precisamente da culpa, e não da sanção que Tiedemann arranca.

²⁸⁰⁶ DIAS, Figueiredo, ²*DP-PG, I, 7.º Cap.*, § 15.

se não liga, ao contrário da pena criminal, à personalidade do agente e à sua atitude interna”²⁸⁰⁷ e é por isso que lhe falta o *pathos* ético que à pena criminal sempre cabe.

Esta última referência à posição de Figueiredo Dias permite divisar a racionalidade linear que desde Eberhard Schmidt está presente no discurso em prol da consideração do plano das sanções como factor determinante da separação material entre o direito penal e o direito das contra-ordenações: uma vez que o ilícito penal é materialmente distinto do ilícito de mera ordenação social, a culpa contra-ordenacional também é, necessária e conseqüentemente, distinta da culpa penal; ora como é através da culpa penal que a pena criminal adquire o seu significado ético e eventualmente até cumpre as suas finalidades²⁸⁰⁸, então também é inevitável que a sanção contra-ordenacional não comungue da natureza ética que dá identidade autónoma à pena criminal, sendo portanto dela substancialmente distinta. Como assim se vê, não há aqui afinal uma verdadeira fundamentação da autonomia material construída directamente a partir da sanção. Pois é ainda e sempre no facto, mais precisamente, em rigor, no *ilícito* que assenta decisivamente toda a solução.

Esta conclusão é suficiente para que se compreenda que, do nosso ponto de vista, não possa ser este o caminho a trilhar em direcção a um quadro de contraposição material entre o direito penal e o direito de mera ordenação social fundamentado *efectivamente* a partir da sanção.

Todas as várias concepções enunciadas que apontam no sentido da neutralidade ética da coima por contraposição ao *pathos* ético da pena padecem dos mesmos vícios genéticos que afectam a viabilidade material e constitucional das teses qualitativas a que no fundo se reconduzem e das quais são, em regra, parte integrante, a de procurarem sustentar uma posição para uma magna questão contra-ordenacional com base numa perspectiva intra-sistemática, erigida a partir de dentro do direito penal, e que assume critérios extrajurídicos de ordem ético-social como factores decisivos das suas soluções.

Não deixa mesmo de ser paradoxal que, ao contrário do que em geral se pretende, a racionalidade que sustenta a intenção de atribuir um conteúdo à coima substancialmente diferente do da pena seja de tal forma reversível que possa ser

²⁸⁰⁷ DIAS, Figueiredo, ²DP-PG, I, 7.º Cap., § 16, esclarecendo logo de seguida que esta ideia transcrita em texto é “consequência da diferente natureza e da diferente função da culpa na responsabilidade pela contra-ordenação”.

²⁸⁰⁸ Como referimos já, nalgumas das posições ora em análise, como nas de Eberhard Schdmit ou de Eduardo Correia, vai presente uma imbricação de toda a questão numa concepção ético-retributiva da pena.

mobilizada sem dificuldades de maior para mostrar que afinal a conclusão no sentido da divergência material das sanções é muito menos líquida do que aquilo que se quer fazer crer. Se o ponto de partida da tese em análise reside no ilícito – categoria que, como não pode deixar de suceder num direito penal do facto, assoma como referente imprescindível para a edificação do conceito de culpa jurídico-penal²⁸⁰⁹ –, a aplicação aos factos contra-ordenacionais (dignos de pena) das mesmas premissas dogmáticas que valem para a eticização da culpa penal podem perfeitamente conduzir à afirmação de uma culpa contra-ordenacional prenhe de relevo ético. Estando o direito das contra-ordenações recheado de comportamentos possuidores de dignidade penal e portadores de uma tonalidade axiológico-social bem mais carregada do que aquela que é ostentada por muitas condutas legalmente qualificadas como crime, parece-nos temerário traçar um generalizado juízo de indiferença ética sobre todo o imenso mundo contra-ordenacional, assim lançando um tudo menos apodíctico manto de neutralidade axiológica sobre a ilicitude, a culpa e a sanção contra-ordenacionais.

O sistema contra-ordenacional não pode aqui deixar de ser visto em toda a sua amplitude, como ramo sancionatório que na efectiva prática legislativa há muito deixou, *de facto*, de ser conformado por um ideário qualitativo de feição ético-social e integra por isso inúmeros comportamentos que representam ofensas qualificadas a bens jurídico-penais e que só por preconceito podem dizer-se eticamente irrelevantes *per se*. Ora, se o conceito de culpa jurídico-penal é uno e indivisível, valendo para todas as manifestações de ilicitude penal²⁸¹⁰ constitucionalmente admissíveis, temos dificuldade em aceitar que à ideia de culpa envolvida na responsabilidade contra-ordenacional sejam *sempre* estranhos momentos fundantes de uma culpa ética jurídico-penal como são a referência do substrato dela objecto a um bem jurídico-penal²⁸¹¹ ou a sua directa conexão à personalidade ética do agente e à sua atitude interna²⁸¹². Nos planos ético-social e sobretudo ético-jurídico, não vemos como possa considerar-se neutral e indiferente à personalidade ética dos visados uma responsabilização contra-ordenacional, *v. g.*, por práticas de cartel com um efeito de falseamento da concorrência no mercado nacional. Será inócuo para a esfera da personalidade de uns banqueiros a

²⁸⁰⁹ DIAS, Figueiredo, ³*Liberdade, Culpa, Direito Penal*, pp. 156 e ss., 180 e ss. e 256 e ss. – “toda a culpa jurídico-penal deve referir-se ao concreto ilícito-típico” (p. 260).

²⁸¹⁰ Cf. DIAS, Figueiredo, *O Problema da Consciência da Ilcitude*, § 20, III, p. 404 e ss., e “Para uma dogmática do direito penal secundário”, n.º 3720, p. 75 e s.

²⁸¹¹ DIAS, Figueiredo, ³*Liberdade, Culpa, Direito Penal*, pp. 181 e 260 e ss.

²⁸¹² DIAS, Figueiredo, “O movimento da descriminalização e o ilícito de mera ordenação social”, p. 333

censura estadual, mesmo que só contra-ordenacional, que lhes seja dirigida pelo facto de terem concertado os *spreads* dos financiamentos bancários, em decisão consabidamente depauperadora do património da generalidade da população, mesmo dos estratos mais desfavorecidos, e das empresas, em benefício do locupletamento indevido e ilícito das instituições de crédito que representam? E atente-se no exemplo de um empresário da restauração que recuse servir uma refeição a um cliente em virtude da sua raça ou etnia no mesmo momento em que tem ligado um rádio que passa música ambiente no seu estabelecimento de forma penalmente ilícita, por falta de liquidação dos direitos de autor. Condenado contra-ordenacionalmente pela prática discriminatória²⁸¹³ e criminalmente pela usurpação de direitos de autor²⁸¹⁴, fará sentido concluir que a culpa que está na base da condenação penal é uma culpa ética porque se liga à personalidade ética do agente e à sua atitude interna, mas a culpa que acompanha a condenação contra-ordenacional já o não é, por não visar mais do que garantir a preservação da ordenação social estabelecida? Cremos que as perguntas formuladas falam por si e revelam à sociedade o erro de pretender definir a culpa contra-ordenacional com base numa pré-compreensão que desconsidere a realidade normativa contra-ordenacional vigente, expressão em geral legítima do paradigma constitucional dentro do qual se movem as decisões legislativas em matéria sancionatória. Um erro que contamina e prejudica a validade das conclusões que através do conceito de culpa são assacadas à natureza da coima e ao seu relevo para a afirmação da autonomia do direito das contra-ordenações.

No discurso da doutrina penal que corre nesta direcção é ainda surpreendente o unanimismo em torno do conceito de culpa penal. Um iniciado que procurasse inteirar-se sobre o que é isso afinal que se diz ser a culpa jurídico-penal e começasse a sua investigação pela consulta da doutrina e da jurisprudência que sobre ela se pronunciam no contexto da discussão sobre a contraposição entre o direito penal e o direito contra-ordenacional ficaria por certo com a impressão de que a sua compreensão dogmática é um mar de águas calmas, se não mesmo paradas. Nela, tudo parece ser de meridiana clareza e objecto de um consenso praticamente universal. A impressão redutora e

²⁸¹³ Arts. 4.º-1, c), e 9.º da Lei n.º 134/99.

²⁸¹⁴ Art. 199.º-1 do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos (Decreto-Lei n.º 63/85, de 14/3). Poderia admitir-se que o exemplo aduzido estaria prejudicado pela falta de dignidade penal e de necessidade de pena do comportamento que corresponde a este crime de aproveitamento de obra contrafeita ou usurpada, mas, tanto quanto parece, di-lo o Tribunal Constitucional, a “criminalização da obra usurpada não resulta na violação do princípio da proporcionalidade nem da subsidiariedade do direito penal, numa perspectiva de fiscalização constitucional de *evidência*” (Ac. do TC n.º 577/2011).

enganadora em que esse iniciado incorreria ficaria a dever-se à formidável coincidência de o espaço do debate sobre o problema contra-ordenacional ser provavelmente o único onde, em matéria de direito penal da culpa, se assiste uma trégua “na «guerra civil» que dentro dele nunca deixou de se travar”²⁸¹⁵. Sucede que, como ainda recentemente afirmou Figueiredo Dias, tendo em vista a temática da culpa como categoria indispensável do sistema do facto penal, “é aqui (ou a partir daqui) que ainda hoje continuam a revelar-se as maiores dúvidas e dificuldades de construção de um novo sistema do facto punível”²⁸¹⁶.

Se há conceito jurídico-penal que não pode assim reclamar para si o estatuto de uma pacífica e imutável univocidade é ele o conceito de culpa. A experiência dogmática e político-criminal da culpa penal das últimas três, quatro décadas mostra uma permanente inconstância e incerteza sobre o seu conteúdo intrínseco, o seu relevo no e para o facto punível e o seu papel em matéria de fins e de determinação da pena.

Nos primórdios do direito contra-ordenacional alemão e português, a ideia de culpa ética a que Eberhard Schmidt e Eduardo Correia se referiam para marcar a sanção contra-ordenacional com o selo da indiferença axiológica encontrava-se umbilical e incindivelmente ligada a uma finalidade expiatória que apontavam à pena criminal. Era esta concebida, como que por definição, como pena ético-retributiva, estatuto a que de modo algum a coima poderia aspirar. É esta hoje, porém, uma visão das coisas frontalmente contrariada pela lei penal portuguesa, sob aval, ou melhor, sob imposição constitucional²⁸¹⁷. Determina o art. 40.º do CP que a aplicação de penas visa a protecção de bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade e que em caso algum a pena pode ultrapassar a medida da culpa, devendo deste modo entender-se que no sistema penal português as penas prosseguem finalidades exclusivamente preventivas e que a culpa tem um relevo apenas unilateral, de pressuposto e limite da pena e não ainda também de fundamento e de medida dela²⁸¹⁸.

Se em relação à função da culpa no pensamento sobre as finalidades das penas pode admitir-se a existência *entre nós* de uma larga concordância doutrinal e

²⁸¹⁵ DIAS, Figueiredo, ³*Liberdade, Culpa, Direito Penal*, p. 234.

²⁸¹⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo, “Sobre o sistema do facto punível”, IV (manuscrito gentilmente cedido pelo A., em vias de publicação nos Estudos de Homenagem ao Prof. Dr. António Barbosa de Melo).

²⁸¹⁷ RODRIGUES, Anabela, *A Determinação da Medida da Pena Privativa da Liberdade*, p. 285 e ss., DIAS, Figueiredo, ²*DP-PG, I, 4.º Cap.*, § 74, e ANTUNES, Maria João, *Consequências Jurídicas do Crime*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010-2011, p. 11.

²⁸¹⁸ Por todos e por último, DIAS, Figueiredo, ²*DP-PG, I, 4.º Cap.*, §§ 7 e 63 e ss.

jurisprudencial em torno das proposições fundamentais de um paradigma preventivo²⁸¹⁹, o mesmo já não poderá, porém, dizer-se acerca do conteúdo propriamente dito da culpa e respectiva fundamentação. Isto já para não falar de todo um movimento na doutrina internacional numa direcção de extremada funcionalização da ideia de culpa²⁸²⁰. Ainda que a doutrina nacional se venha mantendo imune a esses influxos dogmáticos funcionalizadores da culpa, é mais o dissenso do que o consenso que nos últimos anos tem caracterizado o pensamento doutrinal português da culpa penal²⁸²¹. Logo a ideia de culpa da personalidade com que se tem pretendido resguardar a autonomia da culpa penal em relação à culpa contra-ordenacional é um *mare magnum* de posições desencontradas²⁸²². A culpa da personalidade a que se referia Eduardo Correia para arredar qualquer aspiração do facto e da sanção contra-ordenacionais em comungar de uma natureza penal não é obviamente a mesma que de há muito é invocada por Figueiredo Dias para o mesmo efeito. Quando hoje se continua a afirmar, com Eduardo Correia, que a culpa expressa na prática de uma contra-ordenação não é uma culpa da personalidade²⁸²³ querer-se-á ainda significar que ela é diferente da culpa penal porque não corresponde a uma reprovação do agente pelo não “cumprimento do dever de orientar a formação ou a preparação da sua personalidade de modo a torná-la apta a respeitar os valores jurídico-criminais”²⁸²⁴, porque não é, enfim, uma “culpa pela não formação ou não preparação conveniente da sua personalidade”²⁸²⁵? Ou está a querer-se antes afirmar que o facto é pessoalmente censurado ao agente “por se revelar expressão de uma atitude interna juridicamente desaprovada e pela qual ele tem por isso de responder perante as exigências do dever-ser sócio-comunitário”²⁸²⁶? Ou ainda, já fora porém dos quadros de uma culpa ética²⁸²⁷, será a culpa contra-ordenacional um *quid*

²⁸¹⁹ Cf., todavia, em sentido divergente, de matriz ético-retributiva, COSTA, Faria, *O Perigo em Direito Penal*, p. 373 e ss., e “Uma ponte entre o direito penal e a filosofia penal”, *passim*.

²⁸²⁰ Para uma síntese sobre o estado da questão, DIAS, Figueiredo, ²*DP-PG, I*, 10.º Cap., § 65 e ss., e 19.º Cap., e ROXIN, ⁴*AT*, § 19.

²⁸²¹ Cf. DIAS, Figueiredo, ²*DP-PG, I*, 19.º Cap., DIAS, Silva, «*Delicta in Se*» e «*Delicta Mere Prohibita*», p. 700 e ss., e PALMA, Fernanda, *O Princípio da Desculpa em Direito Penal*, Coimbra, Almedina, 2005, p. 141 e ss.

²⁸²² Cf. DIAS, Figueiredo, ³*Liberdade, Culpa, Direito Penal*, p. 155 e ss.

²⁸²³ Cf. Acs. do TC n.º 158/92, 344/93, 245/2000, 383/2001 e 344/2007.

²⁸²⁴ CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal*, I, p. 325.

²⁸²⁵ CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal*, I, p. 325.

²⁸²⁶ DIAS, Figueiredo, ²*DP-PG, I*, 10.º Cap., § 65.

²⁸²⁷ DIAS, Silva, «*Delicta in Se*» e «*Delicta Mere Prohibita*», p. 709.

distinto da culpa penal porque não se manifesta como “deslealdade comunicativa resultante da negação do reconhecimento recíproco” para com o outro²⁸²⁸?

Perante o amplo leque de posições divergentes sobre a culpa jurídico-penal que mesmo só entre nós se regista, soa a estranho que se continue a apelar à ideia de culpa penal, ainda para mais em regra apenas através de algumas poucas fórmulas desenquadradas de toda a extensa e complexa temática jurídico-criminal da culpa, para conformar pela negativa o conteúdo e a natureza do facto e da sanção contra-ordenacionais. Tudo aconselha assim, uma vez mais, a que se abandone esta metodologia centrada no (facto punível do) direito penal e que através dele e a partir dele procura encontrar respostas para problemas contra-ordenacionais.

§ 36.3 A (não) privação da liberdade como *summa divisio* das sanções penais e contra-ordenacionais²⁸²⁹

1. Em ordem a destringir o direito penal e o direito de mera ordenação social através da sanção deverá, pelo que acaba de se ver, centrar-se o foco de análise nas sanções penais e contra-ordenacionais *propriamente ditas* e não em aspectos delas que representem apenas consequências reflexas de marcas características que se tentam atribuir aos crimes e às contra-ordenações. Dever-se-á ainda, estamos em crer, procurar enfrentar o problema numa perspectiva global, que articule a ideia constitucional sobre essas sanções e a realidade normativa do direito ordinário em vigor em que elas se espelham. Captada esta imagem ampla e integrada das dimensões sancionatórias do direito penal e do direito contra-ordenacional no nosso sistema constitucional estaremos em condições de avaliar a existência ou não, afinal, de uma plena e contínua divergência material entre sanções penais e contra-ordenacionais que permita viabilizar a afirmação de uma qualitativa diferença de fundo que separe o direito penal e o direito das contra-ordenações. Deve advertir-se que o horizonte de discussão é a ordem jurídica portuguesa, não sendo nosso propósito postular parâmetros de análise e soluções com uma pretensão de validade universal. Isto, aliás, em consonância com a nossa renitência em acolher quadros de compreensão atemporais e de cariz transjurídico que se abstraem do concreto sistema constitucional onde o nosso problema se põe.

²⁸²⁸ DIAS, Silva, «*Delicta in Se*» e «*Delicta Mere Prohibita*», p. 700 e ss.

²⁸²⁹ Colhemos a expressão em AZZALI, “L’alternativa amministrativa: lineamenti di un sistema sanzionario”, p. 5.

2. Começando por olhar para a questão sob o ponto de vista do *direito ordinário vigente*, somos confrontados com um panorama em que, no plano das sanções, a distinção entre o direito penal e o direito contra-ordenacional passa essencialmente pela previsão, no direito penal, como penas principais, *da pena de prisão e da pena de multa* e no direito das contra-ordenações da *coima*. É certo que um e outro ordenamento prevêem muitas outras sanções, sejam elas principais²⁸³⁰, de substituição ou acessórias, algumas até com um conteúdo idêntico. Mas, havendo lugar a sancionamento²⁸³¹, as consequências jurídicas que, por regra, se ligam directa e necessariamente à declaração de culpa pela prática de um crime e de uma contra-ordenação são as penas de prisão e de multa e a coima, respectivamente²⁸³².

Prisão, multa e coima partilham algumas características essenciais que lhes conferem a natureza de sanções. As três constituem consequências jurídicas de natureza punitiva aplicáveis a factos ilícitos-típicos praticados por pessoas imputáveis que hajam actuado com culpa e devem, todas elas, prosseguir finalidades de prevenção de infracções futuras, tanto de prevenção geral, como de prevenção especial.

Comungando embora destas notas típicas, as penas de prisão e de multa e a coima são conformadas legalmente em termos distintos, sendo possível divisar em cada uma delas características intrínsecas invariáveis em todas as suas manifestações legais, independentemente portanto dos concretos crimes e contra-ordenações a que correspondam. Ao contrário do que acontece quanto à descrição e valoração da natureza dos crimes e das contra-ordenações, onde reina a dissonância, nos pontos essenciais de densificação do conteúdo das respectivas sanções existe larga margem de acordo na doutrina e na jurisprudência nacionais.

²⁸³⁰ Cf. os arts. 90.º-A, n.º 1, e 90.º-F do CP, prevendo a pena de dissolução como pena principal aplicável às pessoas colectivas e entidades equiparadas; e no âmbito contra-ordenacional, *v. g.*, o art. 15.º, n.ºs 1 e 2, da Lei n.º 30/2000: 1. Aos consumidores não toxicodependentes poderá ser aplicada uma coima ou, em alternativa, sanção não pecuniária. 2. Aos consumidores toxicodependentes são aplicáveis sanções não pecuniárias – cf. MONTEIRO, Cristina Líbano, “O consumo de drogas na política e na técnica legislativas”, p. 68 e ss.

²⁸³¹ No âmbito penal, a uma declaração de culpa pode não seguir-se uma declaração de pena, caso em que ocorre uma dispensa de pena (art. 74.º do CP); e o mesmo pode suceder em domínios contra-ordenacionais específicos onde seja admissível a dispensa de coima (*cf.*, *v. g.*, o art. 32.º do RGIT).

²⁸³² Excepções à regra poderão ser, do lado penal, a pena de dissolução aplicável às pessoas colectivas (art. 90.º-F do CP) e, do lado contra-ordenacional, a sanção de admoestação (art. 51.º do RGCO).

A *pena de prisão* é uma sanção privativa da liberdade aplicável a quem cometer um crime²⁸³³. Consiste ela no encarceramento, via de regra contínuo e ininterrupto, do condenado num estabelecimento prisional²⁸³⁴ pelo período fixado na sentença condenatória²⁸³⁵, cuja duração não pode ser inferior a um mês e não pode nunca ser superior a 25 anos²⁸³⁶. Uma vez aplicada, poderá a pena de prisão, não obstante, ser objecto de substituição por pena privativa ou não privativa da liberdade determinada pela própria sentença. Tal hipótese encontra-se todavia vedada sempre que a pena de prisão concretamente aplicada seja superior a 5 anos²⁸³⁷. No direito positivo português a pena de prisão só está prevista como reacção sancionatória devida pela práticas de crimes, não sendo legalmente possível a punição de uma contra-ordenação através dela. Na realidade, não há em todo o vasto sistema contra-ordenacional nacional uma única contra-ordenação directamente sancionável com pena de prisão.

A *pena de multa* é outra pena principal do direito penal português²⁸³⁸. Trata-se de uma pena pecuniária determinada através do sistema dos dias de multa, correspondendo a cada dia de multa uma quantia entre € 5 e € 500 no caso de o condenado ser uma pessoa singular e uma quantia entre € 100 e € 10.000 se for um ente colectivo²⁸³⁹. Sendo aplicada a uma pessoa individual, a pena de multa pode ser cumprida através de pagamento ou de prestação de trabalho²⁸⁴⁰. Se a multa, que não tenha sido substituída por trabalho, não for paga voluntária ou coercivamente, pode haver lugar à conversão dos dias de multa em dias de prisão, dita prisão subsidiária²⁸⁴¹. É assim admissível uma privação da liberdade do condenado em pena de multa, sendo-lhe, no entanto, dada a possibilidade de a todo o tempo evitar a execução da prisão subsidiária, pagando, no todo ou em parte, a multa a que foi condenado²⁸⁴². Tal como sucede com a pena de prisão, nenhuma contra-ordenação é entre nós sancionada com pena de multa.

²⁸³³ Arts. 41.º e 42.º do CP.

²⁸³⁴ Cf. art. 478.º do CPP e art. 8.º, a), do CEP.

²⁸³⁵ Desenvolvidamente, RODRIGUES, Anabela Miranda, “A fase de execução das penas e medidas de segurança no direito português”, *BMJ*, n.º 380, pp. 11 e ss. e 22 e ss.

²⁸³⁶ Art. 41.º do CP e 30.º-1 da CRP.

²⁸³⁷ Cf., *a contrario*, os arts. 43.º-1, 43.º-3, 44.º-1, b), 45.º-1, 46.º-1, 50.º-1 e 58.º-1 do CP.

²⁸³⁸ Art. 47.º do CP.

²⁸³⁹ Arts. 47.º e 90.º-A, n.º 1, e 90.º-B do CP.

²⁸⁴⁰ Art. 48.º do CP e arts. 489.º e 490.º do CPP.

²⁸⁴¹ Art. 49.º-1 do CP.

²⁸⁴² Arts. 49.º-2 do CP e 491.º-A do CPP.

A *coima* é a sanção por excelência do direito de mera ordenação social²⁸⁴³. Tem natureza exclusivamente patrimonial²⁸⁴⁴, dado que, diferentemente da pena de prisão, não implica a privação da liberdade do condenado e, ao contrário da pena de multa, não é susceptível de implicar uma privação da liberdade em caso de falta de pagamento voluntário ou coercivo²⁸⁴⁵. Notas que distinguem ainda a coima da pena de multa são o modelo da sua determinação, que segue não o sistema dos dias de multa, mas o sistema da soma global²⁸⁴⁶, e o modo de execução, que não abrange a possibilidade de cumprimento através da prestação de trabalho²⁸⁴⁷. No direito nacional, não há crime algum que seja punível com coima.

Esta sumária caracterização das penas de prisão e de multa e da coima coincide no essencial com a descrição que delas já se fazia no início da década de 1980, aquando da entrada em vigor do novo Código Penal e do Regime Geral das Contra-Ordenações aprovado em 1982²⁸⁴⁸. De lá para cá, nada mudou nesta dimensão fundamental das relações entre o direito penal e o direito de mera ordenação social. Se o pensamento genético no sentido da diferenciação qualitativa ético-social dos crimes e das contra-ordenações já seria questionável ao fim de poucos de vida do novo direito contra-ordenacional²⁸⁴⁹ e é hoje irreconhecível no ordenamento contra-ordenacional vigente²⁸⁵⁰, o mesmo não poderá dizer-se da característica identitária fundamental da coima que tanto contribuiu para a emergência e efectiva implantação do direito das contra-ordenações. Tal como aquando do aparecimento legal do direito de mera ordenação social, ainda hoje *a coima não é, nem imediata, nem mediatamente, uma sanção privativa da liberdade*. E continua a ser pela coima como sanção não detentiva

²⁸⁴³ Art. 1.º do RGCO.

²⁸⁴⁴ Art. 17.º do RGCO.

²⁸⁴⁵ Art. 89.º do RGCO. Característica diferente possui a coima própria do sistema contra-ordenacional alemão, na medida em que nele se admite, no § 96 da OWiG, a privação da liberdade do condenado para constrangimento ao pagamento da coima.

²⁸⁴⁶ Para uma contraposição entre estes dois sistemas, DIAS, Figueiredo, *DP-PG, II*, § 140 e ss.

²⁸⁴⁷ A “prestação de trabalho a favor da comunidade” a que se refere o art. 89.º-A do RGCO corresponde a uma sanção de substituição, similar à pena de substituição de prestação de trabalho a favor da comunidade (art. 58.º do CP), e não a uma forma de cumprimento da coima de sentido semelhante ao da substituição da multa por trabalho prevista no art. 48.º do CP, cuja natureza é não de pena substitutiva, mas de modalidade de execução da pena de multa (assim, ANTUNES, Maria João, *Consequências Jurídicas do Crime*, p. 68).

²⁸⁴⁸ DIAS, Figueiredo, “O movimento da descriminalização e o ilícito de mera ordenação social”, p. 333, e BELEZA, Teresa, ²*Direito Penal*, p. 143 e ss.

²⁸⁴⁹ Cf. os preâmbulos dos diplomas legais que reviram o RGCO em 1989 e em 1995, respectivamente, o Decreto-Lei n.º 356/1989 e o Decreto-Lei n.º 244/95, este último assumindo expressamente a existência de um rumo legislativo no sentido de uma mudança de paradigma.

²⁸⁵⁰ Cf. supra, §§ 20. a 23. e § 35.

que, desde logo no plano formal, o sistema legal procede à bifurcação da matéria penal e contra-ordenacional. O critério legal formal para a adscrição de natureza contra-ordenacional – e, *a contrario*, não penal – a um dado facto continua a ser o de que “constitui contra-ordenação todo o facto ilícito e censurável que preencha um tipo legal *no qual se comine uma coima*”²⁸⁵¹.

O legislador português tem-se assim mantido escrupulosamente fiel a um dos desígnios político-criminais fundamentais que presidiram à criação do direito das contra-ordenações, o da implantação de um sistema sancionatório alternativo ao sistema penal ao qual fosse *substancialmente* estranha a previsão de *sanções* privativas da liberdade. O direito de mera ordenação social foi concebido como um domínio de reacções sancionatórias não detentivas, projectando-se esta ideia de fundo do *direito das contra-ordenações como espaço sancionatório da não privação da liberdade* inclusivamente sobre as medidas processuais nele aplicáveis, estando, desde sempre, absolutamente vedada a possibilidade de aplicação da prisão preventiva no âmbito do processo de mera ordenação social²⁸⁵². Este paradigma legal do sistema contra-ordenacional como ordem sancionatória não privativa da liberdade não só foi mantido intocado até ao presente, como até foi reforçado, designadamente, através da revogação, em 1995, da possibilidade de detenção, em caso de flagrante delito da prática de uma contra-ordenação, para efeitos de identificação do suspeito²⁸⁵³. Um tendência legislativa que é tanto mais significativa quanto contrasta com a atitude legislativa de abandono do ideário da total autonomia qualitativa do *facto* contra-ordenacional.

A emergência de um direito sancionatório não detentivo como é o direito contra-ordenacional foi instrumental à consecução de objectivos político-criminais de primeira grandeza, como a *flexibilização do processo legislativo* em matérias técnicas e caracterizadas pela sua rápida e permanente mutação²⁸⁵⁴ e a *desjudicialização* de uma parte significativa dos processos sancionatórios, com a sua passagem para a esfera de autoridades administrativas especialmente vocacionadas para a protecção e promoção dos interesses tutelados pelas infracções da sua área de actuação. Onde, porém, se aspirava a que a concepção do direito contra-ordenacional como ramo de sanções não

²⁸⁵¹ Art. 1.º do RGCO, reiterado, v. g., pelos arts. 1.º-2 da LQCA (Lei n.º 50/2006), 548.º do CT (Lei n.º 7/2009) e 1.º do Regime Quadro das Contra-Ordenações do Sector das Comunicações (Lei n.º 99/2009).

²⁸⁵² Art. 42.º do RGCO, e art. 27.º-3, *b*), da CRP.

²⁸⁵³ Cf. os n.ºs 2 e 3 do art. 49.º da versão originária do RGCO, revogados pelo art. 1.º do Decreto-Lei n.º 244/95.

²⁸⁵⁴ COSTA, Faria, “Les problèmes juridiques...”, p. 151.

privativas da liberdade cobrasse o seu maior significado político-criminal seria na sua imprescindível participação no movimento descriminalizador através do qual se intentava uma purificação do direito penal e no programa político-criminal, dele incindível²⁸⁵⁵, de “restrição do âmbito e da frequência de aplicação de penas privativas da liberdade; [e de] luta decidida contra as penas de prisão de curta duração”²⁸⁵⁶. Com efeito, a ingente necessidade de humanização do direito penal mediante uma forte contenção da efectiva aplicação de penas privativas da liberdade só seria alcançável através de um amplo programa político-criminal de natureza global²⁸⁵⁷ que passasse pelo fomento da pena de multa como pena criminal de primeira ordem e pela previsão de um leque diversificado de penas não detentivas e criação de condições para a respectiva aplicação²⁸⁵⁸, pela institucionalização de mecanismos processuais favorecedores de soluções de diversão e de descriminalização real, como ainda também, e decisivamente, pela criação de um ordenamento sancionatório que assegurasse uma resposta punitiva não detentiva para uma mole de infracções de inexistente ou duvidosa dignidade penal ou não carecidas de sanções imediata ou mediatamente privativas da liberdade²⁸⁵⁹. Esta funda justificação político-criminal que (também) esteve na génese do nosso direito contra-ordenacional²⁸⁶⁰ mantém pleno e acrescido sentido na actualidade e foi por certo um dado essencial da ideia constitucional sobre o direito das contra-ordenações que esteve presente no momento da constitucionalização do direito de mera ordenação social ocorrida na revisão constitucional de 1982.

²⁸⁵⁵ Cf. logo SCHMIDT, “Straftaten und Ordnungswidrigkeiten”, *JZ*, p. 101 e s., estabelecendo uma ligação entre os trabalhos legislativos então em curso dirigidos à aprovação de uma (primeira) Lei-Quadro das Contra-Ordenações e a necessidade de dar corpo ao apelo à luta contra as penas de prisão de curta de duração constante do Programa de Marburgo de v. Liszt.

²⁸⁵⁶ DIAS, Figueiredo, *DP-PG, II*, § 18. Sobre este movimento internacional de reforma penal que conheceu um amplo vigor especialmente a partir da década de 1960, desenvolvidamente, DIAS, Figueiredo, *DP-PG, II*, §§ 17 e ss., 115 e ss. e 489 e ss., e RODRIGUES, Anabela Miranda, “Critério de escolha das penas de substituição no Código Penal português”, in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, I, 1984, p. 25 e ss.

²⁸⁵⁷ Cf. DIAS, Figueiredo, “Os novos rumos da política criminal”, p. 15 e ss. e *passim*.

²⁸⁵⁸ Cf. CORREIA, Eduardo, “Código Penal. Projecto da Parte Geral”, p. 47 e ss., DIAS, Figueiredo, “A reforma do direito penal português”, p. 30 e ss., e “Os novos rumos da política criminal”, p. 34 e ss., e RODRIGUES, Anabela, “Critério de escolha das penas de substituição no Código Penal português”, p. 27 e ss.

²⁸⁵⁹ Sobre as várias possíveis estratégias de política legislativa dirigidas à descriminalização, DIAS, Jorge de Figueiredo / ANDRADE, Manuel da Costa, *Criminologia. O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena*, Coimbra, Coimbra Editora, 1984, p. 416 e ss.

²⁸⁶⁰ Cf. supra, §§ 9. e 10.

3. Quando o acomodou no seu seio, a ideia que a Constituição fazia assim do direito contra-ordenacional correspondia essencialmente à de um sistema normativo sancionatório desprovido de sanções privativas da liberdade. Só esta premissa permite, por exemplo, compreender que a revisão constitucional de 1982 tenha determinado que a concreta tipificação de contra-ordenações e respectiva previsão de sanções contra-ordenacionais não integraria a reserva relativa de competência legislativa da Assembleia da República; uma exigência todavia incontornável se, no espírito do legislador constitucional, fosse equacionável a existência de contra-ordenações puníveis com sanções privativas da liberdade (arts. 18.º-2, 27.º-2 e 168.º-1, *b*), na redacção da CRP então vigente).

Ainda hoje nada permite que se suspeite da existência de algum tipo de abertura constitucional à admissão de sanções contra-ordenacionais privativas da liberdade, seja pela directa ameaça da prisão como sanção aplicável pela prática de uma contra-ordenação, seja ainda sequer, como seria mais verosímil, pela possibilidade de conversão da coima não paga em prisão subsidiária, à maneira da prisão de constrangimento do direito contra-ordenacional alemão (*Erzwingungshaft* – § 96 da OWiG)²⁸⁶¹.

Uma tal tentação nunca foi minimamente sugerida pela prática do legislador nacional, não havendo sequer qualquer voz doutrinal que haja alguma vez clamado por tal alargamento da acção sancionatória contra-ordenacional. Se, porém, algum passo fosse dado nesse sentido, julgamos que colidiria ele frontalmente com os princípios constitucionais directamente afectos à protecção da *liberdade física* dos cidadãos, plasmada como direito fundamental no n.º 1 do art. 27.º da Constituição. A contraposição entre o direito penal e o direito contra-ordenacional na base da ideia de que aquele *é* e este *não é* um sistema sancionatório privativo da liberdade expressa-se irrestritamente na legislação contra-ordenacional ordinária desde sempre vigente entre nós e constitui ainda *um adquirido* do nosso sistema constitucional. Significa isto que *a*

²⁸⁶¹ § 96, I, da OWiG: “I. Decorrido o prazo fixado no § 95, n.º I, pode o juiz, a requerimento da autoridade competente para a execução ou officiosamente, quando a execução lhe estiver confiada, ordenar a prisão de constrangimento desde que: 1. a coima ou uma parte dela não haja sido paga; 2. o condenado não haja provado a sua incapacidade de pagar (§ 66, II, 2, *b*)); 3. haja sido advertido nos termos do § 66, II, 3.; e 4. não seja conhecida qualquer circunstância que demonstre a sua incapacidade de pagamento”. O § 96 prevê ainda (III) que a duração da privação da liberdade não pode exceder 6 semanas, ou 3 meses caso haja mais do que uma coima incumprida. Sobre esta medida, cf. ³KK-MITSCH, § 96.

Constituição não autoriza a previsão legal de contra-ordenações que possam ter como consequência sancionatória, imediata ou não, a privação da liberdade.

3.1 Um dos penhores mais seguros do repúdio constitucional da privação da liberdade como efeito sancionatório contra-ordenacional encontra-se no regime constitucional especificamente dirigido à definição dos casos e condições em que é constitucionalmente admissível a privação da liberdade física das pessoas, constante dos n.ºs 2 e 3 do art. 27.º da Constituição.

Consagra o art. 27.º, n.º 2, da Constituição o princípio²⁸⁶² de que “ninguém pode ser total ou parcialmente privado da liberdade, a não ser em consequência de sentença judicial condenatória pela prática de acto punido por lei com pena de prisão ou de aplicação judicial de medida de segurança”. Acrescenta o n.º 3 do art. 27.º da Constituição uma enunciação de casos que visam excepcionar este princípio, ou seja, constelações em que a Constituição autoriza, a título de excepção, a privação da liberdade apesar de ela não resultar de uma sentença judicial condenatória pela prática de acto punido por lei com pena de prisão ou de aplicação judicial de medida de segurança.

Os termos estritos e aparentemente fechados com que a Constituição se refere à possibilidade da privação, total ou parcial, da liberdade levam a doutrina e a jurisprudência constitucionais – não sem dúvidas²⁸⁶³ e críticas²⁸⁶⁴, é certo – a postular neste exacto contexto o “princípio da tipicidade constitucional das medidas privativas da liberdade”²⁸⁶⁵. Além das próprias formulações constantes dos n.ºs 2 e 3 do art. 27.º (“a não ser”; “exceptua-se (...) nos casos seguintes”), a favor do reconhecimento deste princípio da taxatividade das privações da liberdade constitucionalmente especificadas parecem-nos depor algumas outras razões mais. À cabeça, o valor intrínseco da liberdade como elemento constitutivo fundante da dignidade pessoal de cada um e da sua possibilidade de existir como pessoa. Isso o que, na linha de uma tradição

²⁸⁶² É o próprio n.º 3 do art. 27.º da Constituição que se refere ao estatuído no n.º 2 como um princípio em matéria de privação da liberdade: “Exceptua-se deste princípio...”.

²⁸⁶³ Ac. do TC n.º 674/98.

²⁸⁶⁴ MOUTINHO, José Lobo, ²*Constituição Portuguesa Anotada*, I, Art. 27.º, pp. 639 e s. e 644, com especial incidência sobre as “privações parciais ou restrições da liberdade”.

²⁸⁶⁵ CANOTILHO, Gomes / MOREIRA, Vital, ⁴*CRP*, I, p. 479, e Acs. do TC n.ºs 479/94, 363/2000 e 161/2005. Parecendo ainda concordar com uma afirmação de *jure dato* do princípio, ao menos quando esteja em causa uma privação total da liberdade, MOUTINHO, José Lobo, ²*Constituição Portuguesa Anotada*, I, Art. 27.º, p. 639.

humanista do sistema penal nacional que remonta já ao século XIX²⁸⁶⁶, leva a que a nossa Constituição proscruva a prisão perpétua (art. 30.º-1), pela sentença de morte civil que representa. A aguda consciência da importância suprema da liberdade e do perigo das mais variadas e arbitrarias ofensas que ela pode sofrer às mãos do Estado acentuada por quase meio século de ditadura terão porventura contribuído para que o legislador constituinte houvesse sido de enorme parcimónia nas credenciais constitucionais conferidas ao legislador para que pudesse determinar privações da liberdade dos cidadãos. A experiência constitucional portuguesa ulterior deu ainda mostras de uma assumpção generalizada da vigência daquele princípio da tipicidade constitucional das medidas privativas da liberdade pelo legislador. A história do art. 27.º da Constituição é sobretudo a história do sucessivo alargamento das excepções enunciadas no seu n.º 3²⁸⁶⁷, o que se explica pela interiorização da ideia, em larga medida tributária da leitura restritiva do art. 27.º da CRP feita pelo Tribunal Constitucional²⁸⁶⁸, de que não pode o legislador ordinário prever medidas estaduais privativas da liberdade sem que para o efeito disponha de uma explícita permissão constitucional. Parece-nos que é este o bom princípio e sê-lo-á seguramente quando em causa esteja não uma restrição da liberdade, também dita privação parcial da liberdade, mas uma privação da liberdade em sentido próprio²⁸⁶⁹, que afecte “o direito de não ser detido, aprisionado, ou de qualquer modo fisicamente confinado a um determinado espaço, ou impedido de se movimentar”²⁸⁷⁰. Ante um já tão extenso catálogo de expressas autorizações constitucionais, ainda para mais estabilizado desde a revisão constitucional de 1997, mal se compreenderia que o legislador ordinário pudesse prever novas justificações para a privação da liberdade para lá daquelas que a Constituição já generosamente lhe concede.

Não abrindo o n.º 3 do art. 27.º da Constituição espaço algum por onde possa ser dada cobertura a medidas sancionatórias contra-ordenacionais privativas da liberdade, só com base no próprio princípio consagrado no n.º 2 desse art. 27.º haveria margem para o efeito. Hipótese que nos parece, todavia, completamente fora de questão, uma

²⁸⁶⁶ Cf. o notável *plaidoyer* de CAEIRO, Pedro “«Ut puras servaret manus»”, *RPCC*, 1/2001, p. 39 e ss., contra a pena de prisão perpétua.

²⁸⁶⁷ Cf. MOUTINHO, José Lobo, ²*Constituição Portuguesa Anotada*, I, Art. 27.º, p. 634.

²⁸⁶⁸ Cf., v. g., o Ac. do TC n.º 474/94: “A norma do art. 27.º da Constituição é particularmente exigente em relação às restrições que consente ao direito fundamental nela consagrado, impondo ao legislador um grau de vinculação muito intenso”.

²⁸⁶⁹ Distinguindo entre a privação da liberdade e a restrição da liberdade em sentido estrito, como categorias da restrição da liberdade ambulatória corporal em sentido amplo, MAUNZ / DÜRIG, ⁶⁷*GG*, Art. 104, n.º m. 5 e ss., numa classificação seguida pelo nosso Tribunal Constitucional no seu Ac. n.º 474/94.

²⁸⁷⁰ CANOTILHO, Gomes / MOREIRA, Vital, ⁴*CRP*, I, p. 478.

vez que o único ordenamento sancionatório que o princípio tem em vista é o *jurídico-penal*. Só esta concepção nos parece compatível com a letra e com o espírito do preceito. Aquilo que a Constituição quis significar foi a ideia de que, em princípio, não pode a liberdade ser privada senão num contexto sancionatório, sob estrita reserva legal e mediante decisão judicial. Casos mais haverá em que a privação da liberdade poderá ser admitida, mas esses serão excepções, a especificar à parte, no n.º 3 do art. 27.º da CRP. O princípio-regra é o de que só a prática de um acto que a lei ameace com “pena de prisão” ou com um “medida de segurança” pode justificar que o Estado prive um cidadão da sua liberdade. Que a Constituição inscreva este princípio num ambiente sancionatório, usando para isso locuções denotativas como “sentença judicial condenatória” ou “acto punido”, que se refira única e exclusivamente àquelas que são as duas sanções fundamentais do direito penal português, a pena de prisão e a medida de segurança, e que imponha uma reserva de juiz para a sua aplicação, naquela que é uma das marcas-de-água do processo sancionatório criminal, são tudo sinais para nós evidentes de que é apenas e só ao direito penal que a Constituição pretende, em via de princípio, reservar a aplicação de sanções privativas da liberdade²⁸⁷¹. Possíveis privações da liberdade de cariz sancionatório que o legislador queira estabelecer fora dos *estritos* quadros do direito penal não beneficiarão do amparo constitucional do n.º 2 do art. 27.º da CRP, só sendo aceitáveis se encontrarem abrigo nalguma das excepções do n.º 3 do artigo. Tanto assim é que uma sanção privativa da liberdade como a prisão disciplinar imposta a militares careceu de previsão expressa no n.º 3 do art. 27.º (alínea d)) para ver assegurada a sua conformidade constitucional²⁸⁷².

O n.º 2 do art. 27.º da Constituição cobre, deste modo, toda e qualquer disposição legal *penal* por força da qual possa ser imposta judicialmente uma medida penal restritiva da liberdade de carácter sancionatório. Inscreve-se aí “a totalidade da ordem legal jurídico-penal onde se contêm todas as penas aplicáveis a um certo

²⁸⁷¹ Nesta direcção, cf. os Acs. da Comissão Constitucional n.º 149, de 13-03-1979, e n.º 387, de 31-03-1981, e DIAS, Figueiredo, *DP-PG, II*, § 184. Dúbios, CANOTILHO, Gomes / MOREIRA, Vital, ⁴*CRP*, I, p. 480, quando afirmam que “a Constituição parece não reservar a pena de prisão para infracções não criminais, pois se limita a falar em «acto punido com pena de prisão»”.

²⁸⁷² Ao contrário do que consideram CANOTILHO, Gomes / MOREIRA, Vital, ⁴*CRP*, I, p. 480, não nos parece que a “prisão disciplinar imposta a militares” configure uma concretização constitucional da possibilidade de previsão da pena de prisão para infracções não criminais que parecem aceitar em relação ao art. 27.º-2 da CRP, pois se essa prisão disciplinar foi levada ao n.º 3, foi-o a título de excepção ao princípio do n.º 2 e não de concretização desse princípio, justamente em função da ideia de que as privações da liberdade a que o n.º 2 se refere são apenas as que possam resultar da lei penal.

facto”²⁸⁷³, não estando por isso a sua amplitude confinada apenas aos preceitos penais que se apresentem com a configuração de tipos legais de crime, descrevendo o facto típico e cominando uma pena de prisão. Fica por esta via assegurada a conformidade constitucional da prisão subsidiária em que deverá ser convertida a pena de multa principal não integralmente cumprida (art. 49.º do CP)²⁸⁷⁴. Representando embora “uma medida de execução da própria pena de multa principal”²⁸⁷⁵ destinada fundamentalmente a dissuadir o condenado de subtrair-se ao cumprimento da multa aplicada, constringendo-o a pagá-la quer através da ameaça da prisão, quer da própria execução da prisão, não deixa a prisão subsidiária de possuir uma marca vincadamente sancionatória²⁸⁷⁶. Sendo, como é, uma sanção penal de constrangimento²⁸⁷⁷ privativa da liberdade pode a prisão subsidiária penal considerar-se respaldada pelo n.º 2 do art. 27.º da Constituição, devendo quanto a ela considerar-se observado o princípio da tipicidade constitucional das medidas privativas da liberdade.

Por aqui se vê como a questão assume relevância contrastante no âmbito dos sistemas constitucionais português e alemão. Não valendo neste último um princípio da taxatividade das medidas privativas da liberdade similar àquele que a Constituição portuguesa consagra²⁸⁷⁸, é o entendimento de que a prisão de constrangimento contraordenacional prevista no § 96 da OWiG não possui uma matriz sancionatória própria de uma pena – porque se limita a procurar impelir o visado ao pagamento da coima e não o liberta da obrigação de a solver mesmo após a execução da prisão²⁸⁷⁹ – que a salva da

²⁸⁷³ Ac. n.º 149 da Comissão Constitucional, *cit.*, p. 44, e DIAS, Figueiredo, *DP-PG, II*, § 184, que foi o relator daquele Acórdão.

²⁸⁷⁴ Cf. os Acs. da Comissão Constitucional n.º 149, de 13-03-1979, *cit.*, p. 43 e s., e n.º 387, de 31-03-1981, *cit.*, p. 43 e s., Figueiredo, *DP-PG, II*, §§ 179 e 184 e s., RODRIGUES, Anabela Miranda, “Sistema punitivo português. Principais alterações no Código Penal revisto”, *Sub Judice*, n.º 11, 1996, p. 34 e s., BRANDÃO, Nuno, “Liberdade condicional e prisão (subsidiária) de curta duração”, *RPCC*, 4/2007, p. 690 e ss., e ANTUNES, Maria João, *Consequências Jurídicas do Crime*, p. 69 e s.

²⁸⁷⁵ BRANDÃO, Nuno, “Liberdade condicional e prisão (subsidiária) de curta duração”, p. 695.

²⁸⁷⁶ DIAS, Figueiredo, *DP-PG, II*, § 181 e ss., ANTUNES, Maria João, *Consequências Jurídicas do Crime*, p. 68 e s., FIDALGO, Sónia, “O processo sumaríssimo na revisão do Código de Processo Penal”, *Revista do CEJ, n.º 9 (Especial): Jornadas sobre a Revisão do Código de Processo Penal*, 2008, p. 306, nota 38, BRANDÃO, Nuno, “Liberdade condicional e prisão (subsidiária) de curta duração”, p. 695 e s., e ANTUNES, Maria João, *Consequências Jurídicas do Crime*, p. 68 e s.

²⁸⁷⁷ Nestes precisos termos, DIAS, Figueiredo, *DP-PG, II*, § 182, nota 88, e *in: Código Penal. Actas e Projecto da Comissão de Revisão*, 1993, p. 29, e ANTUNES, Maria João, *Consequências Jurídicas do Crime*, p. 69

²⁸⁷⁸ Cf. MOUTINHO, José Lobo, *2ª Constituição Portuguesa Anotada*, I, Art. 27.º, p. 640.

²⁸⁷⁹ Prevê o § 97, II e III, da OWiG que o condenado pode evitar a execução da prisão mediante cumprimento da coima, mas, caso a não pague, não passa a ficar isento do seu dever de a liquidar, podendo haver lugar a uma execução de bens para cobrança coerciva da coima – cf. GÖHLER / SEITZ, ¹⁶OWiG, § 97, e ³KK-MITSCH, § 97.

inconstitucionalidade²⁸⁸⁰. Já no direito português, perante uma prisão subsidiária penal que quanto à sua função está muito mais próxima da prisão de constrangimento contra-ordenacional alemã do que da *pena* de prisão sucedânea da multa criminal prevista no § 43 do StGB²⁸⁸¹, é o reconhecimento de que o seu propósito coercivo não apaga a sua coloração sancionatória que garante a sua compatibilidade com o princípio especificado no n.º 2 do art. 27.º da Constituição. E é precisamente isso também que, por sua vez, arreda *constitucionalmente* a possibilidade da consagração no direito de mera ordenação social português de um instituto similar à prisão de constrangimento do § 96 da OWiG alemã.

Passasse o RGCO ou alguma legislação contra-ordenacional especial a prever a possibilidade da conversão da coima não paga em prisão, para, à semelhança da prisão subsidiária penal, compelir o condenado ao cumprimento, não escaparia essa eventual norma ao signo de *sanção* contra-ordenacional privativa da liberdade. E assim, mesmo que cumpridas as exigências inerentes às reservas de lei e de juiz, seria de concluir pela sua inconstitucionalidade, por invasão indevida de um espaço de monopólio jurídico-penal blindado pelo n.º 2 do art. 27.º da Constituição. O mesmo deveria entender-se, até por maioria de razão, no caso de directa cominação de uma sanção privativa da liberdade para um ilícito de mera ordenação social. Se, por absurdo, uma qualquer lei contra-ordenacional dispusesse que determinado facto constituiria contra-ordenação punível com prisão incorreria, desde logo, e sem prejuízo do demais, em frontal e irremissível violação do princípio consagrado pelo art. 27.º, n.º 2, da Constituição.

²⁸⁸⁰ O Ac. do Tribunal Constitucional Federal alemão de 09-11-1976, *BVerfGE* 43, 101, p. 104 e ss., pronunciou-se no sentido da *manifesta* conformidade constitucional desta medida contra-ordenacional privativa da liberdade. A linha da argumentação sustentada pelo Tribunal passou pela ideia de que na prisão por constrangimento não há lugar a uma conversão em uma autêntica *pena* de prisão, como sucede em caso de incumprimento culposo da multa criminal não paga, que determina a imposição de uma pena privativa da liberdade destituída da função de constrangimento ao pagamento que é ostentada pela prisão contra-ordenacional (§ 43 do StGB). Entendeu o Tribunal que tal função de persuasão ao pagamento distancia substancialmente a prisão contra-ordenacional da pena de prisão substitutiva da multa não paga, já que, voltando a empregar as suas habituais fórmulas de distinção entre as sanções penais e contra-ordenacionais, não envolve qualquer reprovação pública desonrosa correspondente a uma censura ao agente pela sua rebelião contra a ordem jurídica e lhe falta, por isso, a solenidade das verdadeiras penas criminais.

²⁸⁸¹ Para um contraste entre estes institutos contra-ordenacional e penal do direito alemão, com uma tónica no ponto de que a pena de prisão substitutiva da multa penal não pode assumir simultaneamente um duplo estatuto de pena privativa da liberdade e, à semelhança da *Erzwingunshaft* contra-ordenacional, de mecanismo de constrangimento ao pagamento da multa, cf. GÖHLER / SEITZ, ¹⁶*OWiG*, § 96, n.º m. 1 e ss., MITSCH, ²*Ordnungswidrigkeiten*, § 15, n.º m. 20, e ³*KK-MITSCH*, § 96, n.º m. 1 e s.

3.2 Esta nossa posição converge em substancial medida com uma perspectiva que o nosso Tribunal Constitucional tem desde sempre sustentado e que corresponde a uma visão, *sob um prisma constitucional*²⁸⁸², do sistema contra-ordenacional como ramo sancionatório que não conhece sanções privativas da liberdade, incluindo a conversão da coima em prisão. Não pode deixar de advertir-se que se trata, em geral, de uma jurisprudência englobada num plano mais amplo e que integra dimensões de compreensão do direito contra-ordenacional nas quais não nos revemos e a que nos temos oposto, como sejam a afirmação de uma autonomia material do facto contra-ordenacional a partir de critérios ético-sociais ou a imputação à coima de uma exclusiva finalidade de pura admonição. As referências de cunho diferenciador que nela são feitas à coima tendo em conta a sua natureza exclusivamente patrimonial dispõem, não obstante, de suficiente autonomia em relação a tais pontos de vista para que possam tomar-se como referentes úteis para este nosso efeito.

Onde o Tribunal Constitucional manifestou uma posição mais próxima daquela que ora sustentamos foi, em todo o caso, num acórdão que não se integra na corrente jurisprudencial a que nos referimos no parágrafo anterior e que, por sinal, representa um dos pouquíssimos momentos em que o Tribunal vacilou acerca da natureza qualitativamente diversa do direito contra-ordenacional, o já abordado Acórdão n.º 43/2004²⁸⁸³. Debruçando-se sobre um juízo de inconstitucionalidade emitido por um tribunal judicial que teve por objecto uma sanção acessória de inibição de conduzir de direito contra-ordenacional rodoviário, fundado numa sua pretensa natureza predominantemente criminal, entendeu o Tribunal Constitucional, como não poderia deixar de ser, que a sanção em causa não é um exclusivo penal, podendo ser validamente empregue tanto pelo direito penal, como pelo direito de mera ordenação social. Considerou então que “o direito penal pode utilizar sanções típicas do direito de mera ordenação social, o inverso é que *não seria constitucionalmente possível* (por exemplo, com a *pena de prisão*)²⁸⁸⁴. Uma posição precedida de um *obiter dictum* que aponta para uma *conclusão* coincidente com aquela que apresentámos: “(...) deriva do princípio da necessidade da pena que o direito penal deve ser chamado a intervir quando são previstas sanções altamente restritivas da liberdade, *não podendo em geral o direito de mera ordenação social prever sanções privativas da liberdade*. Nesse sentido, e

²⁸⁸² Acs. do TC n.º 117/2007 (6.) e n.º 221/2007 (6.).

²⁸⁸³ Supra, § 14.3, 4.

²⁸⁸⁴ Ac. do TC n.º 43/2004 (6., it. nosso).

apenas nesse, se pode falar de sanções penais *a se* a propósito da distinção entre o direito penal e o direito de mera ordenação social”²⁸⁸⁵.

Esta compreensão vai ao encontro de uma jurisprudência largamente consolidada no pensamento contra-ordenacional do Tribunal Constitucional desde aquela que foi a primeira grande tomada de posição do Tribunal em matéria de direito das contra-ordenações, o Acórdão n.º 56/84. Uma jurisprudência que versou sobre a definição do estatuto e do tratamento constitucional das contravenções e que acompanhou toda a vida do Tribunal até ao momento em que foram elas definitiva e finalmente abolidas do nosso sistema legal, num passo em que, aliás, o Tribunal Constitucional não deixou de ser chamado a pronunciar-se²⁸⁸⁶. Assumindo logo em 1984 que as contravenções constituíam uma “categoria de ilícito em vias de desaparecimento”²⁸⁸⁷, confrontou-se o Tribunal com a necessidade de, em face da ausência de qualquer referência da Lei Fundamental à figura das contravenções, clarificar o regime constitucional relativo à questão da competência legislativa para a criação de contravenções, sobretudo em função do seu relevo mediato para o problema, à data crucial em matéria de política legislativa, da conversão dos ilícitos contravencionais então vigentes em ilícitos de mera ordenação social. Dado o mutismo do preceito constitucional regulador da reserva relativa de competência legislativa da Assembleia da República adoptou o Tribunal o método advogado por Gomes Canotilho / Vital Moreira: “as contravenções que subsistirem (ou que forem *ex novo* criadas) têm de ser tratadas de acordo com a natureza que no caso tiverem (criminal ou de mera ordenação social)”²⁸⁸⁸.

Esta forma de abordagem passou a ser adoptada em relação a questões contravencionais de variada ordem, em especial as relativas à competência legislativa e forma dos actos legislativos de criação de novas contravenções²⁸⁸⁹ e à admissibilidade constitucional de penas de multa contravencionais de medida abstracta fixa²⁸⁹⁰. A esta luz, tudo estaria então em saber com que ramo sancionatório se identificariam as normas contravencionais objecto de apreciação, se com o penal, se com o contra-ordenacional,

²⁸⁸⁵ Ac. do TC n.º 43/2004 (6., it. nosso).

²⁸⁸⁶ Ac. do TC n.º 201/2007.

²⁸⁸⁷ Ac. do TC n.º 56/84 (15.).

²⁸⁸⁸ Por último, CANOTILHO, Gomes / MOREIRA, Vital, ⁴CRP, II, p. 328.

²⁸⁸⁹ Acs. do TC n.ºs 308/94, 61/99 e 419/2006.

²⁸⁹⁰ Por último, e em plenário, na sequência de posições contraditórias entre si assumidas pelo Tribunal, o Ac. do TC n.º 344/2007.

para, a partir daí, definir o regime constitucional aplicável à questão de constitucionalidade suscitada. Relevante seria, porém, não a perspectiva do direito ordinário, mas antes “o ponto de vista «da [sua] relevância constitucional específica”²⁸⁹¹. Com o que se tornaria necessário perscrutar a ideia constitucional sobre o direito penal, o direito das contra-ordenações e o relacionamento entre ambos.

A par da afirmação das já referidas características de que discordamos, só consentida por uma visão redutora, quando não mesmo errada²⁸⁹², do sistema constitucional, nesta análise foi reiteradamente valorizado um aspecto essencial em que nos revemos, a ideia de que a coima se distingue substancialmente da pena em virtude da impossibilidade da sua conversão em prisão e como tal da sua inocuidade para o direito fundamental à liberdade plasmado no n.º 1 do art. 27.º da Constituição. Por isso que, além do mais, diante de contravenções puníveis com pena de multa inconvertível em prisão, as únicas em relação às quais se poderia “dizer com propriedade que uma pena contravencional não é restritiva da liberdade”²⁸⁹³, o entendimento do Tribunal Constitucional foi praticamente²⁸⁹⁴ sempre o de que o “tratamento que lhe deve ser conferido há-de ser o correspondente às contra-ordenações”²⁸⁹⁵. Dito de outro modo, no juízo do Tribunal, para a Constituição tais contravenções identificar-se-iam na sua essência com o direito contra-ordenacional na medida em que nunca poderiam implicar uma privação da liberdade do condenado, fosse ela imediata, fosse ela apenas mediata, através de uma possível conversão da multa não paga em prisão²⁸⁹⁶.

4. A concepção de direito contra-ordenacional que adoptamos é a da sua compreensão, constitucional e legalmente fundada, como ordenamento sancionatório composto *exclusivamente* por sanções *não privativas da liberdade*. É precisamente esta sua específica e distintiva dimensão essencial que implica a sua *plena autonomia material*. O que, a nosso ver, substancial e decisivamente o separa do direito penal é assim a natureza não detentiva das suas sanções.

²⁸⁹¹ Ac. do TC n.º 221/2007 (6.), citando o Ac. n.º 117/2007.

²⁸⁹² V. g., o já referido e criticado entendimento manifestado pelo Ac. do TC n.º 344/2007 segundo o qual à pena criminal estaria associado um “«*pathos*» social purgativo”.

²⁸⁹³ Ac. do TC n.º 308/94 (5.).

²⁸⁹⁴ Cf. o voto vencido do Cons. Artur Maurício ao Ac. do TC n.º 419/2006 e, a propósito da multa contravencional fixa, o Ac. do TC n.º 579/2006, sustentando uma posição que todavia não vingou (cf. Ac. n.º 344/2007).

²⁸⁹⁵ Ac. do TC n.º 308/94 (8.).

²⁸⁹⁶ Nesta direcção, por muitos outros, os Acs. do TC n.ºs 59/84, 160/91, 308/94, 61/99 (3.1), 419/2006, 117/2007, 221/2007 (6.) e 344/2007.

Enfrentada a questão do relacionamento entre o direito penal e o direito de mera ordenação social *a partir* do prisma das sanções *constitucionalmente* admissíveis em cada um deles, o modelo de contraposição resultante das determinações constitucionais que para este último são válidas é caracterizado por uma total e contínua oposição substancial entre ambos os domínios, traçada em função da relação de cada um deles com a esfera da liberdade física das pessoas. Ao contrário do que ocorre quando o problema é analisado sob a óptica do facto punível, em que os princípios constitucionais fazem desembocar os crimes e as contra-ordenações num largo espaço de convergência material, vista a temática à luz das sanções aplicáveis o cenário é todo um outro: nele o que ressalta é a absoluta impossibilidade de aplicação de sanções detentivas pelo direito contra-ordenacional, em contraste com a ameaça de privação da liberdade inerente às penas criminais sempre latente no direito penal. Reconduzida a questão à sua essência, o direito das contra-ordenações é materialmente distinto do direito penal pela razão singela, mas portadora de um enorme significado social, político-criminal e axiológico-constitucional, de que em caso algum pode implicar a perda da liberdade de alguém²⁸⁹⁷.

Determinante é a potencialidade lesiva da liberdade física envolvida nas sanções. A efectiva privação da liberdade deve ser a *ultima ratio* do sistema penal e por isso, felizmente, na realidade concreta da nossa justiça penal só uma pequena parte das sentenças criminais implica o efectivo encarceramento dos condenados. Ainda assim e mesmo que as representações sociais sobre o exercício do poder punitivo penal estadual possam já não associar quase que automática e necessariamente a pena criminal à prisão, a privação da liberdade é um dado sempre presente, mesmo que só remotamente e em pano de fundo²⁸⁹⁸, em todos os momentos da saga penal em que qualquer pessoa se veja envolvida. Mesmo quando não há lugar a privação da liberdade, a ameaça da prisão é uma realidade que acompanha o visado desde o momento em que sobre si assoma uma suspeita até ao trânsito em julgado da declaração de extinção da pena. Com efeito, ainda que a pena de prisão aplicada seja substituída por pena não detentiva ou seja fixada uma multa como pena principal, antes de sobrevir o trânsito em julgado da declaração de extinção da pena não privativa da liberdade não poderá asseverar-se com plena certeza que a responsabilização criminal do condenado não implicará uma

²⁸⁹⁷ No essencial desta conclusão, PEDRAZZI, “Relazione di sintesi”, p. 201 e s., AZZALI, “L’alternativa amministrativa: lineamenti di un sistema sanzionatorio”, p. 4 e ss., e LASCURAÍN SÁNCHEZ, “Por un Derecho Penal sólo penal”, p. 614 e ss.

²⁸⁹⁸ Cf. DIAS, Silva, *Ramos Emergentes do Direito Penal*, p. 71, nota 120.

privação da liberdade. Daí que, *ex ante*, numa perspectiva substancial das coisas, além da pena de prisão, também a multa deva ser encarada como sanção susceptível de contender com o direito fundamental à liberdade física a que se refere o n.º 1 do art. 27.º da Constituição. Na medida em que a multa seja passível de substituição ou conversão em prisão, a sua cominação num tipo legal de crime tem, nos termos e para os efeitos da restrição do direito fundamental à liberdade física (art. 27.º-1 da CRP), significado equivalente ao da ameaça legal da pena de prisão. Assim, ao contrário do pensamento largamente dominante na experiência alemã, em devido tempo contrariado por Rudolf Schmitt²⁸⁹⁹, uma sanção pecuniária contra-ordenacional que possa acarretar uma privação da liberdade do condenado em caso de incumprimento não se distingue substancialmente da pena de multa criminal, mesmo que a sua função seja essencialmente de constrangimento ao cumprimento da sanção aplicada. É que, como tem entendido a doutrina portuguesa em relação à prisão subsidiária penal, mesmo assumindo essencialmente tal função persuasora é-lhe irredutível uma dimensão sancionatória, não havendo, nessa medida, razões substanciais bastantes para, à luz do direito à liberdade, estabelecer uma distinção material entre a coima e a multa criminal.

Como se depreende do que ora sustentamos, temos para nós como insofismável que as sanções privativas da liberdade possuem uma natureza *materialmente distinta* das sanções não privativas da liberdade²⁹⁰⁰, como é o caso, desde logo, da coima contra-ordenacional. Pretender o contrário²⁹⁰¹ é desconhecer ou desconsiderar todo o mundo de diferenças substanciais para a pessoa do condenado que separam o cumprimento de uma sanção privativa da liberdade de uma sanção exclusivamente pecuniária. O sacrifício patrimonial que esta pode envolver nada tem de semelhante em relação ao sacrifício de direitos fundamentais pessoalíssimos que a sanção de prisão necessariamente implica. Além da privação do valor supremo da liberdade física, do bem precioso de poder decidir “ir e vir”²⁹⁰² e de “ir e vir” mesmo, a execução de uma sanção privativa da liberdade, mesmo que curta, tem um efeito altamente danoso para o bom nome e

²⁸⁹⁹ SCHMITT, Rudolf, *Ordnungswidrigkeitenrecht*, p. 12.

²⁹⁰⁰ Assim, AZZALI, “L’alternativa amministrativa: lineamenti di un sistema sanzionatorio”, p. 9; e num sentido próximo, CID MOLINÉ, “Garantías y sanciones”, p. 141 e ss.

²⁹⁰¹ Cf. GÓMEZ TOMILLO, Manuel, *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General*, p. 45 e ss., que esbate a gravidade da prisão de pequena e média duração sobretudo através do seu contraste com sanções limitadoras de direitos civis e profissionais dos condenados.

²⁹⁰² MOUTINHO, José Lobo, ²*Constituição Portuguesa Anotada*, I, Art. 27.º, p. 638.

reputação do condenado, “estigmatizando-o com o labéu de «ter estado na prisão»”²⁹⁰³, e implica uma limitação severa de toda uma série de direitos pessoais cujo exercício leva pressuposto o pleno gozo do direito à liberdade física²⁹⁰⁴.

Coube a Erving Goffman o elevado mérito de ter dado o passo fundamental para que a realidade penitenciária e o cumprimento das sanções privativas da liberdade passassem a constituir objecto *a se* da análise e do discurso crítico das ciências sociais. Tal como outros espaços fechados destinados a uma vida em reclusão, a prisão foi por ele reconduzida à categoria de *instituição total*, concebida como “um local de residência e trabalho onde um grande número de indivíduos com situação semelhante, separados da sociedade mais ampla por considerável período de tempo, levam uma vida fechada e formalmente administrada”²⁹⁰⁵. Se as prisões portuguesas de hoje diferem certamente em muito daquelas que Goffman teve em mente quando, em 1961, publicou o seu *Asylums*, a descrição e a análise penetrantes e impressivas a que submeteu o mundo das instituições totais são ainda em boa medida substancialmente adequadas à situação penitenciária nacional²⁹⁰⁶. Tal como Goffman mostrou, também no nosso contexto, como nota Anabela Rodrigues, a prisão “segrega o indivíduo do seu estatuto jurídico normal, atinge a personalidade, favorece a aprendizagem de novas técnicas criminosas e propõe valores e normas contrários aos «oficiais»”, “expõe o recluso a uma grande violência” e impõe “uma planificação praticamente absoluta do que o recluso pode e não pode fazer, à margem dos seus interesses e desejos”²⁹⁰⁷.

A prisão tem um efeito sobre a pessoa do condenado que nenhuma coima alguma vez poderá produzir, a *mortificação da sua personalidade*²⁹⁰⁸. Por muito que as regras legais procurem atenuar esse processo de degradação da personalidade²⁹⁰⁹,

²⁹⁰³ RODRIGUES, Anabela, “Critério de escolha das penas de substituição no Código Penal português”, p. 30.

²⁹⁰⁴ Cf. CID MOLINÉ, “Garantías y sanciones”, pp. 136 e 143.

²⁹⁰⁵ GOFFMAN, Erving, *Manicômios, Prisões e Conventos*, São Paulo, Editora Perspectiva, 1974 (*Asylums – Essays on the Social Situation of Mental Patients and Other Inmates*, 1961), p. 11.

²⁹⁰⁶ Cf. o diagnóstico de RODRIGUES, Anabela, *Novo Olhar sobre a Questão Penitenciária*, p. 45 e ss., no qual é patente uma forte influência do pensamento de Erving Goffman. Um apelo que encontramos igualmente noutros quadrantes – cf. MARTÍNEZ, Felipe, “Otro enfoque sobre el castigo”, in: Iñaki Rivera (Coord.), *Mitologías y Discursos sobre el Castigo*, Barcelona, Anthropos Editorial, 2004, p. 197 e ss., e SHECAIRA, Sérgio Salomão, *Criminologia*, 4.ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012, p. 258 e ss.

²⁹⁰⁷ RODRIGUES, Anabela, *Novo Olhar sobre a Questão Penitenciária*, p. 46.

²⁹⁰⁸ GOFFMAN, Erving, *Manicômios, Prisões e Conventos*, p. 23 e ss. e *passim*, RODRIGUES, Anabela, *Novo Olhar sobre a Questão Penitenciária*, p. 50, e SHECAIRA, Sérgio Salomão, *Criminologia*, p. 259.

²⁹⁰⁹ Cf. RODRIGUES, Anabela, *Novo Olhar sobre a Questão Penitenciária*, p. 50, e ANTUNES, Maria João / PINTO, Inês Horta, *Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade – Código Anotado*, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2013, p. 11 e ss.

mesmo que se assuma, num assomo de ingenuidade, um quadro de respeito escrupuloso do estatuto jurídico do recluso e dos direitos de que é titular, a transformação da personalidade do condenado num outro *quid* é uma inevitabilidade da prisão.

As diversas formas de mortificação da personalidade inerentes à entrada e reclusão do indivíduo numa instituição total expostas por Erving Goffman constituem (ainda hoje) uma ilustração bem viva do que é estar encarcerado numa prisão portuguesa.

Num plano geral, a prisão significa uma ruptura com a tendência corrente para desenvolver a vida quotidiana em diferentes lugares e em interacção com diversos grupos de pessoas, sob graus distintos de subordinação ou até mesmo nenhuns e sem uma programação rígida das actividades do dia-a-dia²⁹¹⁰. Tudo isso muda com a entrada no estabelecimento penitenciário: “Em primeiro lugar, todos os aspectos da vida são realizados no mesmo local e sob uma única autoridade. Em segundo lugar, cada fase da actividade diária do participante é realizada na companhia imediata de um grupo relativamente grande de outras pessoas, todas elas tratadas da mesma forma e obrigadas a fazer as mesmas coisas em conjunto. Em terceiro lugar, todas as actividades diárias são rigorosamente estabelecidas em horários, pois uma actividade leva, em tempo predeterminado à seguinte, e toda a sequência de actividades é imposta de cima, por um sistema de regras formais explícitas e um grupo de funcionários. Finalmente, as várias actividades obrigatórias são reunidas num plano racional único, supostamente planeado para atender aos objectivos oficiais da instituição”²⁹¹¹.

Logo que dá entrada no estabelecimento prisional, o condenado é submetido a uma série de procedimentos e rituais, vê escrutinada a sua vida, aí iniciando-se um irreversível processo de *despojamento do seu eu*²⁹¹². A partir daí²⁹¹³, o recluso perde o contacto ou vê enfraquecidos os laços com familiares, amigos e colegas; deixa de exercer a sua actividade profissional; frequentemente vê-se na contingência, mesmo que não legalmente obrigatória, de levar a cabo tarefas que interioriza como uma diminuição ou rebaixamento das suas capacidades; é obrigado a dividir o seu dia com pessoas com quem não escolheu conviver e a cujo contacto muitas vezes não pode escapar, mesmo

²⁹¹⁰ Assim, GOFFMAN, Erving, *Manicômios, Prisões e Conventos*, p. 17.

²⁹¹¹ GOFFMAN, Erving, *Manicômios, Prisões e Conventos*, p. 17 e s.

²⁹¹² GOFFMAN, Erving, *Manicômios, Prisões e Conventos*, p. 24 e ss., e MARTÍNEZ, Felipe, “Otro enfoque sobre el castigo”, p. 200 e s.

²⁹¹³ Sobre o que se segue, em texto, acompanhamos de perto GOFFMAN, Erving, *Manicômios, Prisões e Conventos*, p. 27 e ss.

que preferisse evitá-las; está particularmente exposto a ambientes de intimidação e de violência emocional e até física, que o põem num estado de permanente tensão e alerta, sendo comum a perda de um sentido de segurança pessoal; inúmeros aspectos da sua vida passam a ser decididos ou condicionados fortemente por terceiros; encontra-se sob constante vigilância; é constrangido, explícita ou implicitamente, a seguir determinados padrões de deferência para com os guardas prisionais e demais pessoal da penitenciária, deles recebendo em troca, com frequência, um tratamento paternalista e infantilizador, quando não pior; *etc.*

Toda esta realidade, altamente padronizada e experienciada pelo recluso como um quadro existencial de permanente coerção, porque resultado de escolhas feitas por outros, sem ou contra a sua vontade, é por si só indutora de um processo dessocializador. Esta irreprimível tendência para a dessocialização conatural ao cumprimento da pena de prisão²⁹¹⁴ é ainda acentuada por códigos de conduta que exprimem e exaltam a ilegalidade ou a anti-socialidade, dando corpo a um ambiente criminógeno que rodeia toda a vida no cárcere. “Seu aprendizado (do condenado), nesse mundo novo e peculiar, é estimulado pela necessidade de se manter vivo e, se possível, ser aceito no grupo. Portanto, longe de estar sendo *ressocializado* para a vida livre, está na verdade, sendo *socializado* para viver na prisão”²⁹¹⁵!

O tempo da prisão é, além de tudo mais, um tempo que corre mais devagar do que qualquer outro tempo, sendo sentido as mais das vezes como um tempo perdido²⁹¹⁶. Na expressão sugestiva de Salomão Shecaira, “o preso vive um descompasso entre tempo e espaço. Tem falta de espaço para um excesso de tempo”²⁹¹⁷. Aquela contínua mortificação da personalidade neste tempo exasperadamente lento é, enfim, susceptível de gerar uma consciência interior de alienação da própria personalidade e não raro até uma percepção de exílio da própria vida²⁹¹⁸.

O cumprimento da prisão é, assim, um tempo irrecuperável de privação da liberdade física. Mas é ainda muito mais do que isso. Mesmo que respeitadas a injunção constitucional no sentido da manutenção da titularidade dos demais direitos

²⁹¹⁴ RODRIGUES, Anabela, *Novo Olhar sobre a Questão Penitenciária*, p. 45 e ss., considerando que “o principal objectivo deve ser não tanto a socialização quanto evitar a *dessocialização* do recluso” (p. 45).

²⁹¹⁵ Manoel Pedro Pimentel, Secretário da Justiça de São Paulo, citado por SHECAIRA, Sérgio Salomão, *Criminologia*, p. 261.

²⁹¹⁶ GOFFMAN, Erving, *Manicômios, Prisões e Conventos*, p. 64.

²⁹¹⁷ SHECAIRA, Sérgio Salomão, *Criminologia*, p. 262.

²⁹¹⁸ GOFFMAN, Erving, *Manicômios, Prisões e Conventos*, p. 64.

fundamentais (art. 30.º-5 da CRP) e a intangibilidade da liberdade de consciência do recluso²⁹¹⁹, é um tempo, que pode ser muito longo, de compressão severa do direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade, sobretudo no plano da liberdade geral de acção.

Nenhum destes muitos riscos para a esfera da personalidade dos indivíduos que acompanham as incriminações jurídico-penais é perceptível nas tipificações contra-ordenacionais. A mortificação da personalidade sempre latente na ameaça legal das sanções criminais de prisão e de multa é uma ideia que, por definição, se mostra estranha à cominação da coima que caracteriza o direito contra-ordenacional. E isso faz *toda a diferença* na contraposição entre este e o direito penal. Uma diferença, na verdade, de *carácter qualitativo ou material*, pois, por tudo quanto se viu, aquelas penas criminais contrapõem-se à coima não apenas em função de um distinto grau de gravidade, mas ainda também de uma autêntica *diferença de essência*.

O visado pelo processo contra-ordenacional é poupado à angústia do fantasma da privação da liberdade e em geral escapa ao *estigma* que constitui uma marca própria da justiça penal²⁹²⁰. Este estigma é naturalmente alimentado pela carregada coloração ético-social dos comportamentos correspondentes aos tradicionais delitos do direito penal clássico, que muitas vezes se comunica progressivamente a condutas de outros quadrantes que são objecto de criminalização; mas é também em larga parte fruto das representações sociais em relação à prisão. A forte conotação do direito penal com a pena de prisão acarreta inevitavelmente um estigmatização sobre todos aqueles que se vejam a contas com a justiça penal. Com frequência, faz-se ela sentir logo que adquirem o estatuto processual de arguido e exacerba-se em caso de condenação, mesmo que em pena não privativa da liberdade. É esta, porém, uma realidade também ela substancialmente estranha ao direito contra-ordenacional²⁹²¹. Mesmo que num dado processo estejam em causa comportamentos de acentuada danosidade social, a carga de estigmatização que acompanha a marcha processual e até uma eventual condenação contra-ordenacional não é, em geral, minimamente comparável àquela que é típica do domínio penal. Para isso contribui o próprio modo administrativo da realização da justiça contra-ordenacional, bem distante do drama judiciário que é característico da

²⁹¹⁹ RODRIGUES, Anabela, *Novo Olhar sobre a Questão Penitenciária*, p. 55 e ss.

²⁹²⁰ Cf. DIAS, Figueiredo / ANDRADE, Costa, *Criminologia*, p. 345 e ss., e CID MOLINÉ, “Garantías y sanciones”, p. 143.

²⁹²¹ Cf. LASCURAÍN SÁNCHEZ, “Por un Derecho Penal sólo penal”, p. 621 e s.

justiça penal, ele próprio já uma fonte de estigmatização²⁹²², mas é igualmente decisiva a ideia socialmente arraigada de que uma contra-ordenação não pode “dar prisão”. Ao ficar à margem da privação da liberdade, o direito contra-ordenacional não participa das representações simbólicas de que o direito penal é objecto como direito castrador da liberdade.

5. A *plena* diferenciação material entre o direito penal e o direito das contra-ordenações como condição de validade para um tratamento constitucional e legal diferenciado entre ambos que se não logra alcançar no plano da contraposição entre crimes e contra-ordenações acaba assim por poder ser estabelecida no plano das sanções, tomando como referente a privação da liberdade como consequência possível do sancionamento penal e como consequência impossível do sancionamento contra-ordenacional.

Esta proposição fundamental assente na natureza detentiva das sanções criminais converge com a ideia do direito penal como *ultima ratio*, sendo essencialmente através dela que o princípio jurídico-constitucional do direito penal do bem jurídico como princípio *limitador* do poder punitivo estadual penetrado pelas categorias da dignidade penal e da necessidade de pena adquire o essencial do seu significado material e é elevado a referente crítico de legitimação negativa da intervenção penal²⁹²³. Com efeito, todo o pensamento do bem jurídico *como instância limitadora* do poder penal do Estado parte *da sanção para o facto punível*, assumindo como elemento rector das suas preocupações a ideia da pena criminal como pena privativa da liberdade²⁹²⁴. E é inclusive por via da sanção que, no fim de contas, se torna possível delimitar um domínio de parcial autonomia material do direito contra-ordenacional no plano do facto punível, aquele que corresponde ao dos factos sem dignidade penal. Fosse admitida a privação da liberdade como consequência sancionatória contra-ordenacional e seria forçoso fazer entrar pelo direito das contra-ordenações dentro todo o longo cortejo de exigências de legitimação material que a ciência jurídico-penal dirige à intervenção

²⁹²² RODRIGUES, Anabela, *Novo Olhar sobre a Questão Penitenciária*, p. 47.

²⁹²³ Cf. *supra*, §§ 27. a 32.

²⁹²⁴ Paradigmáticos, OTTO, “Strafwürdigkeit und Strafbefürdigkeit als eigenständige Deliktstypen?”, p. 54 e ss., ANDRADE, Costa, “A «dignidade penal» e a «carência de tutela penal»”, p. 183 e ss., DIAS, Silva, «*Delicta in Se*» e «*Delicta Mere Prohibita*», p. 650 e ss., e a corrente doutrinal italiana iniciada por BRICOLA, “Teoria Generale del Reato”, p. 14 e ss.

penal e o conceito material de contra-ordenação acabaria por coincidir *in totum* com o conceito material de crime.

É justamente em virtude da circunstância basilar de o direito contra-ordenacional nunca poder implicar a aplicação de uma sanção imediata ou mediamente privativa da liberdade que podem considerar-se fortemente amortecidas as exigências de proporcionalidade entre o interesse tutelado pela norma incriminadora e o sacrifício dos direitos fundamentais dos seus destinatários que nela vai envolvido que são estabelecidas como condição de legitimação material negativa da intervenção penal no quadro do princípio da dignidade penal. Como vimos, o direito das contra-ordenações tem plena legitimidade para tutelar bens jurídico-penais e integrar no seu seio factos dignos de pena. Porém, ao contrário do que sucede com o direito penal, estamos aqui diante de uma faculdade e não de uma estrita obrigação, entendida no sentido de que a sua actuação de tutela não pode abranger factos desprovidos de dignidade penal. O direito de mera ordenação social *pode* acolher comportamentos possuidores de dignidade penal, mas *também pode* cobrir factos sem dignidade penal. Acção que, todavia, o direito penal *não pode* desenvolver, dada a ameaça para a liberdade que lhe é imanente.

A natureza não privativa da liberdade que é típica da coima liberta assim o direito das contra-ordenações para desempenhar funções de tutela que ao direito penal se encontram vedadas, abrindo então espaço para a afirmação, ao nível do facto, de um reduto exclusivamente contra-ordenacional composto por contra-ordenações materialmente distintas dos crimes, seja em virtude da possibilidade de proteger *interesses juridicamente relevantes destituídos de um referente constitucional*, seja pela admissibilidade da sua intervenção em relação a *factos que não suportam um juízo valorativo positivo de dignidade penal*.

5.1 Poderá ser assim, desde logo, porque estando embora legitimado para tutelar bens jurídico-penais, o direito de mera ordenação social não está obrigado a só proteger *bens jurídicos* dessa natureza.

Numa perspectiva constitucional e diferentemente do que vale em relação às penas criminais, na medida em que se assume como sanção exclusivamente pecuniária, a coima não tem o significado de uma restrição de direitos, liberdades e garantias que obrigue a accionar o art. 18.º-2 da Constituição. É claro que a responsabilização e a

punição contra-ordenacional contendem com a esfera jurídica do condenado, mas, tanto quanto parece²⁹²⁵, não a um ponto ou com uma intensidade tais que possam ser constitucionalmente vistas como uma restrição de direitos de liberdade como aquela que é pressuposta pelo n.º 2 do art. 18.º da Constituição²⁹²⁶. De outro modo não se entenderia a subtracção constitucional da tipificação de contra-ordenações e de coimas à reserva relativa de competência legislativa da Assembleia da República (art. 165.º, n.º 1, b) e d), da CRP), bem como ainda provavelmente²⁹²⁷ a subtracção à reserva do monopólio jurisdicional da primeira palavra nos processos por contra-ordenações praticadas no exercício das liberdades de expressão e de informação (art. 37.º-3 da CRP).

Esta natureza da coima como sanção não privativa da liberdade – e como tal como medida sancionatória que não integra o âmbito normativo do n.º 2 do art. 18.º da CRP – viabiliza uma acção de tutela de interesses *juridicamente* relevantes dignos de protecção sancionatória mesmo que *desprovidos de um directo e inequívoco referente constitucional*.

Poderá o direito contra-ordenacional deste modo englobar a protecção de *interesses colectivos de pura ordenação social*, com um substrato que não corresponda senão ao intuito de assegurar ou promover a fluidez e a agilidade da acção da administração ou de garantir condições que favoreçam um desenvolvimento ordeiro e desenvolvimento de relações de convivência social, sobretudo em contextos que se caracterizem pela massificação e pelo anonimato dos intervenientes, mesmo que a violação das regras ordenadoras não acarrete qualquer perigo para bens jurídicos individuais, caso em que, aliás, deixariam de poder ser tidas como normas de estrita ordenação social.

Como bens jurídicos susceptíveis de tutela contra-ordenacional deverão igualmente ser considerados *interesses materiais de natureza supra-individual de*

²⁹²⁵ Como mostra LAGODNY, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, p. 98 e ss., a questão é todavia altamente duvidosa.

²⁹²⁶ Isto o que não significa que a cominação da coima, sobretudo quanto à definição dos seus limites mínimo e máximo, não esteja sujeita ao princípio constitucional da proporcionalidade em sentido amplo, por apelo – em última instância, se necessário – ao princípio do Estado de direito (art. 2.º da CRP). Num sentido próximo, o voto vencido da Cons. Maria João Antunes ao Ac. do TC n.º 437/2011; mas em sentido diverso, recorrendo directamente ao art. 18.º-2 da CRP para afirmar a inconstitucionalidade de um limite mínimo de coima julgado inconstitucional por desproporcionalidade, cf. o Ac. do TC n.º 313/2013.

²⁹²⁷ Para uma síntese das opiniões desencontradas da doutrina jurídico-constitucional nacional acerca do conteúdo material da função jurisdicional a que se refere o art. 202.º-2 da CRP, MEDEIROS, Rui / Fernandes, Maria João, *Constituição Portuguesa Anotada*, III, Art. 202.º, p. 24 e ss.

carácter eminentemente funcional ou sistémico que pela sua elevada abstracção ou rarefacção não estejam em condições de serem assumidos como bens jurídico-penais.

Poderão ainda integrar a esfera contra-ordenacional factos que contendam com *interesses individuais* tidos como merecedores de tutela pública apesar de (ou, eventualmente até, em virtude de) para eles não poder ser reclamado um estatuto de bens jurídico-penais. Ilustrativas do que pretendemos significar são as numerosas contra-ordenações do direito laboral e do direito do consumidor dirigidas à protecção de dimensões de interesses dos trabalhadores e dos consumidores que embora não possuam uma clara refracção constitucional se justifica que beneficiem de uma protecção estadual de carácter sancionatório.

Os interesses de variada ordem a que ora nos referimos como susceptíveis de receber uma tutela contra-ordenacional dão assim materialidade à ideia anteriormente enunciada de que ao direito das contra-ordenações deve ser cometida uma exclusiva função de tutela de bens jurídicos. Não apenas de bens jurídico-penais, mas também e ainda de outros bens juridicamente relevantes, de natureza individual ou colectiva, que pelo seu significado social sejam merecedores de uma protecção pública levada a cabo através do recurso a sanções não privativas da liberdade. Ponto é que se trate de interesses que exprimam um valor juridicamente atendível, conforme com o princípio do Estado de direito material. Dada a evanescência²⁹²⁸ de boa parte dos interesses em causa e os ambientes normativos muito especializados em que as normas contra-ordenacionais em geral se movem, com frequência será árduo proceder a uma delimitação e identificação do(s) concreto(s) bem(ns) jurídico(s) a que as infracções contra-ordenacionais se referem com uma precisão sequer aproximada daquela que em regra é conseguida no âmbito penal²⁹²⁹. De todo o modo, podendo concluir-se que determinada norma a cuja violação o legislador liga uma ameaça de coima constitui expressão ou é parte integrante de um corpo normativo determinado por um propósito de promoção ou protecção de certo interesse tido como juridicamente valioso haverá, em princípio, razão para considerar satisfeita a exigência liminar, imposta pela ideia de Estado de direito, de que a contra-ordenação esteja ao serviço da tutela de um valor juridicamente relevante.

²⁹²⁸ ROMANO, Mario, “La legittimazione delle norme penali”, p. 40.

²⁹²⁹ Note-se, por exemplo, a sensível flutuação da jurisprudência constitucional na identificação e designação do interesse protegido pela obrigação legal de disponibilização do livro de reclamações – cf. os Acórdãos do TC n.ºs 62/2011, 67/2011 e 313/2013.

5.2 A natureza não detentiva da coima leva ainda a que se deva admitir uma intervenção contra-ordenacional em relação a comportamentos que pelo seu reduzido desvalor de resultado ou de acção de modo algum poderiam haver-se como factos dignos de pena, contendam eles ou não com bens jurídicos individuais ou supra-individuais com relevo constitucional.

Será de igual modo o carácter exclusivamente pecuniário da coima que poderá contribuir para aplacar ou pelo menos mitigar as fundadas dúvidas geradas por prescrições sancionatórias estaduais que embora procurando louvar-se no interesse público têm um imediato e inequívoco significado de intromissão na esfera da autodeterminação pessoal de cada um, podendo assim afrontar o princípio da autonomia pessoal. A questão agudiza-se e adquire uma extraordinária complexidade, que convoca reflexões de ordem ética, filosófica, constitucional, *etc.*, que em muito extravasam o programa da nossa investigação, quando as regras impostas sob cominação de sanção dão a perceber um interesse do Estado em proteger as pessoas de si próprias²⁹³⁰. A obrigação contra-ordenacional imposta aos condutores ou passageiros de automóveis e de motociclos de uso do cinto de segurança ou do capacete²⁹³¹; a proibição do consumo de drogas contra-ordenacional ou penalmente relevantes; ou a proibição de participação em jogos ou utilização de máquinas de fortuna e azar sob ameaça de pena criminal constituem exemplos de normas de conduta que podendo porventura louvar-se em razões de interesse público não ficam em alguns casos imunes à suspeita de uma intervenção do Estado para promoção paternalista ou moralista de “públicas virtudes”, destinada a sossegar o espírito dos “bons cidadãos” que não toleram o mal que certas pessoas fazem a si próprias.

A questão prende-se mais, parece-nos a nós, com a norma de proibição propriamente dita do que com a norma de sanção. O problema não está só e sequer nem tanto no facto de o Estado mobilizar o seu arsenal sancionatório, mas a montante, no

²⁹³⁰ Para uma reflexão sobre o paternalismo jurídico no específico contexto do direito contra-ordenacional, cf. PERŠAK, Nina, “In den Nebengebieten des Strafrechts: Paternalistische Interventionen im Recht der Ordnungswidrigkeiten”, in: A. v. Hirsch *et. al.* (orgs.), *Paternalismus im Strafrecht*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2010, p. 173 e ss. – a A. aponta no sentido de uma tendencial equiparação do direito das contra-ordenações ao direito penal no repúdio de princípio de quaisquer formas de paternalismo jurídico, para tanto dando ênfase à similitude dos juízos de culpa penal e contra-ordenacional.

²⁹³¹ Cf. PERŠAK, Nina, “In den Nebengebieten des Strafrechts”, p. 179 e ss.; e o diálogo a este exacto propósito travado entre ROMANO, Mario, “La legittimazione delle norme penali”, p. 40 e s., e ROXIN, “El concepto de bien jurídico...”, p. 12 e s.

próprio direito de que o Estado se arroga de ditar ordens, sob a forma de leis, acerca daquilo que os indivíduos podem ou não fazer em matérias que, *prima facie*, só a eles lhes dizem respeito. Ressalvados os casos de promoção, disfarçada ou não, de puros valores morais contrários ou mesmo só alheios à juridicidade postulada pela ordem axiológica constitucional, em que a norma é inadmissível sem mais, logo como norma de proibição, ligue-se-lhe a ela uma pena ou uma coima; à ponderação da questão pode interessar a natureza da sanção aplicável. Com efeito, quando se encara a questão tal como ela efectivamente se põe, não procurando forçar a ideia de bem jurídico de modo a encobrir a iniludível dimensão de paternalismo inerente à intervenção estadual²⁹³², a cedência a certas expressões de um paternalismo dir-se-ia suave poderá mais facilmente aceitar-se, posto que fundado em razões socialmente ponderosas²⁹³³, se a ameaça punitiva for não privativa da liberdade do que se a norma for acompanhada da cominação de uma pena criminal.

6. Assentando o nosso modelo de distinção entre o direito penal e o direito de mera ordenação social fundamentalmente na relação que um e outro estabelecem com o direito fundamental à liberdade física, não excluimos que contra ele possa ser objectada a sua imprestabilidade ou inoperância numa importante dimensão do direito sancionatório contemporâneo, a da *responsabilidade dos entes colectivos*. No que a estes diz respeito, a própria natureza das coisas impede que o direito penal se projecte sobre as pessoas colectivas como uma ordem sancionatória privativa da liberdade. Como é óbvio, a pena de prisão é inaplicável aos entes colectivos, que, em regra, conhecem como penas principais somente a multa e a dissolução (art. 90.º-A, n.º 1, do CP)²⁹³⁴, sendo certo que a multa que não for voluntária ou coercivamente paga não pode ser convertida em prisão subsidiária (art. 90.º-B, n.º 7, do CP).

²⁹³² É o que nos parece fazer ROXIN, “El concepto de bien jurídico...”, p. 12 e s., se não em relação ao exemplo do uso do cinto de segurança pelo condutor, pelo menos, certamente, quando invoca o risco de responsabilização penal de terceiros por homicídio negligente ou por ofensa à integridade física negligente no caso de ocorrer um acidente de viação que produza a morte ou lesões corporais de quem não leve o cinto apertado ou o capacete posto como justificação para a possibilidade de responsabilização dos passageiros que não usem o cinto de segurança ou dos motociclistas que circulem sem capacete.

²⁹³³ A razão parece-nos estar com ROMANO, Mario, “La legittimazione delle norme penali”, p. 41, quando, tendo em vista os custos sociais que também são acautelados pela imposição do uso do cinto de segurança ou do capacete, conclui que, tudo ponderado, considerada a leve interferência na autonomia e liberdade pessoais aqui envolvida, o único argumento que sobra para objectar a tal obrigação é a defesa de “uma liberdade individual ilimitada, mas pouco sensata”.

²⁹³⁴ Cf. BRANDÃO, Nuno, “O regime sancionatório das pessoas colectivas na revisão do Código Penal”, *Revista do CEJ*, n.º 8 (Especial): *Jornadas sobre a Revisão do Código Penal*, 2008, p. 41 e ss.

Dir-se-á que, assim, na perspectiva da responsabilização sancionatória das pessoas colectivas, acaba por não existir diferença substancial alguma entre o direito penal e o direito de mera ordenação social. Objecção que, porventura, não andar­á longe da verdade quando em causa estejam factos contra-ordenacionalmente relevantes possuidores de dignidade penal. Quando assim seja, tal qual sucede no âmbito da responsabilidade penal, as pessoas colectivas são susceptíveis de responsabilização contra-ordenacional por factos materialmente penais sob ameaça de uma sanção exclusivamente pecuniária. E o que é mais, como noutro lugar tivemos já oportunidade de afirmar, dada a corrente previsão de coimas de valores estratosféricos, que em muito podem suplantar o máximo dos máximos da multa criminal que às pessoas colectivas pode ser aplicada²⁹³⁵, não fora o forte simbolismo que ainda caracteriza a punição penal e o muito maior estigma social de um processo penal face a um processo contra-ordenacional, não se compreenderia como poderia continuar a afirmar-se o carácter mais benigno do direito contra-ordenacional face ao direito penal²⁹³⁶. De qualquer modo, ainda que se entenda que a nossa concepção – ao apontar para uma convergência material entre os factos penais e os factos contra-ordenacionais dignos de pena e ao basear a contraposição entre o direito penal e o direito de mera ordenação social na ameaça da privação da liberdade – abre caminho a um quadro híbrido de responsabilização contra-ordenacional por factos substancialmente penais não estaríamos, em boa verdade, diante de qualquer novidade. Pois é esse, na prática e de há muito, o modelo alemão (§ 30 da OWiG)²⁹³⁷, com resultados político-criminais que poderão porventura pedir meças à experiência nacional da responsabilidade penal das pessoas colectivas²⁹³⁸. Não admira, aliás, que também em matéria de responsabilidade penal das pessoas colectivas a doutrina (penal? contra-ordenacional?) alemã constitua, como em praticamente tudo mais, um referente para que de todos os lados se olha

²⁹³⁵ Considerando o disposto nos arts. 90.º-B, n.º 2, e 77.º-2 do CP, e atentas as razões que adiantámos no nosso “O regime sancionatório das pessoas colectivas na revisão do Código Penal”, p. 48 e ss., mesmo em caso de concurso de crimes não pode a pena de multa criminal exceder 3.000 dias de multa, pelo que, atendendo ao disposto no art. 90.º-B, n.º 5, do CP, o valor pecuniário máximo da pena de multa que as pessoas colectivas arriscam em caso de condenação criminal num cenário de pluralidade criminosa é de € 30.000.000,00. Um valor que pode ser frequentemente ultrapassado pelos limites de coima vinculados ao volume de negócios das empresas previstos no Regime Jurídico da Concorrência e no Regime Sancionatório do Sector Energético (Lei n.º 9/2013).

²⁹³⁶ BRANDÃO, Nuno, “Questões contra-ordenacionais suscitadas pelo novo regime legal da mediação de seguros”, *RPCC*, 1/2007, p. 87.

²⁹³⁷ Por último, de entre uma bibliografia inabarcável, ENGELHART, Marc, ²*Sanktionierung von Unternehmen und Compliance*, p. 373 e ss. e *passim*.

²⁹³⁸ Em matéria de corrupção, cf., v. g., KRETSCHMER, Joachim, “Die Bekämpfung von Korruption mit dem OWiG”, p. 287 e ss.

quando procura tratar da responsabilidade criminal dos entes colectivos, apesar de o direito penal alemão desconhecer em absoluto a figura da responsabilidade penal das pessoas colectivas.

A experiência alemã é em si mesma reveladora do busílis da questão, ao mostrar que pode ser constitucionalmente compaginável uma responsabilização contra-ordenacional da pessoa colectiva por factos *penalmente* relevantes, não só em sentido material como até formal, praticados em seu nome e no seu interesse, ou seja, praticados por ela própria. E o ponto está em que o que viabiliza o desvio da esfera penal para o domínio contra-ordenacional de um facto que àquela formalmente pertence, com a consequente perda das garantias da reserva absoluta de jurisdição e do princípio do acusatório, é a inaplicabilidade ao caso de uma sanção penal privativa da liberdade. É sabido que a tradicional justificação dogmática do pensamento doutrinal e jurisprudencial alemão é toda uma outra, ligada sobretudo à neutralidade ética da culpa contra-ordenacional²⁹³⁹. Mas entendendo-se, na linha dominante entre nós, que o carácter ético da culpa advém substancialmente da natureza do facto a que ela se reporta, como facto ilícito-típico portador de dignidade penal, e não resulta prejudicado pela natureza não individual da pessoa colectiva sua destinatária²⁹⁴⁰, então uma solução como a alemã deixa de poder assentar numa ficção de neutralidade ética da responsabilidade contra-ordenacional e parece só conseguir manter-se de pé se for vista à luz da impossibilidade de a responsabilidade assacada à pessoa colectiva pela comissão de um facto penal não vir acompanhada de uma ameaça para a liberdade que é típica das penas criminais.

Se, como temos insistido, a questão do relacionamento entre o direito penal e o direito contra-ordenacional não releva por si mesma e assoma antes em função da necessidade de compreender e fundamentar o tratamento diferenciado que a ambos é constitucional e legalmente dispensado, o que vem de se dizer significa então que as sanções aplicáveis às pessoas colectivas enquanto sanções não privativas da liberdade por factos penalmente relevantes não reclamariam por si sós uma aplicação dos princípios e garantias da constituição penal que para esses mesmos factos são exigíveis quando esteja em causa uma responsabilização individual susceptível de conduzir a uma

²⁹³⁹ Cf., logo, SCHMIDT, *Das Neue Westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht*, p. 51 e ss., e o Ac. do Tribunal Constitucional Federal alemão de 04-02-1959, *BVerfGE* 9, 167, p. 171.

²⁹⁴⁰ Fundamental, DIAS, Figueiredo, “Para uma dogmática do direito penal secundário”, n.º 3720, p. 72 e ss.

privação da liberdade. Simplificando: se, como na Alemanha, o legislador nacional previsse que aos crimes cometidos por pessoas colectivas fossem aplicáveis sanções exclusivamente pecuniárias como são as coimas, em vez de sanções exclusivamente pecuniárias como são as multas criminais que incidem sobre os entes colectivos, dificilmente poderia lançar-se o labéu da inconstitucionalidade por violação do princípio da jurisdicionalidade ou do acusatório no caso de entrega do processamento à administração. Entender o contrário significaria pôr em crise a incolumidade constitucional de todas aquelas muitas grandes contra-ordenações que integrando factos dignos de pena e podendo implicar sanções pecuniárias de extraordinária severidade são objecto de processamento administrativo e não judicial.

Compreende-se que se o legislador opta por qualificar a responsabilidade das pessoas colectivas pela prática de crimes como *uma autêntica responsabilidade penal* devam elas, por razões de igualdade, beneficiar do essencial do património das garantias penais que às pessoas individuais é assegurado quando devam responder pelos *mesmos factos*. Mas daí já não decorre que essas mesmas garantias devam necessariamente valer quando em causa estiver uma responsabilidade contra-ordenacional. Pois se as pessoas individuais que possam ser responsabilizadas por essas mesmas infracções contra-ordenacionais não têm que gozar do mesmo acervo de garantias, dada a inaplicabilidade de sanções privativas da liberdade, então também não há razão para conceder mais às pessoas colectivas do que aquilo que às pessoas singulares se deva garantir.

Posta a questão nestes termos, teleologicamente orientados pelo sentido e pelas finalidades que dão razão de ser ao problema da contraposição entre o direito penal e o direito contra-ordenacional, fica enfim assegurada a bondade de um modelo de relacionamento fundado na ligação de cada um dos sistemas sancionatórios com o direito à liberdade.

CAPÍTULO IV – O DIREITO CONTRA-ORDENACIONAL E A CONSTITUIÇÃO PENAL

Como cremos ter sido amplamente ilustrado pelo nosso estudo, toda a vasta e complexa problemática do relacionamento entre o direito penal e o direito de mera ordenação social é decisiva e permanentemente acompanhada por uma questão de fundo de cuja resposta depende a sorte e até a própria existência do sistema contra-ordenacional: qual a razão pela qual pode admitir-se que um ordenamento público sancionatório com uma larga similitude com o direito penal seja legalmente conformado de modo substancialmente distinto deste em tantas e tão significativas dimensões materiais e sobretudo processuais do seu regime? Fosse ao direito penal aplicável o essencial do quadro legal que vale para o direito das contra-ordenações e a sua absoluta impossibilidade constitucional seria mais do que certa, logo em virtude do próprio modo de realização da justiça a que estaria sujeito. E todavia, aquilo que seria de todo em todo inadmissível se aplicável ao direito penal conta com o beneplácito doutrinal e jurisprudencial generalizado em matéria contra-ordenacional, no qual nos revemos em muitos e decisivos pontos. Tal só é possível e sufragável em virtude de uma razão basilar que tem que ver com o facto de o penal e o contra-ordenacional serem e deverem ser constitucionalmente encarados como realidades normativas materialmente distintas. “Porquê distintas?”, é questão que, como se viu, consome a ciência penal há bem mais de um século, se contarmos com toda a discussão em torno da distinção entre crimes, delitos e contravenções. Da nossa parte, concluímos que no quadro e à luz do nosso sistema constitucional, uma plena e contínua cisão material entre o direito penal e o direito contra-ordenacional que, sob uma perspectiva constitucional, permita justificar as substanciais diferenças do sistema *legal* contra-ordenacional em relação ao sistema *legal* penal só pode ser alcançada se se partir da natureza materialmente distinta das sanções que cada um deles é constitucionalmente autorizado a prever. O que em nosso modo de ver se mostra determinante para contrapor o direito das contra-ordenações ao direito penal é a sua natureza de ordem sancionatória não privativa da liberdade. E é ela que, assim, abre caminho e confere unidade de sentido à consagração legal de inúmeras soluções normativas contra-ordenacionais distintas das que o direito penal conhece.

**§ 37. PRINCÍPIO DA JURISDICIONALIDADE E RELAÇÃO COM A CONSTITUIÇÃO
PROCESSUAL PENAL**

1. Onde a diferente natureza do direito de mera ordenação social cobra o seu mais relevante significado é ao nível do modo de realização da justiça contra-ordenacional, isto é, do *processo sancionatório*. É neste plano que mais se faz sentir a importância do nosso problema, pois nele está em jogo a própria capacidade de sobrevivência ordenamento contra-ordenacional e até o interesse político-criminal na sua existência. Devessem as contra-ordenações ser obrigatoriamente conhecidas no âmbito de um processo judicial, sendo o seu processamento vedado à administração, mais valia fazê-lo desaparecer. É quando estão em causa *dimensões estruturantes* do sistema contra-ordenacional que a necessidade de encontrar a montante da legislação ordinária fundamentos materiais constitucionalmente sustentados que permitam avaliar, sob o prisma constitucional, regimes contra-ordenacionais diferenciados assume um *relevo crítico*. Por exemplo, fulminar de inconstitucionalidade o princípio base da atribuição de competência sancionatória contra-ordenacional à administração implicaria amputar o direito das contra-ordenações daquela que é sua maior mais-valia político-criminal, esvaziando-o de sentido útil e do mesmo passo pondo irremediavelmente em causa o interesse na sua subsistência.

Uma tão radical atitude seria, porém, tanto mais absurda quanto é a própria Constituição que acolhe o postulado fundamental do sistema contra-ordenacional de que, via de regra, todo o processo por contra-ordenações é, ao menos numa primeira e obrigatória fase, da competência da administração e não dos tribunais. Como referimos já, este dado crucial para toda a questão transparece limpidamente do enunciado do n.º 3 do art. 37.º da Constituição. Mas pode ainda inferir-se do disposto no n.º 10 do art. 32.º da Lei Fundamental. O preceito foi introduzido pela revisão constitucional de 1989, inicialmente com a seguinte redacção: “Nos processos por contra-ordenação são assegurados ao arguido os direitos de audiência e defesa”. Dir-se-ia, à primeira vista, como sugeriu o deputado Barbosa de Melo, aquando da revisão constitucional seguinte, que a disposição seria desnecessária de tão óbvios que seriam os direitos por ela reconhecidos: “É, pois, um princípio geral de direito, na nossa ordem jurídica – e isto tem a ver com a dignidade humana –, que ninguém pode ser punido, seja a que título for, seja na empresa, seja na Administração ou seja onde for, ninguém pode ser

desfavorecido por acto unilateral de outrem sem ser ouvido e sem se defender daquilo que lhe é imputado”²⁹⁴¹. E no entanto, o que revelaram as longas e exaustivas discussões parlamentares travadas no âmbito da II revisão constitucional, de 1989, em torno da possibilidade de estender ao processo das contra-ordenações garantias várias do processo penal foi que a questão encerrava dúvidas de tal modo complexas e de consequências tão imprevisíveis que aconselhariam o legislador constitucional a “comprometer-se” o menos possível. Tudo o que resultou naquela fórmula minimalista de que “nos processos por contra-ordenação são assegurados ao arguido os direitos de audiência e defesa”, a única que reuniu o consenso dos deputados dos vários partidos com assento na Comissão Eventual para a Revisão Constitucional.

A discussão foi impulsionada pelo PCP, com uma proposta maximalista de extensão ao processo contra-ordenacional de *todas* as garantias do processo criminal²⁹⁴². Tendo logo contado com a firme e intransigente oposição do deputado Costa Andrade, a proposta foi sendo sucessivamente restringida, num percurso que deixou ainda cair referências expressas às garantias da presunção de inocência²⁹⁴³ e de produção de prova²⁹⁴⁴.

O amplo debate da Comissão Eventual para a (II) Revisão Constitucional que veio a culminar na aprovação do princípio de que “nos processos por contra-ordenação são assegurados ao arguido os direitos de audiência e defesa” é particularmente elucidativo acerca da ideia constitucional relativa ao funcionamento do princípio da jurisdicionalidade no âmbito do direito de mera ordenação social. Numa palavra, para a Constituição esse princípio *não vale* em matéria contra-ordenacional. Tendo os trabalhos parlamentares contado com a participação de juristas de primeira-água como os deputados Almeida Santos, Rui Machete, Costa Andrade e José Magalhães, foi desde o início muito clara no espírito de todos a consequência radical implicada numa transposição para o processo contra-ordenacional de todas as garantias do processo penal: a pura e simples inconstitucionalização em bloco de todo o sistema contra-ordenacional. Daí que desde o primeiro momento da discussão haja sido traçada uma

²⁹⁴¹ Acta da reunião da Comissão Eventual para a Revisão Constitucional de 22-04-1997 (*DAR-II Série*, VII-2.ª, n.º 78, de 23-04-1997, p. 2284 e s.).

²⁹⁴² *DAR-II Série*, V-2.ª, n.º 11, de 12-05-1988, p. 302 e ss.

²⁹⁴³ Cf. a oposição do deputado Almeida Santos na reunião da CERC de 04-01-1989 (*DAR-II Série*, V-2.ª, n.º 71, de 02-02-1997, p. 2154).

²⁹⁴⁴ Cf. as objecções do deputado Costa Andrade na reunião da CERC de 04-01-1989 (*DAR-II Série*, V-2.ª, n.º 71, de 02-02-1997, p. 2148).

linha divisória infranqueável por um qualquer preceito que procurasse reconhecer expressamente a aplicabilidade ao processo contra-ordenacional de determinados princípios do processo penal: de modo algum poderia resultar comprometido o princípio, acolhido pela Constituição, de que o processo das contra-ordenações é da competência da administração. Essa a razão pela qual a proposta do PCP, defendida pelo deputado José Magalhães, tenha sido recebida com desconfiança pelo deputado Almeida Santos²⁹⁴⁵ e haja sido veementemente contestada pelo deputado Costa Andrade²⁹⁴⁶. Tudo o que levou o próprio deputado José Magalhães a sentir a necessidade de esclarecer que “é óbvio que, se a própria alma do direito de mera ordenação social é a aplicação não jurisdicionalizada das coimas, não nos passaria pela cabeça suprimir, de uma assentada, a alma, a carne, o espírito e as demais partes componentes do direito de mera ordenação social”²⁹⁴⁷. Esta mesma ideia basilar do direito contra-ordenacional voltou à tona na III revisão constitucional, no contexto da alteração ao art. 37.º da Constituição, a propósito da qual, para reforçar a ideia da inconsistência de fundo que seria ver a Constituição impor a atribuição de competência aos tribunais para o conhecimento de contra-ordenações, o deputado Vital Moreira acabou por concluir que seria “*assistemático e exótico* pôr, nesta área particular, os tribunais a aplicar coimas, a gerir o ilícito de mera ordenação social”²⁹⁴⁸.

2. Todos os dados apontam, pois, para que deva considerar-se como um *adquirido constitucional* a inaplicabilidade ao direito das contra-ordenações do *princípio da jurisdicionalidade* enquanto *reserva absoluta de jurisdição*, previsto no art. 202.º da Constituição e que é válido para o direito penal ainda por força do disposto nos arts. 27.º-1 e 211.º-1 da Lei Fundamental²⁹⁴⁹. Não que ao visado pelo processo contra-ordenacional não seja constitucionalmente assegurada uma garantia jurisdicional, imposta pelo princípio do Estado de direito, reconhecível no princípio da tutela jurisdicional efectiva (art. 20.º-1 da CRP) e autêntica condição *sine qua non* da admissibilidade constitucional da estrutura processual desenhada para o processo

²⁹⁴⁵ “Ter todas as garantias – desde logo, por exemplo, a instrução por um juiz –, todas as garantias adaptáveis do processo criminal, parece-me de mais” – *DAR-II Série*, V-2.ª, n.º 11, de 12-05-1988, p. 302.

²⁹⁴⁶ *DAR-II Série*, V-2.ª, n.º 11, de 12-05-1988, p. 303 e ss.; e *DAR-II Série*, V-2.ª, n.º 71, de 02-02-1989, p. 2147 e ss.

²⁹⁴⁷ Reunião da CERC de 04-01-1989 (*DAR-II Série*, V-2.ª, n.º 71, de 02-02-1997, p. 2148).

²⁹⁴⁸ Reunião da CERC de 17-09-1996 (*DAR-II Série*, VII-2.ª, n.º 23, de 18-09-1996, p. 635 – it. nosso).

²⁹⁴⁹ Nesta conclusão, mas por razões diferentes das que sustentamos de seguida em texto, o Ac. do TC n.º 158/92 (cf. supra, § 14.3, 2.).

contra-ordenacional português²⁹⁵⁰. Só que, diferentemente do que sucede em matéria penal, essa garantia não exige um monopólio da primeira palavra dos tribunais, sendo suficientemente cumprida se aos particulares for garantida uma incondicionada e irrestrita faculdade de submeterem a condenação contra-ordenacional ao conhecimento de um tribunal e a estes for reconhecido o monopólio da última palavra²⁹⁵¹. Quando assim seja fica devidamente acautelada, tanto na perspectiva da Constituição, como ainda da CEDH²⁹⁵², a exigência de garantia de tutela judicial que sempre deve acompanhar a concessão de poderes sancionatórios à administração.

O que em decisiva instância viabiliza esta severa compressão, constitucionalmente aceite, da garantia jurisdicional no processo de mera ordenação social é a consideração constitucional do sistema contra-ordenacional como ordem sancionatória não privativa da liberdade²⁹⁵³. Há, com efeito, uma relação directa entre a natureza não detentiva das sanções contra-ordenacionais e o carácter administrativo do processo por contra-ordenações.

É o facto de o sancionamento contra-ordenacional contender com a esfera jurídica das pessoas de um modo substancialmente distinto daquele que é próprio da acção sancionatória penal que torna socialmente suportável e constitucionalmente admissível a acentuada diminuição das garantias de defesa envolvida na administrativização do processo. O afastamento da reserva judicial absoluta de jurisdição tem como consequência imediata a atribuição de poderes de investigação e de

²⁹⁵⁰ Cf. a declaração de voto de Figueiredo Dias ao Parecer da Comissão Constitucional n.º 4/81, *cit.*, p. 271 e s., e os Acs. do TC n.ºs 269/87 e 158/92; e na doutrina, por todos, DIAS, Figueiredo, “O movimento da descriminalização e o ilícito de mera ordenação social”, p. 334 e ss.

²⁹⁵¹ A garantia da tutela jurisdicional efectiva só pode considerar-se realmente acautelada quando o acesso ao tribunal não seja na prática desincentivado ou inibido através da derrogação do princípio geral da proibição da *reformatio in pejus* constante do art. do 72.º-A do RGCO, pelo que nos parecem feridas de inconstitucionalidade, por violação do art. 20.º-1 da CRP, disposições legais que permitam uma agravamento da responsabilidade contra-ordenacional na fase judicial do processo contra-ordenacional aberta na sequência de impulso do condenado (cf., v. g., o art. 75.º da LQCA, 416.º-8 do CVM, art. 222.º-1, f), do RGICSF). A suspeita da inconstitucionalidade será tanto mais fundada quanto mais graves sejam as sanções principais e acessórias envolvidas. Nesta direcção, com exemplos vários de direito comparado no sentido do repúdio da possibilidade da *reformatio in pejus*, CATARINO, Luís, *Regulação e Supervisão dos Mercados de Instrumentos Financeiros*, p. 764 e ss.; e em sentido diametralmente oposto, pela doutrina maioritária, ALBUQUERQUE, Pinto de, *RGCO*, Nota Prévia ao art. 1.º, n.º m. 64, e Art. 72.º-A, n.º m. 1 e s, subordinando porém a garantia constitucional que é o penhor fundamental da constitucionalidade da supressão da reserva judicial absoluta de jurisdição a uma lógica interna de direito ordinário relacionada com a natureza atribuída à fase de impugnação judicial, numa metodologia argumentativa que esquece o princípio do primado da Constituição sobre a legislação ordinária (art. 3.º-3 da CRP).

²⁹⁵² Cf. supra, § 13.

²⁹⁵³ Nesta linha, já PEDRAZZI, “Relazione di sintesi”, p. 201 e s., AZZALI, “L’alternativa amministrativa: lineamenti di un sistema sanzionario”, p. 4 e ss., CID MOLINÉ, “Garantías y sanciones”, *passim*, e LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan, “Por un Derecho Penal sólo penal”, p. 614 e ss.

decisão a autoridades administrativas que estão longe de oferecer as mesmas garantias de autonomia e de independência em relação ao poder executivo de que o Ministério Público e os juízes são portadores²⁹⁵⁴, que, além disso, são historicamente merecedores de uma muito maior confiança do que a administração na sua capacidade para actuar e decidir com objectividade, isenção e imparcialidade. Um modelo processual administrativizado implica do mesmo passo a supressão ou uma sensível limitação do alcance e do modo de funcionamento de princípios e garantias fundamentais do processo penal que a Constituição assegura. Ao ser adoptada uma estrutura processual marcadamente inquisitória, cai o princípio do acusatório, não sendo constitucionalmente proscribida a possibilidade de reunião no mesmo órgão ou autoridade administrativa de poderes de instrução e de decisão da causa; a oralidade e a imediação da produção da prova cedem o passo a uma tramitação processual que na instrução probatória privilegia a documentação escrita dos depoimentos e admite em geral que a prova produzida através de declarações orais seja prestada perante entidades distintas do decisor; as possibilidades de contraditório e o modo do seu exercício ficam muitíssimo aquém da contraditoriedade garantida pelo processo penal; *etc.*

Todo este outro mundo processual inerente ao direito de mera ordenação social baseia-se, na nossa óptica, na ideia de que a sensível diminuição de garantias que o caracteriza, com um inevitável incremento do risco de erros e de decisões injustas, é comunitariamente tolerável por estar contrabalançada por uma reserva judicial da última palavra e sobretudo porque o processo não leva implicado qualquer perigo para a liberdade física das pessoas. Nenhum sistema processual sancionatório seria hoje viável sem gradações sensíveis de garantias de defesa em função das consequências que para o condenado possam advir no caso de condenação, considerando especialmente o tipo e a medida das sanções aplicáveis, *maxime* quando importem uma privação da liberdade. Por isso que “um mesmo modo sancionatório de actuar pode ser tolerável no direito administrativo sancionatório e intolerável em direito penal”²⁹⁵⁵; da mesma forma que

²⁹⁵⁴ Foram exactamente os riscos de governamentalização e de instrumentalização do poder sancionatório contra-ordenacional em prol de interesses espúrios do Governo numa matéria tão sensível para a vida democrática como a da liberdade de expressão e de informação que motivaram o actual regime constitucional do art. 37.º-3 da CRP, no sentido da imposição de que o processo contra-ordenacional por ilícitos de mera ordenação social cometidos no exercício desses direitos seja da competência de uma entidade administrativa independente – cf. as actas da Comissão Eventual para a (III) Revisão Constitucional relativas às reuniões de 17-09-1996 (*DAR-II Série*, VII-2.ª, n.º 23, de 18-09-1996, p. 631 e ss.) e de 22-04-1997 (*DAR-II Série*, VII-2.ª, n.º 78, de 23-04-1997, p. 2282 e ss.).

²⁹⁵⁵ LASCURAÍN SÁNCHEZ, “Por un Derecho Penal sólo penal”, p. 621.

nenhuma objecção de princípio haverá em sujeitar a processo sumário um detido em flagrante delito por um crime punível com uma pequena pena de prisão, mas já será socialmente repugnante e constitucionalmente inaceitável seguir esse mesmo processo sumário no caso de o crime ser um tal que possa acarretar uma longa privação da liberdade do condenado²⁹⁵⁶.

Esta posição de princípio – uma posição em favor da possibilidade de gradação das garantias processuais em função dos riscos para a esfera pessoal dos visados representados pelas sanções potencialmente aplicáveis em caso de condenação que leve em linha fundamental de conta a possibilidade de privação da liberdade – encontrou no pensamento de Cid Moliné uma das suas fundamentações mais acabadas: “Existe (...) uma classe de sanções de extraordinária severidade, por supor uma afectação radical dos planos de vida do indivíduo. Para evitar, em termos de prevenção, que os custos de tais sanções (os danos causados a quem sofre a sua aplicação; a insegurança que acomete a sociedade quando se depara com uma vítima arbitrária de alguma de tais sanções) superem os benefícios delas derivados, exige-se que a sua imposição seja levada a cabo com respeito pelo complexo de garantias (...) postuladas pelo pensamento iluminista-liberal”²⁹⁵⁷. Com isto se compreende que, podendo estar em causa uma privação da liberdade, “para reduzir ao mínimo a possibilidade de que um inocente seja punido, e a consequente insegurança que tal gera na sociedade, se exija a observância da garantia de jurisdicionalidade na sua máxima medida”²⁹⁵⁸.

3. A natureza não detentiva das sanções contra-ordenacionais apresenta-se assim como a razão material determinante por trás da administrativização do processo contra-ordenacional. Só por ingenuidade poderia, no entanto, pensar-se que a relação entre um ponto e outro é puramente unidireccional, caracterizado por uma influência de sentido único, daquele para este. Como se sabe, a ascensão do direito de mera ordenação social ficou em muito a dever-se ao (mais do que justificado) propósito político-criminal de aliviar a máquina judiciária de uma parte significativa da carga processual com que se

²⁹⁵⁶ Cf. o Ac. do TC n.º 428/2013, que julgou inconstitucional a norma do artigo 381º-1 do CPP, “na interpretação segundo a qual o processo sumário aí previsto é aplicável a crimes cuja pena máxima abstratamente aplicável é superior a cinco anos de prisão, por violação do artigo 32º, n.ºs 1 e 2, da Constituição”.

²⁹⁵⁷ CID MOLINÉ, “Garantías y sanciones”, p. 144; e na esteira deste, SILVA SÁNCHEZ, *La Expansión del Derecho Penal*, p. 165 e ss., e LASCURAÍN SÁNCHEZ, “Por un Derecho Penal sólo penal”, p. 616 e ss.

²⁹⁵⁸ CID MOLINÉ, “Garantías y sanciones”, p. 149.

debatia, mediante o seu “desvio” para a administração. Daí que se a desjudicialização do processo contra-ordenacional pode ser vista como uma espécie de contrapartida pela impossibilidade de nele serem aplicadas sanções privativas da liberdade, também não será menos verdade que este confinamento do direito de mera ordenação social às sanções não detentivas é fruto de uma intenção prévia de administrativização do procedimento. Por isso que admitir que pudessem prever-se sanções contra-ordenacionais imediata ou mediatamente privativas da liberdade significaria romper este equilíbrio compromissório de base sobre o qual assentou a sua criação.

Este *trade-off* que tem como pilar essencial o carácter não detentivo das sanções contra-ordenacionais incide logo à cabeça sobre dimensões-chave do processo sancionatório, que, na própria ideia constitucional, o apartam substancialmente do processo penal. Daí resulta, como que por arrasto e por isso ainda sob caução constitucional, o afastamento de todo um largo conjunto de direitos e garantias processuais penais fundados nas ideias do acusatório, da oralidade e imediação da prova, da publicidade e da plena contraditoriedade. Ora, se estes que são os princípios rectores da constituição processual penal se vêm, explícita ou implicitamente, afastados do processo contra-ordenacional pela própria Constituição, poderá porventura admitir-se a existência de uma propensão constitucional no sentido de uma tendencial inaplicabilidade ao processo contra-ordenacional de princípios processuais penais com relevo constitucional.

Não quer isto significar, como é evidente, que o processo das contra-ordenações não deva ser legalmente conformado e concretamente materializado como um processo equitativo orientado pelo princípio do Estado de direito. Mas na densificação do que possa considerar-se uma medida processual equitativa e portanto ajustada a um *fair trial*²⁹⁵⁹, a impossibilidade de aplicação de sanções privativas da liberdade deve ser ela própria um factor decisivo a levar à ponderação.

Isso deverá implicar, antes de mais, que nem todos os princípios processuais penais constitucionalmente relevantes que possam considerar-se poupados pelos efeitos típicos da administrativização do processo tenham necessariamente de valer no processo de mera ordenação social (v. g., a garantia constitucional do segundo grau de jurisdição contida no direito ao recurso a que se refere o n.º 1 do art. 32.º da CRP).

²⁹⁵⁹ Cf. o art. 6.º (“*Right to a fair trial*”) da CEDH, na sua versão inglesa.

Tal deverá ainda significar que mesmo aqueles princípios que devam considerar-se aplicáveis ao processo contra-ordenacional não se projectam nele com a mesma amplitude e intensidade que caracteriza a sua vigência no âmbito penal, estando nessa medida mais expostos a limitações superiores àquelas que seriam admissíveis em processo penal. Tal como o Tribunal Constitucional vem entendendo, embora quase sempre com base num pensamento qualitativo do qual nos distanciamos²⁹⁶⁰, estarão pois aí em causa “princípios comuns que o legislador contra-ordenacional será chamado a concretizar dentro de um poder de conformação mais aberto do que aquele que lhe caberá em matérias de processo penal”²⁹⁶¹. É assim que, dada a impossibilidade de o arguido ser privado da liberdade em caso de condenação, poderá admirir-se no âmbito contra-ordenacional uma maior disponibilidade para aceitar restrições ao princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* do que aquela que vale no processo penal; ou que a presunção de inocência de que o arguido em processo contra-ordenacional deve também em geral beneficiar não tenha necessariamente de estender-se até ao momento em que a condenação se consolida e torna definitiva, sendo por isso compatível com a atribuição de efeito devolutivo à impugnação judicial de condenação em coima²⁹⁶².

§ 38. RELAÇÃO COM OS PRINCÍPIOS PENAIIS CONSTITUCIONALMENTE RELEVANTES

1. Além do seu relevo crucial para a determinação dos princípios jurídico-constitucionais de índole processual (penal) válidos em sede de processo contra-ordenacional, a contraposição entre o direito penal e o direito de mera ordenação social assume ainda importância noutras frentes, de pendor essencialmente substantivo. Ao

²⁹⁶⁰ Cf., em todo o caso, o Ac. do TC n.º 461/2011, *AcsTC* 82.º, p. 291, que além de um conjunto variado de argumentos em relação aos quais manifestámos já a nossa oposição, admite ainda como razão para um tratamento diferenciado do princípio da proibição da auto-inculpação no domínio contra-ordenacional uma ideia substancialmente coincidente com a nossa: “Ora, (...) as infracções às normas reguladoras da concorrência, definidas no aludido diploma, constituem contra-ordenação. Tal opção legislativa, (...) determinando uma *menor potencialidade lesiva da reacção estadual* à infracção, *legítima* uma compreensão do *estatuto garantístico* da defesa *menos exigente* do que aquele que caracteriza o domínio criminal” (it. nosso).

²⁹⁶¹ Ac. do TC n.º 469/1997. Para mais referências, cf. o Ac. do TC n.º 659/2006 (2.3), com uma larga série de exemplos da “afirmação recorrente na jurisprudência do Tribunal Constitucional da não aplicabilidade directa e global aos processos contra-ordenacionais dos princípios constitucionais próprios do processo criminal”.

²⁹⁶² Cf., v. g., os arts. 79.º do Decreto-Lei n.º 28/84 e 187.º-1 do CE.

contrário, porém, do que acontece em matéria processual, a questão está aqui longe de revestir o mesmo dramatismo. No campo do direito substantivo, e abstraindo do seu específico conteúdo em cada um dos domínios, o RGCO replica ou segue de perto a generalidade dos grandes princípios da lei penal ordinária. Nessa medida, o problema do relacionamento entre o direito penal e o direito de mera ordenação social não apresenta aqui aquela importância transcendental que conhece no plano processual. Via de regra, é ele chamado à discussão para, mediatamente, através da sua possível influência sobre os princípios constitucionais aplicáveis ao direito contra-ordenacional, dirimir questões de constitucionalidade relativas a soluções legais que não podem propriamente ser vistas como marcas identitárias do ordenamento contra-ordenacional. Será sobretudo o caso de normas legais estranhas ao regime geral que surgem como desvios pontuais – embora nunca despiciendos, sobretudo quando integradas nalgum diploma-chave de certo sector – em relação a um regime legal contra-ordenacional geral e perfeitamente consolidado.

Estando, por exemplo, consagrados no RGCO o princípio da legalidade contra-ordenacional, o princípio da culpa ou o princípio *ne bis in idem*, o juízo de inconstitucionalidade de certa norma que vá em sentido contrário, em nada afecta a solvabilidade do sistema contra-ordenacional como um todo, tendo antes sim um efeito profiláctico, sinalizando ao legislador ordinário determinados riscos que está proibido de pisar. Inversamente, eventuais conclusões no sentido da viabilidade constitucional de derrogações de princípios contra-ordenacionais gerais não sendo embora suficientes para os pôr em xeque podem constituir um trampolim para uma sua crescente limitação, na medida em que podem ser interiorizados pelo legislador ordinário como salvos-condutos para pôr e dispor sobre a sua regulação legal.

2. Na definição do conteúdo e dos limites dos princípios da constituição penal válidos para o direito contra-ordenacional, o mais importante, na nossa perspectiva, não é a questão, digamos assim, formal de o direito das contra-ordenações poder ou dever beneficiar da aplicação de alguns desses princípios por ser legítimo concebê-lo como parte integrante do direito penal em sentido amplo. Nem parece, além disso, que tenha grande interesse especular sobre saber se desse modo não estará a ceder-se o passo a uma espécie de colonização do direito de mera ordenação social pelo direito penal; ou se com isso não se estará a contribuir para um enfraquecimento desses princípios na esfera penal, em virtude da sua “vulgarização” em domínios ditos menos nobres ou da

periferia. O que, para nós, na linha de Lascuráin Sánchez, se afigura decisivo é saber se a aplicação de determinado princípio jurídico-constitucional, posto que com uma vocação acentuadamente penal, é reclamada pela ideia de Estado de direito material²⁹⁶³.

Atenta a essência sancionatória do direito contra-ordenacional, a sua condição de ordenamento que confere ao Estado o poder *de censurar e de punir* as pessoas pela prática de factos ilícitos passados, a questão é determinar qual o quadro (constitucional) que num Estado de direito democrático, como é aquele que deve ser o nosso (art. 2.º da CRP), deve orientar e balizar o exercício desse poder. Seria conforme com uma ideia de Estado de direito ou mesmo até com o respeito devido pelo Estado à dignidade pessoal de cada um a possibilidade de se punir contra-ordenacionalmente sem lei prévia, sem culpa, por factos de outrem ou duplamente pelo mesmo facto? Estamos em crer que em qualquer um dos casos a resposta deveria ser rotundamente negativa, porque – não se conseguindo fugir ao risco da tautologia, tão meridianamente claro tudo nos parece – um Estado civilizado só pode punir uma vez por um facto próprio, previsto em lei prévia e praticado com culpa. Quando assim não seja, são as próprias ideias de Justiça e de Direito que são negadas, seja a punição desferida no âmbito penal, seja no âmbito contra-ordenacional. Porque assim é, porque o que aqui desde logo sobreleva são as dimensões de censura e de punição *qua tale*, independentemente das específicas sanções mobilizáveis, ao contrário do que acontece no plano processual, onde avultam sobretudo o *modo de punir* e a relevância que para esse efeito deve ser atribuída às sanções propriamente ditas, neste contexto esbate-se o relevo dado à natureza não detentiva das sanções contra-ordenacionais e sobe de importância a ideia de convergência material que agrega parte dos factos penais e contra-ordenacionais.

Os princípios da constituição penal especificamente dirigidos à protecção das pessoas contra o poder punitivo penal do Estado – e portanto, autênticos direito de defesa (*Abwehrrechte*) contra o Estado – podem bem considerar-se como o produto secular de um processo histórico de decantação daquilo que se reconheceu como sendo o acervo dos direitos e garantias básicos com que as pessoas devem ser armadas e ter do seu lado quando enfrentam a justiça punitiva do Estado. Constituem aquele *mínimo basilar de garantias fundamentais* que aos cidadãos deve ser assegurado em face do poder sancionador do Estado, *seja qual for o conteúdo do juízo de censura* por este emitido e *sejam quais forem as sanções* aplicáveis. Precisamente por isso, quando do

²⁹⁶³ LASCURAÍN SÁNCHEZ, “Por un Derecho Penal sólo penal”, p. 614 e ss.

que se trate é fazer valer este *minimum*, o recurso aos princípios constitucionais penais, inclusive no âmbito contra-ordenacional, não deriva de uma intenção de colagem ao direito penal, mas resulta antes do facto de serem eles o produto em que de um modo mais perfeito e depurado se exprime a ideia de Estado de direito material no domínio das relações sancionatórias que o Estado estabelece com as pessoas em geral, suas não subordinadas. Quer isto significar que ali onde se deva entender que a ideia de Justiça e o princípio do Estado de direito impõem ao direito das contra-ordenações a sua conformação com um certo mínimo axiológico espelhado num dado princípio jurídico-constitucional vazado na constituição penal deve esse princípio considerar-se *directamente* aplicável ao direito contra-ordenacional, mesmo que a letra do preceito constitucional que o consagre pareça dar a impressão de uma exclusiva predisposição de aplicação ao domínio penal.

Nesta linha, e como se procurará explicitar infra, ao direito das contra-ordenações são imediatamente aplicáveis o princípio da legalidade criminal, nas suas vertentes de lei escrita²⁹⁶⁴, prévia, certa e estrita dirigidas ao facto e à sanção (art. 29.º, n.ºs 1, 3 e 4, da CRP), o princípio da aplicação retroactiva da lei penal mais favorável (art. 29.º, n.º 4, segunda parte, da CRP)²⁹⁶⁵, o princípio *ne bis in idem* (art. 29.º, n.º 5, da CRP)²⁹⁶⁶, o princípio da proibição de penas de duração ilimitada ou indefinida (art. 30.º, n.º 1, da CRP)²⁹⁶⁷, o princípio da intransmissibilidade da responsabilidade penal (art. 30.º, n.º 3, da CRP), o princípio da proibição de efeitos automáticos das penas (art. 30.º, n.º 4, da CRP)²⁹⁶⁸ e o princípio da culpa.

Admitimos que esta nossa posição a favor da aplicabilidade directa ao direito de mera ordenação social destes princípios de cariz eminentemente substantivo possa de algum modo considerar-se condicionada ou, pelo menos, influenciada pelo nosso pensamento no sentido da afirmação de uma parcial convergência material entre factos penais e factos contra-ordenacionais. A verdade, porém, é que esta mesma disponibilidade de princípio para estender ao direito de mera ordenação social a

²⁹⁶⁴ Não no sentido de uma exigência de reserva lei formal, porque a tal se opõe o art. 165.º-1, *d*), da CRP, mas da proibição do costume como fonte de fundamentação ou de agravação da responsabilidade contra-ordenacional – cf. ³KK-ROGALL, § 3, n.º m. 17 e ss.

²⁹⁶⁵ Nesta direcção, DIAS, Figueiredo, “O movimento da descriminalização e o ilícito de mera ordenação social”, p. 330, CANOTILHO, Gomes / MOREIRA, Vital, ⁴CRP, I, p. 498, e os Acs. do TC n.ºs 227/92 e n.º 150/94, dotado de força obrigatória geral.

²⁹⁶⁶ Cf. o Ac. do TC n.º 244/99.

²⁹⁶⁷ Assim, o Ac. do TC n.º 574/95.

²⁹⁶⁸ Ac. do TC n.º 327/99.

aplicação da generalidade destes princípios, por via directa ou analógica, vem de há muito sendo manifestada por largos sectores doutrinários e jurisprudenciais claramente alinhados por um pensamento qualitativo no âmbito da distinção entre crimes e contra-ordenações. Com isto se percebe que o reconhecimento de uma contraposição de índole material entre o direito penal e o direito contra-ordenacional pode justificar, mas não tem necessariamente de implicar, a inaplicabilidade a este de princípios jurídico-constitucionais a que aquele deve obediência.

Isto compreendido, torna-se nítido não haver razão para invocar, num formalista argumento *a contrario*, o disposto no n.º 10 do art. 32.º da Constituição para dar força à pretensão de bloquear o funcionamento de alguns daqueles princípios, nomeadamente, do princípio constitucional da legalidade criminal na esfera contra-ordenacional²⁹⁶⁹. Como evidenciam os já referidos debates da Comissão Eventual para a Revisão Constitucional que precederam a revisão constitucional de 1989, a previsão no art. 32.º de que “nos processos por contra-ordenação são assegurados ao arguido os direitos de audiência e de defesa” ficou a dever-se ao receio dos parlamentares de que, dada a específica estrutura processual do direito contra-ordenacional, pudesse ficar aberto espaço para eventuais entendimentos de que para ele não valeriam garantias basilares de qualquer processo sancionatório²⁹⁷⁰. Um receio que não havia razão para sentir no que à aplicação dos princípios constitucionais previstos nos arts. 29.º e 30.º da Constituição ao direito de mera ordenação social dizia respeito, dada a ideia então generalizada, na doutrina e sobretudo na jurisprudência constitucional, de que deveriam eles considerar-se aplicáveis ao ordenamento contra-ordenacional.

3. Com a defesa da aplicabilidade ao direito de mera ordenação social dos mencionados princípios da constituição penal não estamos a fazer a apologia de uma sua inflexível transposição para o domínio das questões de constitucionalidade contra-ordenacionais. Se a natureza materialmente distinta do direito das contra-ordenações como ramo sancionatório não privativo da liberdade não prejudica o funcionamento de tais princípios na esfera contra-ordenacional, deve, no entanto, ser chamada ao momento da determinação do seu concreto modo de actuação. Como é natural, para a definição do âmbito de aplicação ou dos termos da materialização de dado princípio está

²⁹⁶⁹ Assim, todavia, o Ac. do TC n.º 397/2012.

²⁹⁷⁰ Cf., por todas, as actas das reuniões da CERC de 27-04-1988 (*DAR-II Série*, VII-2.ª, n.º 11, de 12-05-1988, p. 302 e ss.) e de 04-01-1989 (*DAR-II Série*, VII-2.ª, n.º 71, de 02-02-1989, p. 2147 e ss.).

longe de ser indiferente a relação de cada ordenamento com a esfera da liberdade física das pessoas. Se, por exemplo, a aplicação da técnica dos exemplos-padrão numa incriminação como o homicídio qualificado, que prevê a mais elevada das penas do nosso ordenamento jurídico, gera, compreensivelmente, elevada inquietação e só logra transpor o crivo da exigência de determinabilidade do princípio constitucional da legalidade criminal à custa de rigorosas cautelas interpretativas²⁹⁷¹, já o emprego da mesma técnica legislativa ou até de cláusulas gerais bem mais abertas e indeterminadas na tipificação de contra-ordenações não gera, em regra, justificadamente, o mínimo sobressalto. Pois, como é de meridiana clareza, as exigências de rigor e precisão na definição do recorte normativo do tipo e do respectivo conteúdo típico são necessariamente diferentes quando o que pode estar em causa é condenar uma pessoa numa pena de prisão que pode chegar aos 25 anos ou responsabilizá-la através da aplicação de uma sanção exclusivamente pecuniária, por mais elevada que ela seja. Uma vez mais, também aqui, ou melhor, sobretudo aqui, naquilo que releva para a afirmação do facto punível, dada a extensa zona de convergência material que sob essa perspectiva aproxima o direito contra-ordenacional do direito penal, uma posição de abertura no sentido da aceitação de diferentes modos de materialização dos princípios constitucionais consoante estejam em causa normas penais ou contra-ordenacionais só encontra uma justificação cabal mediante recurso ao pensamento da diferença qualitativa, referida à privação da liberdade, entre sanções penais e contra-ordenacionais.

4. Neste contexto, o tratamento dogmático dos princípios fundamentais da constituição penal aplicáveis ao direito de mera ordenação social poderia porventura quedar-se pelas considerações de ordem geral ora expendidas, remetendo-se no mais, para maiores desenvolvimentos, para àquilo que a doutrina e sobretudo a jurisprudência constitucional têm versado sobre a matéria. Mas isso pressuporia que nos pudéssemos rever naquelas que são as correntes de pensamento dominantes acerca desses vários princípios. Actualmente, não é esse, porém, o caso, em especial quando nos virmos para a nossa jurisprudência constitucional mais recente. É dela que, em geral, atenta a rica diversidade de casos levados ao seu conhecimento que frequentemente convocam a

²⁹⁷¹ DIAS, Figueiredo / BRANDÃO, Nuno, ²*Comentário Conimbricense do Código Penal*, I, Art. 132.º, § 2 e ss.

ponderação da aplicação dos princípios em apreço, serão de esperar os contributos mais significativos – e também, por razões óbvias, mais influentes sobre a sua efectiva vigência na prática legislativa e na materialização quotidiana do direito contra-ordenacional pela administração e pelos tribunais – para a compreensão do seu conteúdo e modo de funcionamento no domínio contra-ordenacional. Justifica-se, por essa razão, que uma aproximação doutrinal a esses princípios privilegie o diálogo com a jurisprudência constitucional. Tendo apontado supra aquelas que são, em nosso modo de ver, as coordenadas essenciais a tomar em consideração no acolhimento contra-ordenacional dos princípios da constituição penal, a sua desimplicação em relação a cada um dos vários princípios em questão não pode, todavia, deixar de atender às especificidades de cada um. Neste plano, a experiência da jurisprudência constitucional adquire uma importância redobrada, ao ponto de nos parecer metodologicamente aceitável que a explicitação da nossa posição em relação aos vários problemas em discussão possa em boa parte ser desenvolvida no quadro da análise crítica dessa jurisprudência. Antes de avançarmos nesse sentido e para que o nosso discurso fique devidamente contextualizado, cumpre dar conta, em breves palavras, das grandes linhas de orientação que têm marcado a evolução dos rumos que o nosso Tribunal Constitucional tem seguido nesta matéria.

Do mesmo modo que sempre entendeu que há uma contraposição de índole material entre as esferas do direito penal e do direito de mera ordenação social, o Tribunal Constitucional sempre considerou também que daí derivaria necessariamente uma diferente incidência das regras e princípios constitucionais em geral válidos no âmbito penal sobre o espaço contra-ordenacional, tanto substantivo, como processual. Isso não obsteu, todavia, numa jurisprudência que remonta já à Comissão Constitucional²⁹⁷², que sempre se reconhecesse igualmente que a natureza sancionatória do direito das contra-ordenações justificaria que lhe fossem aplicados, directa ou analogicamente, determinados princípios de valência constitucional pensados e previstos em primeira linha para o direito penal.

Inicialmente, o Tribunal Constitucional não manifestou quaisquer reservas em relação à aplicação de princípios da chamada constituição penal a normas de direito contra-ordenacional, subordinando-a em todo o caso, naturalmente, às especificidades reclamadas pela sua natureza, tida como materialmente distinta. Mesmo princípios cuja

²⁹⁷² Ac. n.º 164, *cit.*, p. 322 e ss.

formulação constitucional pudesse, em virtude do texto com que foram vazados na Constituição, parecer apontar para um âmbito de aplicação restritamente penal foram invocados pelo Tribunal para avaliar a constitucionalidade de normas contra-ordenacionais e, sendo caso disso, usados como fundamento para justificar decisões de inconstitucionalidade. Foi o caso da jurisprudência iniciada pelo Ac. n.º 227/92 e que culminou com o Ac. n.º 150/94, dotado de força obrigatória geral, acerca da incidência do *princípio da aplicação retroactiva da lei penal de conteúdo mais favorável*, vertido no art. 29.º-4 da CRP. Tal princípio, disse-o aquele Ac. n.º 227/92, “na sua ideia essencial, há-de, com efeito, valer também no domínio do ilícito de mera ordenação social”, assim se pronunciando pela inconstitucionalidade, “por violação do artigo 29.º, n.º 4, da Constituição” de normas legais do RJFNA interpretadas no sentido de impedirem a aplicação de disposições por ele introduzidas, ainda que mais favoráveis, que implicassem a conversão de transgressões fiscais em contra-ordenações²⁹⁷³.

O *princípio da proibição dos efeitos automáticos das penas e das condenações penais* constante do art. 30.º-4 da Constituição foi igualmente tido como extensível ao direito das contra-ordenações, sendo para tanto acolhido o argumento de que “o facto de não se estar aqui no terreno criminal não impede a aplicação do princípio constitucional do artigo 30.º, n.º 4. Se às penas criminais não pode acrescentar-se, a título de efeito da pena, a perda de direitos profissionais, por maioria de razão, isso está vedado quando se trate de penas sem carácter criminal”²⁹⁷⁴. Nessa medida foi julgada como inconstitucional uma interpretação de um regime legal de direito tributário que impunha como consequência necessária da utilização indevida de um certo tipo de combustível, qualificada como contra-ordenação, a perda a favor da Fazenda Nacional do veículo em que tal combustível estivesse a ser utilizado. O parâmetro constitucional directamente invocado pelo Tribunal para sustentar o juízo de inconstitucionalidade deste efeito da condenação contra-ordenacional foi aquele inscrito na Constituição Penal, o da proibição dos efeitos necessários das penas (art. 30.º-4 da CRP), assim “vetando” por

²⁹⁷³ Perante a controvérsia sobre a natureza dessas transgressões – penal ou não penal – o Tribunal, com o voto de vencido do Conselheiro Bravo Serra (“por entender que o n.º 4 do artigo 29.º da Constituição não é aplicável senão ao domínio criminal”), fez mesmo questão de deixar claro que até nesta segunda perspectiva “nem por isso o legislador deverá ter-se por dispensado de observar o princípio constitucional da *aplicação retroactiva da lei de conteúdo mais favorável*, consagrado expressamente, no artigo 29.º, n.º 4, da Constituição, apenas para as leis penais”. Ainda, tanto quanto parece, em sentido divergente, por apelo à ideia do carácter temporário das normas em crise, em sentido divergente, PALMA, Maria Fernanda, “Princípio da aplicação retroactiva da lei (penal) mais favorável...”, p. 34 e ss.

²⁹⁷⁴ Ac. do TC n.º 327/99.

via daquele princípio constitucional penal um regime contra-ordenacional susceptível de implicar a imposição de uma consequência jurídica totalmente desproporcionada em relação ao facto tipicamente previsto²⁹⁷⁵.

Considerado como aplicável ao direito de mera ordenação social foi também, como vimos já, o princípio constitucional *ne bis in idem*. Embora o preceito constitucional que o consagra se dirija expressamente a factos penais – “ninguém pode ser julgado mais do que uma vez pela prática do mesmo *crime*” (art. 29.º-5 da CRP) – o Tribunal teve-o como aplicável, por analogia, às “hipóteses de concurso de crimes e contra-ordenações, quando os bens jurídicos tutelados pelas respectivas normas sejam idênticos”.

A aplicabilidade ao direito das contra-ordenações dos princípios constitucionais ora mencionados foi afirmada pelo Tribunal Constitucional apesar da sua integração na constituição penal e de a redacção de todos eles se encontrar expressamente referida à lei penal, aos crimes e às penas. Posição que quanto a eles, ao que parece, não foi abalada pela jurisprudência mais recente. O mesmo não se poderá dizer, porém, da perspectiva do Tribunal em relação a dois princípios cruciais para a fundamentação e delimitação da responsabilidade contra-ordenacional, o *princípio da legalidade* e o *princípio da culpa*.

Um e outro começaram por ser reconhecidos sem quaisquer reservas pelo Tribunal Constitucional como princípios constitucionais aplicáveis ao direito das contra-ordenações. Numa formulação que não poderia ser mais límpida, afirmou o Ac. n.º 574/95 que “o *princípio da legalidade das sanções*, o *princípio da culpa* e, bem assim, o *princípio da proibição de sanções de duração ilimitada ou indefinida* valem na sua ideia essencial, para todo o direito público sancionatório, *maxime*, para o domínio do direito de mera ordenação social”. Esta, que na sua pureza parecia – e, acrescentamos nós, deveria – ser uma posição de princípio indiscutida e indiscutível, tem sofrido uma profunda erosão na jurisprudência mais recente. Através de uma extremada acentuação do critério ético-social como marco qualitativamente diferenciador do direito contra-ordenacional, nos últimos anos o Tribunal

²⁹⁷⁵ O mencionado Ac. do TC n.º 327/99 enveredou por uma interpretação conforme à Constituição, no sentido de que a perda do veículo prevista no preceito “não pode ser nunca um efeito automático da coima aplicada, nem pode ser decretada, se for manifestamente desproporcionada à gravidade da contra-ordenação e da culpa do agente”, ao passo que o Ac. do TC n.º 176/2000 optou por um puro e simples juízo de inconstitucionalidade em função do entendimento de que a norma não comportava outra interpretação senão aquela que foi julgada como desconforme à Constituição.

Constitucional pôs em crise não só a sede constitucional daqueles princípios, como até a sua própria validade no reduto do direito das contra-ordenações.

É certo que o Tribunal sempre frisou, e a nosso ver bem, que tais princípios não poderiam, nem deveriam ser integral e irrestritamente transpostos do domínio penal para o contra-ordenacional, antes sendo devida uma actividade interpretativa que adequasse o seu alcance e conteúdo às especificidades do direito de mera ordenação social, como, aliás, não deixa também de acontecer no próprio seio penal²⁹⁷⁶. Procurando exprimir esta orientação, a propósito dos mais variados princípios, tornou-se mesmo corrente na jurisprudência constitucional a asserção de que na sua concretização seria de reconhecer ao legislador um poder de conformação mais aberto²⁹⁷⁷ ou de que o ilícito contra-ordenacional estaria subtraído às “rigorosas exigências de determinação válidas para o ilícito penal”²⁹⁷⁸. Não é porém a uma transposição ainda mais flexibilizadora desses princípios que nos pretendemos referir quando nos reportamos à tendência actual da jurisprudência do Tribunal Constitucional, mas sim a sinais de uma verdadeira ruptura com aquele passado de abertura à aceitação de princípios comuns ao direito penal e ao direito das contra-ordenações, mesmo que só plasmados no texto da Constituição por referência ao domínio penal.

A tendência actual do Tribunal Constitucional quer em relação ao princípio da legalidade, quer ao princípio da culpa contrasta, como vimos, com a sua jurisprudência inicial, da qual o Tribunal se vem progressivamente distanciando de há cerca de uma década a esta parte. E contrasta ainda também com a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, não só nas posições agora adoptadas, como ainda na estabilidade (ou na falta dela) do rumo jurisprudencial no domínio do direito das contra-ordenações. Representando o sistema contra-ordenacional alemão o modelo de referência para o legislador e para a doutrina nacionais, parece-nos haver interesse em que a apreciação crítica, ainda que breve, daquela tendência do Tribunal português seja acompanhada de um paralelismo desta sua nova jurisprudência com a do seu congénere alemão. Como veremos, uma nota marcante que logo salta à vista na comparação é a da

²⁹⁷⁶ Cf. o Ac. do TC n.º 128/2010, versando a questão do cumprimento do princípio da legalidade criminal por uma norma penal do RGIT, o art. 6.º, na medida em que incluía no seu âmbito incriminatório o administrador de facto: “as considerações expendidas a propósito da interpretação de normas do direito penal clássico não são susceptíveis de uma transposição acrítica para áreas do direito penal tributário”.

²⁹⁷⁷ Assim, entre outros, os mencionados Acs. do TC n.º 446/97 e 659/2006.

²⁹⁷⁸ Acs. do TC n.ºs 278/99, 461/2011 e 537/2011, que retomam uma consideração tecida especificamente a propósito do princípio da legalidade por PALMA, Maria Fernanda / OTERO, Paulo, “Revisão do regime do ilícito de mera ordenação social”, p. 564.

estabilidade da jurisprudência alemã, que perdura praticamente imodificada nos seus traços essenciais há cerca de meio século e, ao contrário da portuguesa, se tem mostrado imune às sucessivas levas de juízes que compõem o Tribunal. Cá, a jurisprudência parece variar e flutuar entre posições que vão desde o ambíguo ao diametralmente oposto entre si, em oposições de julgados não apenas diacrónicas, como até sincrónicas. Se este tipo de contradições pode constituir já por si só factor de desprestígio do Tribunal, a apreensão cresce quando em causa estão princípios estruturantes de todo um ramo de direito sancionatório. É sobre alguns desses princípios, vistos sobretudo através do tratamento que lhes é dispensado pelas jurisprudências constitucionais portuguesa e alemã, que nos deteremos de seguida.

§ 38.1 Princípio da legalidade criminal

1. O *princípio da legalidade contra-ordenacional* tem expresso assento legal, nos arts. 1.º, 2.º e 3.º-1 do RGCO, como directa emanção do princípio constitucional da legalidade criminal consagrado no art. 29.º, n.ºs 1, 3 e 4, da Constituição²⁹⁷⁹. Nesta medida, entendendo-se que este princípio constitucional conhece plena e directa aplicação no âmbito contra-ordenacional – e portanto prevalecendo, enquanto direito fundamental de defesa (*Abwehrrecht*) titulado pelo particular, vinculativo para o Estado e directamente aplicável ao exercício do seu *ius puniendi* (art. 18.º-1 da CRP), sobre normas legais que não satisfaçam alguma das imposições que lhe são inerentes – tornar-se-á dispensável o apelo à garantia de idêntico conteúdo consagrada no art. 7.º da CEDH²⁹⁸⁰. Caso contrário, pretendendo-se afastar o art. 29.º da CRP do espaço contra-

²⁹⁷⁹ De modo similar, DIAS, Figueiredo, “O movimento da descriminalização e o ilícito de mera ordenação social”, p. 330, e, por referência ao direito alemão, TIEDEMANN, “Verwaltungsstrafrecht und Rechtsstaat”, p. 289. Numa direcção próxima, mas bem mais restritiva, CANOTILHO, Gomes / MOREIRA, Vital, ⁴CRP, I, p. 498, pronunciando-se a favor da aplicação analógica aos ilícitos contra-ordenacional e disciplinar “do princípio da legalidade *lato sensu* (mas não o da tipicidade), da não retroactividade”; e ainda CARVALHO, Taipa de, ²Constituição Portuguesa Anotada, I, Art. 29.º, p. 676, limitando o seu funcionamento à “proibição da aplicação retroactiva desfavorável”. Pela não aplicabilidade, ao que parece, PALMA, Maria Fernanda / OTERO, Paulo, “Revisão do regime do ilícito de mera ordenação social”, p. 563 e s. Já ALBUQUERQUE, Pinto de, RGCO, Art. 2.º, revela uma posição equívoca, ora estabelecendo a sede constitucional do princípio da legalidade no princípio do Estado de direito (n.º m. 2), à semelhança da jurisprudência constitucional mais recente, ora afirmando que “a CRP subordina o direito de mera ordenação social ao princípio da legalidade” (n.º m. 3), para depois considerar, em afronta aos princípios constitucionais do Estado de direito e da legalidade criminal, que “a CRP não estabelece a garantia da tipicidade, nem proíbe a analogia no âmbito das contra-ordenações” (n.º 14).

²⁹⁸⁰ Cf. supra, § 13.

ordenacional, sempre emergirá a garantia dotada de força normativa supra-legal²⁹⁸¹ constituída pelo princípio da legalidade acolhido pela CEDH no seu art. 7.^o²⁹⁸².

Indo ao encontro da proibição constitucional da aplicação retroactiva de lei penal desfavorável ao agente (art. 29.^o, n.^{os} 1, 3 e 4, da Constituição), a legislação ordinária proscreve assim a possibilidade de uma fundamentação ou agravação da responsabilidade contra-ordenacional desprovida de um acto normativo *prévio* ao momento da prática do facto (arts. 1.^o, 2.^o, 3.^o-1 e 5.^o, do RGCO).

Igualmente em imediata consonância com a *exigência de determinabilidade* resultante do princípio constitucional da legalidade criminal (art. 29.^o-1 da CRP), só é admissível uma responsabilização contra-ordenacional com base num acto normativo suficientemente determinado (arts. 1.^o e 2.^o do RGCO). Sem prejuízo do peso de sentido flexibilizador que na avaliação do cumprimento da injunção de determinabilidade deve conceder-se à autonomia material das sanções contra-ordenacionais, fundada no seu carácter não privativo da liberdade, também aqui “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 tornem objectivamente motivável e dirigível a conduta dos cidadãos”²⁹⁸³.

Dos arts. 1.^o e 2.^o do RGCO resulta ainda a *proibição do recurso à analogia* para fundamentar ou agravar a responsabilidade contra-ordenacional²⁹⁸⁴. Esta proibição da analogia está uma vez mais em correspondência material com o princípio constitucional da legalidade criminal, bem como ainda em observância do princípio constitucional da separação de poderes. A ausência de uma previsão proibitiva expressa da analogia no art. 2.^o do RGCO coincidente com a proibição homóloga do art. 1.^o-3 do CP – aliás, subsidiariamente aplicável ao domínio contra-ordenacional (art. 32.^o do RGCO) – nem tem o significado de um silêncio legislativo indiciador de uma vontade, que sempre seria abertamente inconstitucional, nem tem que ser encarada²⁹⁸⁵, como todavia sugerem Fernanda Palma e Paulo Otero, como um enfraquecimento da “exigência de precisão

²⁹⁸¹ Cf. novamente RAMOS, Rui de Moura, “A Convenção Europeia dos Direitos do Homem”, p. 193.

²⁹⁸² Cf. ALBUQUERQUE, Pinto de, *RGCO*, Art. 1.^o, n.^o m. 10.

²⁹⁸³ DIAS, Figueiredo, ²*DP-PG*, I, 8.^o Cap., § 16.

²⁹⁸⁴ Assim, DIAS, Figueiredo, “O movimento da descriminalização e o ilícito de mera ordenação social”, p. 330. Contra, COSTA, Faria, “Les problêmes juridiques...”, p. 154

²⁹⁸⁵ Cf. novamente DIAS, Figueiredo, “O movimento da descriminalização e o ilícito de mera ordenação social”, p. 330, deduzindo a proibição da analogia do princípio da legalidade previsto no art. 2.^o do RGCO.

das normas sancionatórias”²⁹⁸⁶. Basta ver que nem o Código Penal alemão, nem a Lei-Quadro das Contra-Ordenações alemã prevêm expressamente a proibição da analogia e nem por isso alguma vez se pôs em causa, após a queda do nacional-socialismo, a sua plena validade no direito penal e no contra-ordenacional alemães, dada a sua implícita consagração no § 1 do StGB e no § 3 da OWiG²⁹⁸⁷.

2. O Tribunal Constitucional começou por assumir como uma espécie de dado adquirido a ideia de que, não obstante todas as diferenças, mesmo de raiz qualitativa, que distanciam o direito contra-ordenacional do penal, também o ilícito e as sanções do direito de mera ordenação social beneficiariam do essencial da tutela constitucional do *princípio da legalidade criminal* consagrado no *art. 29.º da Constituição*. Na doutrina, defendia já Figueiredo Dias que “se transportam para o direito das contra-ordenações as garantias *constitucionalmente* atribuídas ao direito penal, nomeadamente as resultantes dos *princípios da legalidade* e da aplicabilidade da lei mais favorável. Daí decorre que – contra o que em certos sectores doutriniais se chegou a pensar e a preconizar – também no direito das contra-ordenações vale a proibição de aplicação analógica *in malam partem* e a exigência de *tipicidade* e conseqüente *determinabilidade* dos tipos”²⁹⁸⁸. Foi assim com naturalidade e sem estados de alma, apesar até de algumas dúvidas antes tidas pela Comissão Constitucional²⁹⁸⁹, que o Tribunal adoptou o *nullum crimen nulla pœna sine lege*, enquanto princípio consagrado no *art. 29.º, n.ºs 1 e 3, da Constituição*, como parâmetro de avaliação da exigência constitucional de determinabilidade dos tipos e das sanções contra-ordenacionais²⁹⁹⁰. E fê-lo sem prejuízo da tese de que “no ilícito de

²⁹⁸⁶ PALMA, Maria Fernanda / OTERO, Paulo, “Revisão do regime do ilícito de mera ordenação social”, p. 563 e s.

²⁹⁸⁷ Cf., por todos, SCH / SCH / STREE / ESER / HECKER²⁸, § 1, n.º m. 25 e ss., ³KK-ROGALL, § 3, n.º m. 51 e ss.

²⁹⁸⁸ DIAS, Figueiredo, “O movimento da descriminalização e o ilícito de mera ordenação social”, p. 330 (it. nosso).

²⁹⁸⁹ Cf. o Parecer n.º 1/82, *cit.*: “Com muitas dúvidas, a Comissão Constitucional entende, no caso concreto, não se pronunciar pela inconstitucionalidade do artigo 32.º – donde aliás resultaria a inteira inconstitucionalização do diploma em apreço. Lamentando que o legislador não tenha respeitado o princípio contido no artigo 2.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 232/79, entende não conferir a este imediata dignidade constitucional e *não o ver como directa emanção do disposto no artigo 29.º, n.º 1, da Constituição*. *O que não significa, todavia, negar toda a incidência do princípio da legalidade no domínio das contra-ordenações*, mas recusar apenas que as suas exigências de determinabilidade e de tipicidade se façam sentir com a mesma intensidade e premência que ganham no domínio do direito penal” (it. nosso).

²⁹⁹⁰ Assim, desde logo o mencionado Ac. do TC n.º 574/95, que tendo sido confrontado com o problema da admissibilidade constitucional de uma moldura legal de coima com limites mínimo e máximos extraordinariamente afastados entre si ponderou a questão justamente *à luz do princípio da legalidade*,

mera ordenação social, as sanções não têm a mesma carga de desvalor ético que as penas criminais”²⁹⁹¹. Não admira, como tal, que haja sido ao “princípio da legalidade da sanção, decorrente dos n.ºs 1 e 3 do artigo 29.º e do n.º 1 do artigo 30.º da Constituição, *aplicável no direito de mera ordenação social*”, que o Tribunal tenha apelado quando, no Ac. n.º 547/2001, entendeu concluir pela inconstitucionalidade de um tipo contra-ordenacional em função da enorme amplitude entre os limites da coima por ele cominada, dada “a possibilidade de, pela aceitação de limites extraordinariamente amplos, se pôr em causa a previsibilidade da sanção”²⁹⁹².

“A violação do princípio da tipicidade, *enquanto expressão do princípio constitucional da legalidade*”²⁹⁹³ voltou a ser ponderada pelos Acs. n.ºs 338/2003 e 358/2005, desta vez na vertente da determinabilidade da descrição típica ínsita em normas tipificadoras de contra-ordenações. Num caso e no outro entendeu-se que considerações precedentes da jurisprudência constitucional acerca do princípio da legalidade criminal expendidas no âmbito de processos penais e a propósito de tipos penais seriam aplicáveis aos casos contra-ordenacionais que o Tribunal tinha em mãos. Nessa medida, sem prejuízo da admissão de uma relativa indeterminação tipológica, considerou-se ser ao menos de também exigir ao tipo contra-ordenacional um *mínimo de determinabilidade*, isto é, “um grau de precisão tal que permita identificar os tipos de comportamentos descritos, na medida em que integram noções correntes da vida social, aferidas pelos padrões em vigor”²⁹⁹⁴. Exigência directamente imbricada no princípio da legalidade e que por isso, inclinando-se o Tribunal para uma conclusão no sentido da observância desse mínimo de determinabilidade, levou à conclusão de que “as normas

decidindo-se pela sua compatibilidade constitucional: “a norma *sub iudicio* cumpre as exigências que vão implicadas no *princípio da legalidade penal*, consagrado no art. 29.º, n.ºs 1 e 3, da Constituição (*nullum crimen nulla pœna sine lege*) (...) e ainda, no *princípio da proibição de sanções de duração ilimitada ou indefinida* (consagrado no n.º 1 do artigo 30.º da Constituição), que é outra dimensão ou vertente do princípio da legalidade das sanções”. A uma conclusão diametralmente oposta sobre esta mesmíssima questão chegou o Ac. do TC n.º 547/2001, mencionado também em texto, no qual, apesar do empate a dois na votação, fez vencimento o entendimento da inconstitucionalidade.

²⁹⁹¹ Ac. do TC n.º 574/95, o mesmo em que, como referido em texto, o Tribunal deixou clara a sua posição no sentido da aplicabilidade do princípio constitucional da legalidade criminal ao direito das contra-ordenações.

²⁹⁹² Independentemente de na controvérsia acerca dos limites de coima muito espaçados entre si nos parecer que a razão estaria do lado do Ac. n.º 574/95 (cf. o nosso “Questões contra-ordenacionais suscitadas pelo novo regime legal da mediação de seguros”, p. 87 e ss.), ao Ac. n.º 547/2001 deve creditar-se o mérito do correcto enquadramento da questão no âmbito dos arts. 29.º e 30.º da CRP.

²⁹⁹³ Acs. do TC n.º 338/2003 e n.º 358/2005 (it. nosso), em transcrição do teor dos Acs. do TC n.º 93/2001 e n.º 168/99.

²⁹⁹⁴ Ac. do TC n.º 338/2003.

em apreço não violam, pois, os princípios da tipicidade e da legalidade *consagrados no artigo 29.º da Constituição*”²⁹⁹⁵.

3. A ênfase que ponto anterior procurámos dar às referências expressas feitas pelo próprio Tribunal Constitucional ao princípio da legalidade criminal com sede no art. 29.º da Constituição como princípio constitucionalmente aplicável ao direito das contra-ordenações teve como propósito tornar bem patente o giro que entretanto a jurisprudência constitucional conheceu nesta específica questão relativa à possibilidade de extensão aplicativa do princípio da legalidade. Pois se até meados da década passada esse funcionamento se mostrava como um dado perfeitamente consolidado no pensamento constitucional, desenhou-se a partir daí uma tendência de sentido divergente, iniciada pelo Ac. n.º 41/2004.

Pela mesma altura em que, nos Acs. n.ºs 338/2003 e 358/2005, o Tribunal continuava a recorrer ao princípio da legalidade para apreciar a determinabilidade dos tipos e sanções contra-ordenacionais, irrompeu na sua jurisprudência um novo enquadramento dessa questão. Não que o Tribunal Constitucional tenha chegado propriamente a pôr em causa o núcleo irredutível de previsibilidade e de segurança jurídica que o princípio da legalidade procura garantir, continuando a frisar-se que “no direito de mera ordenação social não deixa de existir uma necessidade de comunicação segura *ex ante* do conteúdo do ilícito aos seus possíveis autores”²⁹⁹⁶. Só que com o Ac. n.º 41/2004 tal garantia foi deslocada do princípio da legalidade com assento no art. 29.º da Constituição para o princípio do Estado de Direito consagrado no art. 2.º da Lei Fundamental. Tendo sob mira o nível de protecção assegurado pelo princípio da legalidade à determinabilidade dos ilícitos contra-ordenacionais e respectivas sanções, o Tribunal pronunciou-se aí pela inaplicabilidade do art. 29.º, chamando então o princípio do Estado de Direito como fonte directa e imediata do “pensamento constitucional [de] que o direito sancionatório público, enquanto restrição relevante de direitos fundamentais, participa do essencial das garantias consagradas explicitamente para o direito penal, isto é, do núcleo de garantias relativas à segurança, certeza, confiança e previsibilidade dos cidadãos”²⁹⁹⁷.

²⁹⁹⁵ Ac. do TC n.º 358/2005 (it. nosso).

²⁹⁹⁶ Ac. do TC n.º 41/2004.

²⁹⁹⁷ Ac. do TC n.º 41/2004.

Esta nova linha aberta pelo Ac. n.º 41/2004 começou por semear uma certa indefinição na jurisprudência do Tribunal²⁹⁹⁸ e culminou na *posição actual* de que é um erro pretender estender ao direito das contra-ordenações as projecções normativas do princípio da legalidade sancionatória previsto no art. 29.º, n.ºs 1, 3 e 4, da Constituição, sendo “assim bem certo que a exigência de determinabilidade do tipo predominante no direito criminal não opera no domínio contra-ordenacional”²⁹⁹⁹. Isso não impediu, todavia, o Tribunal de se pronunciar pela inconstitucionalidade de um regime legal aprovado pela Assembleia Regional da Madeira que visava a proibição contra-ordenacional do comércio e publicidade de substâncias psicoactivas não especificamente controladas ao abrigo de legislação própria. O fundamento deste juízo de inconstitucionalidade residiu justamente no facto de a definição das substâncias contempladas pelo diploma ser “de tal modo ampla e genérica que, abrangendo, um tão largo espectro de substâncias, algumas de uso corrente generalizado, não permite aos destinatários desta legislação saberem quais são efectivamente as substâncias cuja comercialização e disponibilização é verdadeiramente proibida”³⁰⁰⁰. Ao contrário do que dantes sucedeu num caso paralelo, o do Ac. n.º 547/2001, a inconstitucionalidade não foi feita agora derivar do princípio da legalidade constante do art. 29.º da Constituição, mas do princípio do Estado de direito democrático expresso pelo art. 2.º da Constituição³⁰⁰¹.

Para afastar o funcionamento daquela disposição da Constituição penal, o Tribunal Constitucional alegou que nela nem sequer existe “um preceito semelhante àquele que existe no artigo 32.º, a respeito das garantias processuais, alargando-as, com as necessárias adaptações, a todos os outros processos sancionatórios”³⁰⁰². Reconheceu, ainda assim, em ordem a justificar a invocação do princípio do Estado de direito como

²⁹⁹⁸ Perfeitamente ilustrativo da posição ambígua do Tribunal Constitucional é o Ac. n.º 86/2008, decidido em plenário e relativo a processo de financiamento partidário, no qual o Tribunal exerce um poder sancionatório contra-ordenacional: se, por um lado, o Tribunal recupera e transcreve o corpo do Ac. n.º 41/2004, assim fundando a exigência de determinabilidade do tipo no “princípio do Estado de Direito consagrado no artigo 2.º da Constituição” (2.1.2), por outro lado retoma o discurso do Ac. n.º 574/95 e reitera que o princípio da legalidade das sanções vale, na sua ideia essencial, para todo o direito sancionatório, *maxime*, para o direito de mera ordenação social, colocando a questão de constitucionalidade suscitada por uma arguida no quadro do princípio da tipicidade inscrito no art. 29.º da Constituição (2.1.3). Uma recondução ao art. 29.º, agora na vertente da proibição de retroactividade, divisa-se ainda no Ac. do TC n.º 490/2009.

²⁹⁹⁹ Ac. do TC n.º 85/2012.

³⁰⁰⁰ Ac. do TC n.º 397/2012, em plenário.

³⁰⁰¹ Voltando a apelar ao princípio do Estado de direito, em detrimento do princípio da legalidade criminal, o Ac. do TC n.º 78/2013.

³⁰⁰² Ac. do TC n.º 397/2012.

referente da avaliação de constitucionalidade, que “sendo o ilícito de mera ordenação social sancionado com uma coima, a qual tem repercussões ablativas no património do infractor, também aqui se devem respeitar os princípios vigentes num Estado de direito democrático (artigo 2.º da Constituição), como o da segurança jurídica e da protecção da confiança”. Por esta razão, continuou o Tribunal, “a determinabilidade do conteúdo de proibições cujo desrespeito é sancionado com uma coima é um pressuposto da existência de uma relação equilibrada entre Estado e cidadão”, devendo assim merecer o labéu da inconstitucionalidade *por violação do princípio do Estado de direito* uma disposição sancionatória, mesmo que só contra-ordenacional, que não observe sequer esse limiar mínimo de precisão de uma “comunicação segura *ex ante* do conteúdo da proibição aos seus destinatários”.

4. Esta recente jurisprudência do nosso Tribunal Constitucional acerca do funcionamento do princípio da legalidade criminal no âmbito contra-ordenacional contrasta em toda a linha com aquela que, desde sempre, vem sendo a posição do Tribunal Constitucional Federal alemão nesta matéria, tomando como referência o 103.º, n.º 2, da *Grundgesetz*³⁰⁰³. Como verificámos, o Tribunal Constitucional português começou por considerá-lo válido para o domínio das contra-ordenações, ao menos na sua vertente de determinabilidade do tipo e da sanção, tendo porém depois passado a pronunciar-se pela sua inaplicabilidade. Não que tenha deixado cair de todo tal exigência de tipicidade, mas passou a situá-la no âmbito do princípio do Estado de direito vertido no art. 2.º da nossa Constituição. Bem distinta é a posição da jurisprudência constitucional alemã. Embora na consagração do princípio da legalidade o art. 103.º, n.º 2, da Lei Fundamental alemã não contenha qualquer referência ao direito contra-ordenacional, sendo clara e directa, antes sim, a sua conexão com o direito penal, nunca o *Bundesverfassungsgericht* colocou objecções ou limites ao seu funcionamento na esfera das contra-ordenações. Bem pelo contrário, a sua tendência, acompanhada pela doutrina³⁰⁰⁴, foi sempre a de englobar o direito das contra-ordenações no seu

³⁰⁰³ Art. 103.º, n.º 2, da GG: “Um facto só pode ser penalmente punido se a punibilidade penal houver sido legalmente determinada antes de o facto ter sido praticado”.

³⁰⁰⁴ Cf. TIEDEMANN, “Verwaltungsstrafrecht und Rechtsstaat”, p. 289, GÖHLER / GÜRTLER, *16OWiG*, antes do § 1, n.º m. 10, e APPEL, Ivo, *Verfassung und Strafe*, p. 116 e ss. Como é frisado por MAUNZ / DÜRIG / SCHMID-ABMANN, *67GG*, Art. 103.º, II, n.º m. 179 e ss., naquela que é a doutrina maioritária, trata-se de uma aplicação directa do art. 103.º, n.º 2, ao direito contra-ordenacional, mediante integração do mesmo no seu âmbito de aplicação, e não de mera aplicação analógica.

âmbito de aplicação, estendendo-lhe os seus corolários de determinabilidade, de proibição de analogia e de proibição de retroactividade³⁰⁰⁵.

A jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal sobre o funcionamento do princípio da legalidade no espaço contra-ordenacional formou-se na década de 1970, tendo sido iniciada com uma tomada de posição no sentido de que aquele art. 103.º, n.º 2, da *Grundgesetz*, compreenderia uma *exigência de determinabilidade* abrangente tanto das prescrições penais, como das contra-ordenacionais, assim impondo num caso e no outro que o cidadão fique em condições de saber o que lhe é proibido e que sanções o aguardam no caso de violar essa proibição³⁰⁰⁶. Isto porque o princípio da legalidade plasmado naquele preceito não procura dirigir-se somente às penas criminais, mas pretende valer também para as medidas estaduais que englobem uma reacção pública reprovadora de um comportamento culposos e como tal representem um mal infligido como resposta a um comportamento ilegal, o que, naturalmente, cobre as sanções contra-ordenacionais³⁰⁰⁷. Nestes termos, voltou o Tribunal a sublinhar alguns anos mais tarde, referindo-se de novo ao art. 103.º, n.º 2, da Constituição Federal, “a exigência de determinabilidade legal obriga o legislador a delinear os pressupostos típicos de uma *prescrição contra-ordenacional* com uma precisão tal que o alcance e o âmbito de aplicação do tipo sejam perceptíveis e apreensíveis mediante interpretação”³⁰⁰⁸.

A imposição de tipicidade decorrente do princípio da legalidade encontra-se, como é evidente, acompanhada de uma proibição de analogia *in malam partem*, também ela beneficiária no direito das contra-ordenações da tutela constitucional daquele art. 103.º, n.º 2. Isso que começou por ficar claro com o Ac. de 08-07-1976 – “o art. 103.º, n.º 2, da GG também proíbe a fundamentação da responsabilidade penal – aqui, portanto, a fundamentação da responsabilidade contra-ordenacional – através da analogia” – foi mais tarde detidamente explicitado pelo Tribunal a propósito de uma condenação contra-ordenacional de um membro de uma mesa eleitoral que, no exercício da sua função, exibia uma placa com a mensagem “Energia nuclear? Não, obrigado!”³⁰⁰⁹. Condenação que, na perspectiva do Tribunal, foi ditada por via de

³⁰⁰⁵ No sentido da proibição da aplicação retroactiva da lei contra-ordenacional como expressão do art. 103.º, n.º 2, da Constituição Federal, cf. o Ac. de 29-11-1989, *in: NJW*, 1990, p. 1103 e s. (*in: BVerfGE* 81, 132).

³⁰⁰⁶ Ac. de 04-02-1975, *BVerfGE* 38, 348, p. 371.

³⁰⁰⁷ Ac. de 08-07-1976, *BVerfGE* 42, 261, p. 262 e s.

³⁰⁰⁸ Ac. de 22-10-1980, *BVerfGE* 55, 144, p. 152, it. nosso.

³⁰⁰⁹ Ac. de 23-10-1985, *BVerfGE* 71, 108.

procedimento analógico adoptado pelo tribunal recorrido e como tal incorreu em violação do art. 103.º, n.º 2, da Lei Fundamental. Reiterando que “este direito fundamental vale também para os tipos contra-ordenacionais”³⁰¹⁰, o *Bundesverfassungsgericht* transpôs para o campo das contra-ordenações a sua concepção em matéria de proibição de analogia antes desenvolvida em sede penal³⁰¹¹. Neste sentido, considerou o Tribunal que a exigência de determinabilidade ínsita no art. 103.º, n.º 2, da Constituição alemã, serve uma dupla finalidade, *i*) assegurar a protecção que no Estado de direito é devida aos destinatários das normas, que deverão poder prever qual o comportamento cuja prática se encontra proibida sob ameaça de pena ou de coima, e *ii*) concomitantemente, garantir que é o *legislador* quem efectivamente decide os pressupostos da responsabilidade penal ou contra-ordenacional³⁰¹². Vista à luz desta segunda finalidade, a exigência de determinabilidade *legal* veda ao aplicador uma responsabilização com base na analogia. Deste modo, tanto no direito penal, como no direito contra-ordenacional o art. 103.º, n.º 2, da Constituição, assume-se como uma intransponível barreira jurídico-constitucional por força da qual é excluída toda a aplicação do direito que vá para além do conteúdo de uma norma legal sancionatória. Os limites da interpretação dentro da qual o aplicador se pode livremente mover são portanto formados pelo texto da lei, estando a interpretação circunscrita aos possíveis sentidos literais dele resultantes, pois, sendo respeitada a exigência de determinabilidade, são esses também os sentidos com que, do seu lado, o cidadão poderá contar. Tudo o que vale igualmente para o direito contra-ordenacional, no âmbito do qual, à semelhança do que sucede no domínio penal, o aplicador está proibido de rectificar ou corrigir, mediante procedimento analógico, a decisão legislativa: “o legislador deve decidir se e em que medida quer defender um determinado bem jurídico, cuja protecção se lhe afigure fundamental (e necessária), através do direito penal ou do direito contra-ordenacional (...) e o juiz está proibido de corrigir essa sua decisão”³⁰¹³.

³⁰¹⁰ *BVerfGE* 71, 108, p. 114.

³⁰¹¹ Sobre esta concepção, APPEL, Ivo, *Verfassung und Strafe*, p. 116 e ss., ROXIN, ⁴*AT*, § 5, n.º m. 33 e ss., e FISCHER, ⁵⁸*StGB*, § 1, n.º m. 10

³⁰¹² Nesta direcção, na doutrina constitucional alemã, MAUNZ / DÜRIG / SCHMID-ABMANN, ⁶⁷*GG*, Art. 103, II, n.º m. 179 e ss., referindo-se a uma *dupla função* do art. 103.º, n.º 2, da GG: uma função de garantia da liberdade e uma função de salvaguarda de competência.

³⁰¹³ Ac. de 23-10-1985, *BVerfGE* 71, 108, p. 115 e s. Na direcção desta concepção sufragada pelo *Bundesverfassungsgericht* quanto à questão da analogia em matéria penal, na doutrina portuguesa DIAS, Figueiredo, ²*DP-PG*, I, 8.º Cap., § 19 e ss.; e em linha substancial e metodologicamente oposta, NEVES, A.

5. Com a contraposição entre as jurisprudências constitucionais portuguesa e alemã podemos perceber quão temerárias podem ser posições tão assertivas como aquelas com que o Ac. n.º 85/2012 do nosso Tribunal Constitucional nos surpreendeu. Dizer que é “bem certo que a exigência de determinabilidade do tipo predominante no direito criminal não opera no domínio contra-ordenacional” não faz justiça nem às lições colhidas do direito comparado e nem mesmo até à história da jurisprudência constitucional portuguesa neste domínio. O *tournant*, iniciado há cerca de uma década e encerrado com o Ac. n.º 85/2012, consubstanciado numa recusa de aplicação ao direito contra-ordenacional do princípio constitucional da legalidade criminal radica essencialmente num equívoco, o de entender que é essa a consequência inevitável da adopção de um critério qualitativo para distinção entre crimes e contra-ordenações. É através do acentuamento desta tónica que o Tribunal Constitucional português vem progressivamente afastando ou restringindo o funcionamento de um largo conjunto de princípios constitucionais de natureza substantiva e processual no direito contra-ordenacional, incluindo os princípios da legalidade e da culpa. O que a nossa análise todavia revela é que, desde logo no que respeita ao princípio da legalidade criminal, não tem de ser necessariamente assim.

Ainda que, contra a nossa posição de fundo nesta matéria, se pretenda alinhar com uma tendência de dissociação material entre o conteúdo do ilícito e das sanções penais e contra-ordenacionais de vezo ético-social tal não tem de significar o repúdio desse princípio no âmbito das contra-ordenações. Uma condenação ditada pelo Estado, em regra acompanhada da aplicação de uma sanção típicas da intervenção do Estado através do seu braço sancionatório do direito de mera ordenação social, mesmo que desprovidas da carga ética que se usa adscrever à intervenção penal, revestem-se de um peso e de um significado negativos para a esfera pessoal do visado por si só suficientes para justificar que essa acção punitiva seja rodeada e condicionada pelo *núcleo essencial* das garantias instituídas pelo princípio constitucional da legalidade. É essa, como vimos, a posição ainda hoje sustentada pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, não obstante a sua inclinação para uma diferenciação mista *qualitativa-quantitativa* entre crimes e contra-ordenações; e foi essa igualmente a orientação do

Tribunal Constitucional português durante um longo período, convivendo pacificamente com uma constante posição de fundo a favor de uma cerrada distinção qualitativa de feição ético-social.

Se há boas e bem ponderosas razões a favor da valia jurídico-constitucional desse princípio no campo contra-ordenacional, ademais perfeitamente compatível com a tese qualitativa que o nosso Tribunal Constitucional continua a abraçar, há igualmente, de outra banda, motivos para encarar com a maior reserva esta actual propensão do Tribunal para lhes negar relevo constitucional nesse domínio.

6. A negação de significado constitucional no seio das contra-ordenações ao *princípio da legalidade criminal* previsto no art. 29.º da Constituição é contrabalançada pelo Tribunal Constitucional com a invocação e aplicação dos *princípios da segurança jurídica* e da *protecção da confiança* que emanam do *princípio geral do Estado de direito* imposto pelo art. 2.º da Constituição³⁰¹⁴.

Não custa reconhecer que nos casos de desconformidade constitucional mais ostensiva esta via alternativa do princípio do Estado de direito permitirá chegar a resultados sobre a constitucionalidade de previsões típicas e de sanções contra-ordenacionais idênticos àqueles que se atingiriam mediante directa mobilização do princípio da legalidade. O Ac. n.º 397/2012 está aí para demonstrá-lo. Questão é saber, no entanto, se mesmo assim não fará mais sentido contar com uma directa e imediata aplicação do princípio da legalidade. Também no domínio criminal, por maioria de razão, os resultados por certo não difeririam sensivelmente se para avaliar a admissibilidade constitucional de prescrições penais, sob o ponto de vista da determinabilidade, da retroactividade ou da analogia, se lançasse mão do princípio do Estado de direito em vez do princípio da legalidade criminal. E todavia, como é evidente, no actual quadro do Estado de direito material nunca ninguém considerou que o princípio da legalidade criminal seria por isso descartável. Sempre se sublinhou, isso sim, que a abolição do princípio da legalidade constituiu uma das provas mais marcantes de uma irremissível negação do Direito e de qualquer ideia de Estado de direito material em regimes totalitários como o nacional-socialista alemão ou o da

³⁰¹⁴ Acs. do TC n.º 41/2004 e 397/2012.

ditadura soviética³⁰¹⁵. Vale isto por dizer que a particularidade do direito penal como direito sancionatório por excelência justifica uma autónoma condensação num específico princípio-garantia de um rigoroso e estrito conjunto de notas que são já iminentes e indissociáveis do princípio do Estado de direito. O princípio da legalidade criminal é uma emanção do princípio Estado de direito³⁰¹⁶, só que, ainda que a ele se deva manter ligado por firmes e inquebrantáveis amarras, tem vida própria e é digno de um estatuto constitucional especial.

Temos para nós que, *no seu núcleo irreduzível*, as razões que no domínio criminal fundamentam esta autonomia do princípio da legalidade valem para justificar a sua aplicabilidade ao direito contra-ordenacional. Além disso, a favor dessa aplicabilidade há ainda que levar em linha de consideração a fragilização da posição do cidadão perante o poder punitivo contra-ordenacional do Estado a que pode conduzir a sujeição do direito de mera ordenação social apenas às garantias genéricas de um princípio estruturante³⁰¹⁷ com uma amplitude tão lata e com um conteúdo tão fluído³⁰¹⁸ como é o princípio do Estado de direito, como agora pretende o Tribunal Constitucional.

Para nos darmos conta deste risco de fragilização basta comparar o modo como, à luz das doutrinas penal e constitucional e da prática jurisprudencial do Tribunal Constitucional, devem ser operados o princípio da legalidade criminal e o princípio do Estado de direito, este sob as vestes de princípio da segurança jurídica e de princípio da confiança. Nesse exercício, quando nos viramos para o segundo deparamo-nos com um grau de complexidade bem superior ao corrente no âmbito do princípio da legalidade, dada a frequente necessidade de o juízo de ponderação da constitucionalidade nele envolvido dever atender a interesses juridicamente válidos que conflituam com a posição de quem se pretende fazer valer da protecção conferida pelos princípios da segurança jurídica e da confiança. É aqui que, a nosso ver, reside o maior perigo de se deslocar o sancionamento contra-ordenacional da tutela do princípio da legalidade para a do princípio do Estado de direito, ao torná-lo vulnerável, por mor desse jogo de

³⁰¹⁵ BRITO, Sousa e, “A lei penal na Constituição”, p. 208 e ss., DIAS, Figueiredo, ²DP-PG, I, 8.º Cap., § 2, e STRATENWERTH / KUHLEN, ⁶AT, § 3, n.º m. 5.

³⁰¹⁶ Assim, em termos concludentes, BRITO, Sousa e, “A lei penal na Constituição”, p. 214 e ss.

³⁰¹⁷ Sobre esta acepção do princípio do Estado de direito como *princípio estruturante* da ordem constitucional portuguesa, CANOTILHO, Gomes, ⁷Direito Constitucional, p. 1173 e ss., e NOVAIS, Jorge Reis, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes*, p. 49 e ss.

³⁰¹⁸ Cf. CANOTILHO, Gomes / MOREIRA, Vital, ⁴CRP, I, p. 206 e s.

conciliação de interesses contrastantes, a uma fundamentação da responsabilidade baseada em lei que *não seja certa, estrita ou prévia*.

6.1 O risco maior divisamo-lo não na vertente da tipicidade da lei, mas na da proibição da retroactividade. A exigência de determinabilidade é em geral alheia a essa questão de conflito de interesses e poderia ser salvaguardada mediante uma aplicação do princípio do Estado de direito que tome em devida linha de conta a natureza sancionatória, e como tal eminentemente restritiva de direitos, que é própria do direito contra-ordenacional.

No enquadramento de Gomes Canotilho, ao princípio do Estado de direito é inerente um princípio geral de segurança jurídica e de protecção da confiança que se manifesta, além do mais, em um *princípio da precisão ou determinabilidade das normas jurídicas*³⁰¹⁹, o qual postula “a conformação material e formal dos actos normativos em termos linguisticamente claros, compreensíveis e não contraditórios”³⁰²⁰. É, assim, antes de mais em função das necessidades de *segurança jurídica* e de *tutela da confiança* decorrentes da ideia do Estado de direito que todos os actos normativos – e tratando-se de normas restritivas com redobrada intensidade – devem ser precisos, claros e suficientemente determinados, “uma vez que o cidadão só pode conformar autonomamente os planos de vida se souber com o que pode contar, qual a margem de acção que lhe está garantida, o que pode legitimamente esperar das eventuais intervenções do Estado na sua esfera pessoal”³⁰²¹. A esta protecção da confiança ligam-se ainda como funções da exigência da determinabilidade das normas a salvaguarda do princípio democrático e da separação de poderes, bem como a do princípio da proibição do excesso, já que “uma lei restritiva vaga, imprecisa ou demasiado abrangente, para além de restringir actividades que não merecem a protecção constitucional conferida pelos direitos fundamentais, pode, também, afectar o exercício de actividades constitucionalmente comprometidas”³⁰²². Postas as coisas nestes termos e sendo, nomeadamente, dado o relevo devido à dimensão restritiva das normas do direito de

³⁰¹⁹ CANOTILHO, Gomes, *7Direito Constitucional*, p. 256 e ss.; e ainda, na doutrina constitucional alemã, EPPING / HILLGRUBER / HÜSTER / RUX, *15GG*, art. 20, n.º m. 168 e ss.

³⁰²⁰ CANOTILHO, Gomes, *7Direito Constitucional*, p. 258.

³⁰²¹ NOVAIS, Jorge Reis, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes*, p. 191.

³⁰²² NOVAIS, Jorge Reis, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes*, p. 195. Ainda nesta direcção, associando já o princípio da legalidade criminal, fundamentado no princípio do Estado de direito, ao princípio da proibição do excesso, BRITO, Sousa e, “A lei penal na Constituição”, p. 214 e ss.

mera ordenação social não haverá provavelmente variações sensíveis na avaliação da exigência de determinabilidade dos tipos e das sanções contra-ordenacionais consoante o crivo seja o dos princípios da segurança jurídica e da confiança ínsitos no princípio do Estado de direito ou o do princípio da legalidade criminal. Equivalência que é tanto mais provável quanto o rigor deste último é, como é natural e desejável, as mais das vezes amortecido quando mobilizado no âmbito contra-ordenacional.

6.2 Sensivelmente diferente nos parece o risco de envolver o princípio do Estado de direito em vez do princípio da legalidade quando esteja em causa já não uma questão de precisão normativa mas de *retroactividade*. Não queremos com isto dizer que com a actual jurisprudência constitucional resulte comprometida, numa perspectiva de constitucionalidade, a proibição de punição contra-ordenacional desprovida de lei prévia. Tal possibilidade foi ainda em data recente clara e terminantemente arredada pelo próprio Tribunal Constitucional, ao frisar, no Ac. n.º 490/2009, que “constituiria uma violação da confiança legítima que as pessoas devem depositar na ordem jurídica a punição como contra-ordenação de comportamentos ocorridos anteriormente à sua tipificação legal. Ninguém pode agir em conformidade ou de acordo com o direito se este não for atempadamente cognoscível, pelo que uma punição daqueles comportamentos constituiria um abuso intolerável do Estado”.

O perigo está, quanto a nós, na brecha que o afastamento do princípio da legalidade pode abrir no tratamento das questões de retroactividade da lei contra-ordenacional. É que, ao serem remetidas para o âmbito mais geral da problemática da compatibilização da retroactividade com a protecção da segurança jurídica e da confiança, essas questões arriscam perder uma característica fundamental conatural ao princípio da legalidade criminal, a de *princípio-garantia*³⁰²³ que repele qualquer tentativa de solução compromissória com interesses socialmente relevantes cuja tutela não haja sido assegurada por lei prévia. Ao contrário daquela que é a tendência no domínio geral do princípio da confiança como corolário do Estado de direito, o princípio da legalidade não consente qualquer sopesamento entre os direitos do

³⁰²³ CANOTILHO, Gomes, ⁷*Direito Constitucional*, p. 1167, CANOTILHO, Gomes / MOREIRA, Vital, ⁴*CRP*, I, p. 311 e s., e ainda, integrando-o na categoria que denomina de *direitos-garantia*, ANDRADE, Vieira de, ⁵*Os Direitos Fundamentais*, p. 114 e s. Na doutrina penal, aludindo ao tipo-de-garantia jurídico-constitucionalmente postulado pelo princípio da legalidade no quadro do Estado de direito e associando-lhe “na doutrina do crime um momento «inicial» de pura subsunção formal”, DIAS, Jorge de Figueiredo, “Direito penal e Estado-de-Direito material”, p. 40 e s.

indivíduo potencialmente visado pelo efeito de uma lei penal retroactiva e os interesses comunitários na prevenção do tipo de comportamento entretanto tido como tão comunitariamente desvalioso que justifica uma perseguição criminal. E é por isso que, como afirma Figueiredo Dias, “esquecimentos, lacunas, deficiências de regulamentação ou de redacção funcionam por isso sempre contra o legislador e a favor da liberdade, por mais evidente que se revele ter sido intenção daquele (ou constituir finalidade da norma) abranger na punibilidade também certos outros comportamentos”³⁰²⁴. Esta dimensão do princípio da legalidade como princípio-garantia avesso a soluções de transacção é exemplarmente assumida pelo Tribunal Constitucional no contexto criminal quando o considera como um daqueles princípios penais carregados de sentido axiológico por se apresentarem como “a mais categórica afirmação de que, para o Direito, a liberdade pessoal tem sempre um especial valor mesmo em face das prementes exigências comunitárias que justificam o poder punitivo”, concluindo, neste seguimento, que “o facto de o princípio da legalidade exigir que num momento inicial do processo de aplicação se abstraia de qualquer fim ou valor decorre de uma opção «axiológica» de fundo que é a de, nas situações legalmente imprevisas colocar a liberdade dos cidadãos acima das exigências do poder punitivo”³⁰²⁵.

É este primeiro e decisivo momento de solitária integração dos factos na lei penal vigente ao tempo da sua prática, abstraído de quaisquer conveniências sociais supervenientemente surgidas, que o Tribunal Constitucional tão bem segrega, que fica em xeque no domínio das contra-ordenações quando deixa de se lhe aplicar o princípio constitucional da legalidade criminal e a retroactividade da lei contra-ordenacional passa a ser apreciada no quadro da segurança jurídica e da confiança como princípios integrantes do princípio estruturante do Estado de direito plasmado no art. 2.º da Constituição. Pois neste novo quadro aquilo que a *praxis* do nosso Tribunal Constitucional revela é uma avaliação da constitucionalidade das soluções normativas com eficácia retroactiva penetrada por uma *lógica de composição de interesses*. Em questões como as da retroactividade tributária, antes da sua expressa proibição constitucional na revisão de 1997 da Lei Fundamental³⁰²⁶, ou da diminuição do

³⁰²⁴ DIAS, Figueiredo, ²DP-PG, I, 8.º Cap., § 6.

³⁰²⁵ Ac. do TC n.º 183/2008 (5.).

³⁰²⁶ Sobre o sentido da retroactividade fiscal a que se refere o art. 103.º-3 da CRP, cf., por outros, o Ac. do TC n.º 399/2010.

vencimento de funcionários públicos³⁰²⁷ o método de há muito adoptado pelo Tribunal é o de sopesar o interesse individual que até aí beneficiava de expectativas de intangibilidade com o interesse público a cuja prossecução está vinculado o sacrifício daquele. A braços com uma legislação fiscal retroactiva e embora proclamando que “o Estado não deve agir de forma a trair a confiança dos cidadãos”, logo no Ac. n.º 11/83 o Tribunal Constitucional frisou que “a protecção destes direitos e expectativas não pode, porém, deixar de levar em conta a dimensão de justiça social que o Estado de direito hoje comporta”. Ideia mais tarde corroborada, com mais ênfase ainda, pelo Ac. n.º 67/91: “este dever de proteger a confiança dos cidadãos não pode, de todo em todo, ser garantido de forma absoluta. Por vezes, deverá ceder face a exigências de carácter social, com vista à realização de outros interesses genéricos que àqueles se devem sobrepor”. Assim, na súmula do recente Ac. n.º 396/2011, uma vez reconhecida uma situação de confiança digna de tutela “há que proceder a um balanceamento ou ponderação entre os interesses particulares desfavoravelmente afectados pela alteração do quadro normativo que os regula e o interesse público que justifica essa alteração”³⁰²⁸.

Sendo a problemática da *retroactividade da lei contra-ordenacional* reconduzida à esfera applicativa geral do princípio do Estado de direito poderá ela então ficar submetida a este procedimento metodológico de concordância de interesses. Não parece sequer evidente que tal risco possa ser imediatamente obviado mediante invocação da proibição geral de eficácia retroactiva de normas restritivas de direitos, liberdades e garantias contida no n.º 3 do art. 18.º da Constituição³⁰²⁹, na medida em que, como referimos anteriormente, num lugar paralelo da produção normativa, nomeadamente, da reserva relativa de competência legislativa da Assembleia da República, nunca foi entendimento da doutrina e da jurisprudência que a legiferação contra-ordenacional relevaria em geral como norma em matéria de direitos, liberdades e garantias (art. 165.º-1, b), da Constituição).

Ao ser feita ingressar num juízo de ponderação de interesses a retroactividade *in malam partem* da lei contra-ordenacional dificilmente deixaria de beneficiar da

³⁰²⁷ V. g., os Acs. do TC n.º 303/90 e n.º 396/2011.

³⁰²⁸ Convergindo com a perspectiva exposta em texto, NOVAIS, Jorge Reis, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes*, p. 270: “para o Tribunal Constitucional (...) o teste da protecção da confiança é um verdadeiro teste de ponderação de bens em que de um dos lados da balança se coloca o peso específico que apresentam as expectativas dos particulares e, do outro, a importância do interesse público prosseguido a que acresce o peso reconhecido ao princípio da liberdade constitutiva do legislador”.

³⁰²⁹ Cf. CANOTILHO, Gomes, *Direito Constitucional*, p. 456 e s.

salvaguarda desde a primeira hora levantada pelo Tribunal Constitucional em matéria de retroactividade fiscal, a chamada “retroactividade intolerável, que afecte de forma inadmissível e arbitrária os direitos e expectativas legitimamente fundados dos cidadãos”³⁰³⁰. Porém, a própria intolerabilidade da retroactividade não é avaliada e afirmada *per se*, mas sempre em função dos interesses contrapostos³⁰³¹. Isto é, mesmo para aferir a inadmissibilidade da defraudação da confiança do cidadão, o peso e a firmeza das legítimas expectativas adquiridas não é, em regra, por si só suficiente para tarimbar uma certa retroactividade normativa como inadmissível. Donde, sempre ficaria em aberto a possibilidade – remota, mas nem por isso menos intolerável – de a confiança do indivíduo na irrelevância contra-ordenacional do seu comportamento ser sacrificada em prol de momentosos e ingentes interesses sociais.

7. A situação pantanosa a que o direito contra-ordenacional fica exposto a partir do momento em que da sua tutela constitucional é expulso o princípio da legalidade criminal revela que há um preço de insegurança a pagar por essa supressão. A história da nossa jurisprudência constitucional revela, em todo o caso, que os receios que manifestámos são mais da ordem do hipotético do que do real. Não temos dúvidas de que perante uma pura e dura aplicação retroactiva de uma norma legal fundamentadora ou agravadora de responsabilidade contra-ordenacional o nosso Tribunal Constitucional se inclinaria, sem quaisquer reservas, para a inconstitucionalidade³⁰³². E provavelmente nem sequer se enredaria na teia de um juízo de ponderação de interesses implicado pela sua jurisprudência geral em matéria de retroactividade *vs.* princípio da confiança. O caminho mais óbvio e, esse sim, imposto por uma consideração material do princípio do Estado de direito seria o de apelar a uma imediata e incondicionada proibição de retroactividade, independentemente portanto de quaisquer outros interesses envolvidos.

³⁰³⁰ Ac. do TC n.º 83/11.

³⁰³¹ Tal resulta muito claramente do procedimento seguido no Ac. do TC n.º 67/91: “Assim, não tendo a Constituição erigido, directamente, em princípio constitucional a proibição da retroactividade das leis tributárias, esta retroactividade não pode, liminarmente, excluir-se, a menos que se esteja perante uma «retroactividade *intolerável*, que afecte de forma *inadmissível e arbitrária* os direitos e expectativas legitimamente fundados dos cidadãos contribuintes» (Acórdão n.º 11/83, *ibidem*, p. 3626). Ora, não é o que acontece no caso do imposto am causa. De facto, já no Acórdão n.º 11/83 se reconheceu que no caso em apreço «[...] trata-se de um imposto que visa atalhar uma situação excepcional de défice, ocorrendo numa conjuntura económico-financeira de crise e reclamando medidas urgentes e imediatas para a sua contenção» (*ibidem*, p. 3628). Tanto bastará para se concluir que inexistente violação do princípio constitucional do Estado de direito democrático pela criação do presente imposto extraordinário com efeitos retroactivos”.

³⁰³² Basta aqui recordar, pela sua directa incidência neste domínio, o já mencionado Ac. do TC n.º 490/2009.

Na substância das coisas, tal equivaleria, no entanto, a uma aplicação não do princípio da salvaguarda da confiança, mas sim do princípio da legalidade criminal³⁰³³. Com efeito, é mediante este princípio e não através daquele que no amplo espectro do princípio estruturante do Estado de direito será de fundamentar uma estrita proibição de retroactividade totalmente imune a eventuais balanceamentos de interesses. Tudo o que aconselha a que se assuma explicitamente a aplicação do princípio da legalidade quando é, de facto, o princípio da legalidade que se está a aplicar e não, pese embora o que se diz, um qualquer outro seu (reductor) sucedâneo, como nos parece ter sucedido nos Acs. do Tribunal Constitucional n.º 41/2004 e n.º 397/2012.

Desta sorte, só por puros e, pese a redundância, materialmente injustificados, formalismos, como o argumento de que não há no art. 29.º da Constituição nenhum preceito equivalente ao do n.º 10 do art. 32.º, poderá continuar a sustentar-se a inaplicabilidade do princípio da legalidade criminal vertido naquele art. 29.º ao direito de mera ordenação social. A realidade é que, como quer que se conceba a natureza da contra-ordenação e da sanção contra-ordenacional por contraste com a essência do crime e da pena, a *ratio* do princípio da legalidade como garantia de protecção do cidadão contra exercícios inesperados, arbitrários, discricionários ou persecutórios do poder punitivo estadual vale por inteiro também em face do poder sancionatório contra-ordenacional. Como tal, o núcleo essencial desse princípio deve ser-lhe aplicado, seja mediante directa integração do direito contra-ordenacional na hipótese das normas do n.ºs 1, 3 e 4 do art. 29.º da Constituição, como sucede na Alemanha, seja por aplicação analógica, como antes sustentava o nosso Tribunal Constitucional e continua a ser defendido por Gomes Canotilho e Vital Moreira³⁰³⁴. Nesta ordem de ideias, o núcleo essencial dos corolários da lei certa, estrita e prévia próprios do princípio constitucional da legalidade criminal deve cobrar aplicação no direito contra-ordenacional.

³⁰³³ Tratando do problema da retroactividade fiscal, assume aqui especial interesse, pela sua clara afinidade com matéria de que nos ocupamos, o Ac. do TC n.º 128/2009, que estabeleceu como nota distintiva fundamental entre o princípio da protecção da confiança e o princípio da irretroactividade da lei fiscal, consagrado de modo expresso no n.º 3 do art. 103.º da Constituição, precisamente a desnecessidade neste de ser levado a cabo que exercício de ponderação de interesses: “Ao textualizar a proibição de normas fiscais retroactivas, a Constituição conferiu uma especial *corporização* ao princípio, *corporização* essa que se traduz na *necessária ausência de ponderações sempre que ocorram casos* [de leis tributárias] *que sejam retroactivas em sentido próprio ou autêntico*. Nesses casos (...) não há lugar a ponderações: a norma retroactiva é, por força do n.º 3 do artigo 103º, inconstitucional”. Não deixa, aliás, de ser paradoxal considerar-se que o princípio da legalidade criminal é desprovido de relevância constitucional no âmbito contra-ordenacional, que, como é sabido, tem larga expressão no domínio tributário, quando a própria Constituição atribui dignidade constitucional a princípios como o da legalidade fiscal (art. 103.º-2 da CRP) e o da proibição da retroactividade da lei fiscal (art. 103.º-3 da CRP).

³⁰³⁴ CANOTILHO, Gomes / MOREIRA, Vital, ⁴CRP, I, p. 498.

Como temos referido, se nos parece certa a validade da exigência constitucional do *nullum crimen nulla pœna sine lege* no âmbito contra-ordenacional, não pode, em todo o caso, ser este postulado ser levado à conta de uma sugestão no sentido de uma sua rígida materialização nos mesmos exactos termos que se reclamam para a lei penal. Se nem no próprio seio do direito penal será de excluir a possibilidade de existência de graus de exigência diferentes consoante o tipo de crimes e de sanções em apreço³⁰³⁵, muito estranho seria que o funcionamento contra-ordenacional do princípio da legalidade não tomasse em consideração as próprias especificidades do direito das contra-ordenações.

O princípio da lei prévia a que está subordinada a responsabilização contra-ordenacional não deverá obstar à afirmação dessa responsabilidade no caso de facto praticado em momento em que a infracção era legalmente qualificada como crime e conhecido em momento em que o ilícito passou entretanto a deter estatuto legal contra-ordenacional, sendo então de aplicar não o art. 2.º do RGCO, mas sim o art. 2.º-4 (I) do CP, ainda que nenhuma disposição transitória procure acautelar a subsistência da punibilidade³⁰³⁶. As mais das vezes, a desgradação resultará não da falta de dignidade penal da conduta, mas de um juízo de desnecessidade de pena, caso em que será de afirmar uma relação de convergência material entre os tipos de responsabilidade que sucedem no tempo que tornaria incompreensível a perda de relevância jurídica do facto. E mesmo quando não seja possível divisar uma tal proximidade material, continua a conduta a deter relevo sancionatório para o direito penal em sentido amplo, pelo que a

³⁰³⁵ Pela aceitação, ainda que relativamente contida, de uma consideração diferenciada do princípio da legalidade consoante a pertença da norma ao *direito penal* de justiça ou ao *direito penal* secundário, DIAS, Figueiredo, “Para uma dogmática do direito penal secundário”, n.º 3719, p. 46 e ss.

³⁰³⁶ Nesta conclusão, e independentemente de um pensamento qualitativo de distinção entre crimes e contra-ordenações eventualmente adoptado, DIAS, Figueiredo, ²*DP-PG, I*, 8.º Cap., § 43, COSTA, Faria, ³*Fragmenta*, Cap. 2, § 43, PALMA, Maria Fernanda, “A aplicação da lei no tempo: a proibição da retroactividade *in pejus*”, p. 425 e s., MONTEIRO, Cristina Líbano, “O consumo de drogas na política e na técnica legislativas”, p. 82 e ss., VELOSO, José António, “Questões hermenêuticas...”, n.º 48, p. 44 e ss., e ainda, pela generalidade da doutrina e jurisprudência alemãs, SOMMER, Ulrich, *Das “mildeste Gesetz” im Sinne des Paragraphen 2 Abs. 3 StGB*, Koenigstein/Ts., Hanstein, 1979, p. 110 e ss., e ROXIN, ⁴*AT*, § 5, n.º m. 65.

Em direcção contrária, diferenciando em função da existência de um regime transitório que assegure a subsistência da punibilidade, CARVALHO, Taipa de, ³*Sucessão de Leis Penais*, cit., 2008, p. 150 e ss. (esp. p. 181 e ss.), com base num critério qualitativo de contraposição entre crimes e contra-ordenações incongruente com a sua actual posição de defesa de uma distinção mista qualitativa-quantitativa entre ambos (cf. supra, § 18., 2., esp. nota 1262), e MENDES, Oliveira / CABRAL, Santos, ³*RGCO*, p. 32 e s. Sustentando a pura e simples irrelevância jurídica do facto, na linha daquela que parece ser a tendência dominante na jurisprudência nacional, o Ac. do TRP de 12-12-2007.

subsistência da ilicitude³⁰³⁷ detém um significado material³⁰³⁸ de atenuação da responsabilidade penal, *hoc sensu*. Só esta solução faz justiça à situação e está de acordo com uma compreensão material e não formalista³⁰³⁹ do princípio da legalidade criminal, pois, como sublinha Figueiredo Dias, no caso de espécie “o que deve perguntar-se é se a protecção do cidadão perante o poder punitivo estadual e a tutela das suas expectativas, que conferem também razão de ser ao princípio da legalidade contra-ordenacional, são substancialmente postas em causa com uma eventual punição contra-ordenacional nestas circunstâncias. E a resposta parece não poder deixar de ser *negativa*, pois no momento da prática do facto não existiam razões para que o agente pudesse esperar ficar impune; acabando, isso sim, com a aplicação da sanção contra-ordenacional, por beneficiar de um regime que lhe é concretamente mais favorável”³⁰⁴⁰.

À semelhança da tendência da generalidade da doutrina³⁰⁴¹ e da jurisprudência constitucional, embora por razões distintas, parece-nos igualmente que a exigência de determinabilidade ínsita ao princípio da legalidade se encontra fortemente amortecida quanto à definição dos tipos e molduras legais contra-ordenacionais. A razão essencial para tal encontra-se, como avançámos já, na natureza não privativa da liberdade característica das sanções contra-ordenacionais. É sobretudo em função dela que, na perspectiva do corolário da lei certa do princípio da legalidade, poderá transigir-se com técnicas legislativas largamente disseminadas no domínio contra-ordenacional, em muitos casos sem que haja alternativas verdadeiramente válidas, de apelo a amplas cláusulas gerais, conceitos indeterminados, normas em branco, cisão entre a norma de proibição e a norma de sanção, *etc.*, com o limite, em todo o caso inultrapassável, da *efectiva possibilidade* pelos destinatários das normas de densificação do conteúdo do ilícito e de antecipação com um mínimo de precisão dos comportamentos típicos proibidos³⁰⁴².

³⁰³⁷ Cf. VELOSO, José António, “Questões hermenêuticas...”, n.º 48, p. 48 e ss.

³⁰³⁸ No sentido de que a questão “apela a uma compreensão valorativa da substituição de regimes, PALMA, Maria Fernanda, “A aplicação da lei no tempo: a proibição da retroactividade *in pejus*”, p. 425.

³⁰³⁹ Cf. VELOSO, José António, “Questões hermenêuticas...”, n.º 48, p. 46 e s.

³⁰⁴⁰ DIAS, Figueiredo, ²DP-PG, I, 8.º Cap., § 43.

³⁰⁴¹ Cf. as posições recenseadas por ALBUQUERQUE, Pinto de, RGCO, Art. 2.º, n.º m. 14.

³⁰⁴² A título de exemplo, dificilmente escaparão à violação da injunção de determinabilidade imposta pelo princípio da legalidade as normas remissivas constantes de várias leis sectoriais da regulação económica (v. g., art. 210.º, m), do RGICSF; e arts. 29.º, c) e 76.º, g), do Decreto-Lei n.º 144/2006, de 31/7, relativo à mediação de seguros) que conferem relevância contra-ordenacional em bloco à miríade de regras que as autoridades administrativas independentes respectivas editam através dos seus regulamentos – assim, a propósito daquelas disposições do Decreto-Lei n.º 144/2006, BRANDÃO, Nuno, “Questões contra-ordenacionais suscitadas pelo novo regime legal da mediação de seguros”, p. 88, com a concordância de

§ 38.2 Princípio da culpa

1. A irrestrita subordinação da responsabilidade contra-ordenacional ao *princípio jurídico-constitucional da culpa* constitui condição mínima de compatibilidade do direito das contra-ordenações, como ordenamento sancionatório que é, à ideia de Estado de direito material.

Na sua acepção jurídico-constitucional, o princípio da culpa visa condensar aquelas que são as mais elementares exigências de justiça, de segurança jurídica e de respeito pela dignidade das pessoas que o Estado deve observar quando se proponha punir alguém, como condição mesma para que possa arrogar-se o estatuto de Estado de direito democrático³⁰⁴³. É no direito penal que o princípio da culpa, enquanto princípio jurídico-constitucional, conhece a sua máxima expressividade e é nele que, atenta a sua condição de ordem sancionatória privativa da liberdade, com mais premência se faz sentir a necessidade da sua acção. Por isso, nada mais natural que o princípio da culpa tenha emergido na cena constitucional fundamentalmente em virtude do direito penal e com o propósito de limitar o exercício do poder punitivo penal do Estado. De há muito, porém, existe a consciência nítida de que a máxima civilizacional que se exprime no princípio da culpa cobra razão de ser ali onde quer que o Estado puna as pessoas³⁰⁴⁴. Com uma intensidade e um rigor distintos daqueles que são de exigir no domínio penal, por certo. E porventura até nem sempre partilhando todos os fundamentos em que se louva o princípio da culpa a que deve ser sujeita a responsabilidade penal, designadamente, a dignidade da pessoa humana (art. 1.º da Constituição)³⁰⁴⁵. Mas nas suas refacções mais básicas, justamente aquelas em que com maior acuidade se justifica o reforço de protecção garantido pela tutela constitucional, o princípio *jurídico-constitucional da culpa* deve valer para lá dos confins do direito penal, abrangendo todo o direito sancionatório público³⁰⁴⁶. Em suma, na expressão feliz em tempos avançada

ALBUQUERQUE, Pinto de, *RGCO*, Art. 2.º, n.º m. 18; e, ao que parece, em sentido contrário PINTO, Frederico Costa, “A tutela dos mercados de valores mobiliários...”, p. 303 e s.

³⁰⁴³ Cf. MIR PUIG, Santiago / GÓMEZ MARTÍN, Víctor, *Derecho Penal. Parte General*, 9.ª ed., Barcelona, Editorial Reppertor, 2011, p. 122 e ss.

³⁰⁴⁴ Cf. o Ac. do Tribunal Constitucional Federal alemão de 25-10-1966, *BVerfGE* 20, 323, a que voltaremos infra.

³⁰⁴⁵ BRITO, Sousa e, “A lei penal na Constituição”, p. 199 e s., e DIAS, Figueiredo, ²*DP-PG*, I, 4.º Cap., § 70.

³⁰⁴⁶ Na doutrina portuguesa, BELEZA, Teresa, ²*Direito Penal*, p. 152, COSTA, A. de Almeida, “A propósito do novo Código do Trabalho”, p. 1042 e ss., e DIAS, Figueiredo, ²*DP-PG*, I, 7.º Cap., § 15; e pela

pelo nosso Tribunal Constitucional, “o princípio constitucional de culpa tem a ver com a existência de punição e não com o ramo de direito em que se pune”³⁰⁴⁷.

Devendo ser este o horizonte de compreensão da ideia constitucional da culpa, não faz sentido reconduzir – o mesmo é dizer, reduzir – o princípio da culpa constitucionalmente relevante ao conceito de culpa jurídico-penal. De outro modo, conhecida a propensão doutrinal e jurisprudencial para consignar à culpa penal um conteúdo tanto quanto possível exclusivo, acabaria isso por levar a que, fora do espaço penal, o poder sancionatório estadual pudesse eventualmente exercer-se à margem da ideia da culpa. No fundo, dizer que a culpa valeria no direito contra-ordenacional, no direito disciplinar, no direito processual, *etc.*, mas só se aí assumisse o conteúdo que conhece no âmbito penal, seria tirar com uma mão aquilo que se fingiu querer dar com a outra, deixando as pessoas à mercê de exercícios punitivos desenvolvidos pelo Estado à margem do mínimo axiológico postulado pela culpa. Nada pois que se mostre compatível com uma “assunção da ideia da culpa – enquanto defesa última da Pessoa contra o arbítrio da lei, dos tribunais ou das administrações – como princípio fundamental de *todo* o direito sancionatório (penal, contra-ordenacional ou disciplinar), sendo nesta veste «de tudo ou nada» que deverá, inclusive, colocar-se a questão da sua consagração no plano jurídico-constitucional”³⁰⁴⁸.

Esta prevenção contra uma compreensão restritiva do princípio constitucional da culpa fundada na sua identificação com um certa dimensão da ideia de culpa penal é em boa parte motivada pela existência de uma recente tendência jurisprudencial nesse sentido, como infra veremos mais de espaço a propósito da evolução do pensamento do nosso Tribunal Constitucional acerca do princípio da culpa. O que esta corrente parece desconsiderar é o facto de a ideia de culpa conhecer no domínio penal uma projecção bem mais ampla do que aquela que tem directamente que ver com o conceito de culpa relevante no seio da doutrina do facto punível.

Como esclarece Santiago Mir Puig, “no seu sentido mais amplo o termo «culpa» contrapõe-se ao de «inocência»”³⁰⁴⁹, havendo por isso que distinguir entre um conceito de *culpa em sentido amplo*, como conjunto de pressupostos que permitem «culpar» alguém pelo facto que motiva a pena, e um conceito de *culpa em sentido estrito*,

generalidade da jurisprudência e doutrina alemãs, o referido Ac. do Tribunal Constitucional Federal alemão de 25-10-1966, *BVerfGE* 20, 323.

³⁰⁴⁷ Ac. do TC n.º 59/95 (16.).

³⁰⁴⁸ COSTA, A. de Almeida, “A propósito do novo Código do Trabalho”, p. 1043, nota. 10.

³⁰⁴⁹ MIR PUIG, Santiago / GÓMEZ MARTÍN, Víctor, ⁹*DP-PG*, p. 123.

composto apenas por aqueles pressupostos que se referem à possibilidade de imputar um facto ilícito ao seu autor³⁰⁵⁰. Ora, é sobretudo no quadro daquela ideia de culpa em sentido amplo que se jogam as cartadas de que decisivamente depende um exercício do *ius puniendi* compatível com a ideia de Estado de direito e com o respeito que é devido à dignidade pessoal de todos os cidadãos. Com efeito, é nessa acepção ampla da culpa que convergem as matrizes essenciais de um direito penal de um Estado democrático baseado na dignidade da pessoa humana, como direito sancionatório ao qual repugna a responsabilização de alguém por factos de outrem, a responsabilização não por aquilo que se faz mas por aquilo que se é e a responsabilização puramente objectiva. Sendo estas as dimensões basilares da ideia de culpa penal, são elas que, também, logo à cabeça, carecem de protecção constitucional. E precisamente porque visam exprimir e garantir aquilo que há de mais básico para que se possa aspirar à realização da Justiça e do Direito em qualquer manifestação de poder sancionatório exercido pelo Estado *têm* elas de valer, enquanto refrações do princípio da culpa beneficiárias de tutela jurídico-constitucional, não só no direito penal, como ainda igualmente no direito contra-ordenacional³⁰⁵¹.

1.1 Corolário básico do princípio da culpa é o *princípio da pessoalidade da responsabilidade penal*, de acordo com o qual ninguém pode ser penalmente responsabilizado por factos praticados por terceiros³⁰⁵². Desta máxima, que conhece expresso reconhecimento constitucional no art. 30.º-3 da Constituição, decorre para o Estado uma proibição de imputação a alguém de um facto cometido por outrem (*ex injuria terti*), bem como ainda uma proibição de transmissão para alguém da sanção penal aplicada a outrem. Deve assim o Estado considerar-se proibido de impor ou até mesmo de transigir com a possibilidade de o cumprimento da sanção aplicada ao

³⁰⁵⁰ MIR PUIG, Santiago / GÓMEZ MARTÍN, Víctor, ⁹DP-PG, p. 124.

³⁰⁵¹ Contra, todavia, negando a aplicabilidade do princípio jurídico-constitucional da culpa ao direito contra-ordenacional, DIAS, Figueiredo, “O movimento da descriminalização e o ilícito de mera ordenação social”, p. 331, numa rejeição que parece entretanto ter sido deixada cair (cf. DIAS, Figueiredo, ²DP-PG, I, 7.º Cap., § 15); e COSTA, Faria, “Les problèmes juridiques...”, p. 155 e ss., e *O Perigo em Direito Penal*, p. 447 e ss. Crítica da posição de Figueiredo Dias, BELEZA, Teresa, ²Direito Penal, p. 152.

³⁰⁵² Nesta direcção, concebendo a pessoalidade da responsabilidade penal como parte integrante do princípio da culpa, COSTA, A. de Almeida, “A propósito do novo Código do Trabalho”, p. 1042 e s., DIAS, Figueiredo, “Sobre a tutela jurídico-penal do ambiente...”, p. 391, WOLFF, Heinrich A., “Der Grundsatz «nulla poena sine culpa» als Verfassungsrechtssatz”, *AöR*, 1999, p. 59, MIR PUIG, Santiago / GÓMEZ MARTÍN, Víctor, ⁹DP-PG, p. 123 e ss., e ainda toda a numerosa doutrina recenseada supra a propósito da eventual violação do princípio da culpa envolvida na admissão da figura do delito cumulativo (supra, § 26., 3.). Na nossa jurisprudência constitucional, por último, o Ac. do TC n.º 297/2013.

responsável pelo facto ser realizado por um terceiro, antes de mais para protecção deste próprio terceiro.

Não se exclui que estas injunções que para o Estado decorrem do princípio da pessoalidade da responsabilidade penal possam, através de uma consideração da dimensão objectiva nele presente, servir igualmente interesses públicos ligados à necessidade de garantir “a eficácia político-criminal desta sanção na protecção de bens jurídicos constitucionalmente protegidos”³⁰⁵³. Resulta óbvio que o cumprimento da pena por terceiro que não o condenado frustra a proposição político-criminal fundamental de atribuição à pena de finalidades de protecção de bens jurídicos e de reintegração do agente na sociedade³⁰⁵⁴. Mas quando visto na sua dimensão subjectiva, como direito subjectivo fundamental inerente à garantia – integrada no catálogo dos direitos, liberdades e garantias fundamentais dos cidadãos constante da constituição penal material – de que “a responsabilidade penal é insusceptível de transmissão”, é através da ideia da culpa que o princípio da pessoalidade da responsabilidade penal se nutre do seu conteúdo essencial. Daí que embora imediatamente respaldados pelo princípio da pessoalidade da responsabilidade penal, é no princípio da culpa como direito-garantia fundamental do cidadão contra o Estado que, em última e decisiva instância, o direito a não ser responsabilizado por crimes alheios e o direito de não sofrer a aplicação ou a execução de penas referidas a crimes praticados por terceiros encontram o seu natural porto de abrigo.

Filiando-se a exigência da pessoalidade da responsabilidade penal directamente no princípio jurídico-constitucional da culpa, deve ela estender-se, enquanto princípio constitucional plasmado no art. 30.º-3 da Constituição, ao domínio contra-ordenacional³⁰⁵⁵. Da sua força irradiante resulta, além do mais, no plano da legislação contra-ordenacional ordinária, uma conformação de todo o regime legal relativo ao facto punível levada a cabo de acordo com a ideia fundamental de que a responsabilização por facto contra-ordenacional só pode fundar-se na imputação de um

³⁰⁵³ Declaração de voto da Cons. Maria João Antunes ao Ac. do TC n.º 297/2013.

³⁰⁵⁴ Cf. BRANDÃO, Nuno, “O regime sancionatório das pessoas colectivas na revisão do Código Penal”, p. 52.

³⁰⁵⁵ Cf. COSTA, A. de Almeida, “A propósito do novo Código do Trabalho”, p. 1042 e ss., BRANDÃO, Nuno, “Questões contra-ordenacionais suscitadas pelo novo regime legal da mediação de seguros”, p. 79 e ss., VIANA, João Matos, “A (in)constitucionalidade da responsabilidade subsidiária dos administradores e gerentes pelas coimas aplicadas à sociedade”, *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, 2009, p. 206 e s., e, na perspectiva do direito alemão, KUHLEN, “Umweltstrafrecht...”, p. 718, e “Rechtsgüter und neuartiger Deliktstypen”, p. 150. Contra, todavia, o Ac. do TC n.º 160/2004.

facto do próprio agente da contra-ordenação, uma definição da disciplina legal especificamente dirigida às sanções contra-ordenacionais em geral regida pelo princípio de que a aplicação e a execução da sanção só devem ser sofridas por quem cometeu a contra-ordenação para punição da qual tal sanção foi mobilizada e ainda, inclusive, a regra de que “a execução da coima e das sanções acessórias extingue-se com a morte do arguido” (art. 90.º-1 do RGCO)³⁰⁵⁶.

O princípio da culpa, na sua projecção de exigência de pessoalidade da responsabilidade (art. 30.º-3 da CRP), é porém frequentemente afrontado pela legislação contra-ordenacional em matéria de responsabilidade pelo pagamento das coimas, no que, aliás, está longe de constituir uma originalidade do direito contra-ordenacional, sendo inclusive prática corrente no âmbito penal, ao ponto de terem sido introduzidas no Código Penal distintas modalidades de responsabilidade por penas de multa aplicadas a pessoas colectivas postas a cargo de pessoas singulares que nelas tenham ocupado ou ocupem uma posição de liderança (art. 11.º, n.ºs 9 a 11)³⁰⁵⁷. Sejam quais forem as formas de que se revistam as várias previsões legais contra-ordenacionais neste sentido – desde a escancarada irrestrita responsabilidade solidária de administradores e até sócios de pessoas colectivas responsabilizadas por infracções contra-ordenacionais ambientais³⁰⁵⁸ à responsabilidade subsidiária, dissimulada sob a capa de uma aparente responsabilidade civil³⁰⁵⁹, pelo cumprimento de coimas aplicadas a entes colectivos fundadas na prática de contra-ordenações fiscais (art. 8.º-1 do RGIT)³⁰⁶⁰ – tratar-se-á aí sempre de uma autêntica transmissão de responsabilidade contra-ordenacional operada por via legal, que, além de poder afectar outros princípios constitucionais³⁰⁶¹, ofende o

³⁰⁵⁶ Para uma viva ilustração da questão da transmissibilidade “em herança” da responsabilidade por morte do agente da infracção, cf. novamente o *Ac. do TEDH A.P., M.P. e T.P. c. Suíça*, de 29-08-1997.

³⁰⁵⁷ Para uma apreciação crítica, BRANDÃO, Nuno, “O regime sancionatório das pessoas colectivas na revisão do Código Penal”, p. 50 e ss.

³⁰⁵⁸ Art. 11.º da LQCA: “Se o agente for pessoa colectiva ou equiparada, respondem pelo pagamento da coima, solidariamente com esta, os respectivos titulares do órgão máximo das pessoas colectivas públicas, sócios, administradores ou gerentes”.

³⁰⁵⁹ Cf. VIANA, João Matos, “A (in)constitucionalidade da responsabilidade subsidiária...”, p. 203 e ss., e o *Ac. do TC n.º 481/2010*.

³⁰⁶⁰ No sentido da inconstitucionalidade dos arts. 8.º-1 do RGIT e 7.º-A do RJIFNA, *Acs. do TC n.ºs 481/2010, 24/2011 e 26/2011*; contra, afirmando a compatibilidade constitucional, sobretudo na base do argumento de que se tratará não de transmissão de responsabilidade penal ou contra-ordenacional, mas de responsabilidade civil fundada em comportamentos que deram causa à incobrabilidade da coima, *Acs. do TC n.ºs 129/2009, 150/2009, 437/2011 e 561/2011*, estes dois últimos proferidos em plenário, para uniformização da jurisprudência do Tribunal.

³⁰⁶¹ COSTA, A. de Almeida, “A propósito do novo Código do Trabalho”, p. 1042 e ss., BRANDÃO, Nuno, “Questões contra-ordenacionais suscitadas pelo novo regime legal da mediação de seguros”, p. 79 e ss., o *Ac. do TC n.º 481/2010*; e em matéria penal, o *Ac. do TC n.º 1/2013*, que, incidindo sobre uma das

princípio jurídico-constitucional da culpa³⁰⁶², na sua vertente específica de exigência de pessoalidade da responsabilidade penal ditada pelo art. 30.º-3 da Constituição.

1.2 O princípio jurídico-constitucional da culpa projecta-se ainda sobre o direito contra-ordenacional positivado na legislação vigente através de uma inderrogável exigência de que a imputação de uma contra-ordenação leve sempre pressuposta a *censurabilidade do facto* (art. 1.º do RGCO), sob a forma de dolo ou de negligência (art. 8.º do RGCO), devendo a culpa ser excluída se o agente actuar sem consciência da ilicitude do facto e o erro lhe não for censurável (art. 9.º-1 do RGCO).

Seguindo o exemplo da OWiG alemã (§ 1: “*vorwerfbare Handlung*”), também aqui procurou o legislador marcar uma distância do direito contra-ordenacional em relação ao direito penal através do emprego de uma terminologia própria, referindo-se no seu art. 1.º não a um facto culposo ou praticado com culpa, mas a um *facto censurável*. Mas tal como sublinha a doutrina alemã em relação ao § 1 da OWiG³⁰⁶³, é uma exigência de actuação com culpa que vai contida no art. 1.º do RGCO, sendo por isso mesmo que o art. 9.º-1 do RGCO, numa formulação exactamente igual à do art. 17.º-1 do CP, determina que o erro não censurável sobre a ilicitude exclui a culpa (“Age sem culpa...”).

A inadmissibilidade legal da imputação de um facto contra-ordenacional desacompanhada da verificação de dolo ou de negligência – “*só é punível o facto praticado com dolo ou, nos casos previstos na lei, com negligência*” (art. 8.º-1 do RGCO) – representa uma manifestação da proscrição da responsabilidade objectiva³⁰⁶⁴ imposta pelo princípio jurídico-constitucional da culpa aplicável ao direito das contra-ordenações. Tal como no direito penal, também no direito de mera ordenação social vale aquela que é “tradicionalmente a expressão mais clara do princípio da culpa”³⁰⁶⁵,

dimensões normativas da regra prescrita pelo art. 8.º-7 do RGIT, concluiu existir violação do princípio *ne bis in idem*.

³⁰⁶² Nesta linha, COSTA, A. de Almeida, “A propósito do novo Código do Trabalho”, p. 1042 e ss., BRANDÃO, Nuno, “Questões contra-ordenacionais suscitadas pelo novo regime legal da mediação de seguros”, p. 79 e ss., VIANA, João Matos, “A (in)constitucionalidade da responsabilidade subsidiária...”, p. 208 e ss., e o Ac. do TC n.º 297/2013, versando embora sobre uma pena de multa e tendo novamente por objecto o n.º 7 do art. 8.º do RGIT.

³⁰⁶³ REBMANN / ROTH / HERRMANN, ³OWiG, § 1, n.º m. 45, e ³KK-ROGALL, § 1, n.º m. 8.

³⁰⁶⁴ Para uma consideração detida sobre a figura da responsabilidade objectiva, cf. COSTA, José de Faria, *Aspectos Fundamentais da Problemática da Responsabilidade Objectiva no Direito Penal Português* (Separata do BFDUC “Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Teixeira Ribeiro”), Coimbra, 1981, p. 3 e ss.

³⁰⁶⁵ MIR PUIG, Santiago / GÓMEZ MARTÍN, Víctor, ⁹DP-PG, p. 125.

traduzida na rejeição da possibilidade de a responsabilidade ser atribuída apenas com base na produção de um dano, independentemente de o facto praticado poder ou não manifestar-se como obra pessoal do agente.

Se à luz da lei vigente parece não haver espaço no nosso direito contra-ordenacional para a consagração de soluções normativas que possam dar lugar a formas de responsabilização contra-ordenacional objectiva, tal possibilidade pairou sobre o direito de mera ordenação social português enquanto vigorou o n.º 2 do art. 1.º do RGCO, revogado pela revisão de 1995 a que este diploma foi sujeito: “A lei determinará os casos em que uma contra-ordenação pode ser imputada independentemente do carácter censurável do facto”³⁰⁶⁶. Apesar de parecer representar uma abertura à previsão legal de contra-ordenações imputáveis independentemente de culpa³⁰⁶⁷, a verdade é que nunca o legislador português se fez valer daquela disposição para instituir eventuais infracções imputáveis através de uma responsabilização objectiva, o que parece ser indício de que a poderem existir necessidades político-criminais que justificassem tal espécie de responsabilidade, nunca foram elas consideradas pelo nosso legislador como de tal monta que se devessem sobrepor ao princípio da culpa. Porém, é no mínimo duvidoso que o extinto art. 1.º-2 do RGCO pretendesse mesmo viabilizar a introdução da responsabilidade objectiva no direito sancionatório português. Isso mesmo foi afirmado pela Comissão Constitucional, que considerou ser “duvidoso que se trate de uma pura responsabilidade objectiva, ainda que excepcional. Por um lado, porque se entende que «uma censura ou advertência, mesmo social, supõe também uma imputação subjectiva» no domínio contra-ordenacional. Por outro lado, porque talvez se possa entender que o legislador poderá ter querido ressaltar a futura estatuição de *presunções de negligência* para certos tipos de contra-ordenações, *presunções* essas que admitirão sempre prova em contrário”³⁰⁶⁸. E ainda recentemente esclareceu Figueiredo Dias que no seu ponto de vista não seria propósito do art. 1.º-2 do RGCO pôr em causa o princípio “segundo o qual a exigência de culpa constitui uma garantia em princípio válida para todo o domínio sancionatório”³⁰⁶⁹.

³⁰⁶⁶ O Decreto-Lei n.º 232/79 continha a mesma previsão, também no art. 1.º, n.º 2.

³⁰⁶⁷ No sentido de que o art. 1.º, n.º 2, do RGCO expressaria uma responsabilidade objectiva, COSTA, Faria, “Les problèmes juridiques...”, p. 155 e s., e *O Perigo em Direito Penal*, p. 447 e ss., esp. p. 463, nota 232.

³⁰⁶⁸ Parecer n.º 4/81 da Comissão Constitucional, *cit.*, p. 251.

³⁰⁶⁹ DIAS, Figueiredo, ²*DP-PG, I, 7.º Cap.*, § 15.

Em abono desta ideia depõe inclusive o alcance que desde sempre foi dado pela doutrina alemã ao preceito da OWiG que serviu de inspiração³⁰⁷⁰ ao legislador português para estipular que “a lei determinará os casos em que uma contra-ordenação pode ser imputada independentemente do carácter censurável do facto”, o § 1, II: “Uma conduta ameaçada com coima é uma conduta antijurídica que preenche o tipo de uma disposição legal no sentido previsto no número 1, mesmo quando seja cometida de modo não censurável”. Como bem sugere Almeida Costa, o antigo art. 1.º-2 da RGCO pode bem ter resultado “de um mal-entendido acerca do significado do § 1, II, da Lei das Contra-Ordenações alemã (...), que o legislador português pretendia seguir de perto”³⁰⁷¹. É que, na verdade, nunca a *definição legal* de “conduta ameaçada com coima” foi levada à conta de uma possibilidade de consagração de uma responsabilidade objectiva no direito contra-ordenacional alemão³⁰⁷². O que pretendeu o legislador alemão com o § 1, II, da OWiG, foi instituir um conceito equivalente ao da definição constante do § 11, 1., 5., do Código Penal alemão – anteriormente, “conduta ameaçada com pena”; e agora “facto antijurídico” – que pudesse servir de referência a um largo conjunto de disposições legais contra-ordenacionais que, tal como sucede frequentemente no âmbito penal³⁰⁷³, integram como pressuposto normativo a imputação de um ilícito contra-ordenacional, independentemente da sua comissão com culpa³⁰⁷⁴. Nada pois que tenha o significado de uma cedência à responsabilidade objectiva no domínio contra-ordenacional.

2. A posição que assumimos no sentido de uma aberta e incondicionada aplicabilidade do princípio jurídico-constitucional da culpa ao direito das contra-ordenações está hoje, todavia, longe de poder considerar-se um dado adquirido no âmbito do nosso sistema jurídico. Isto sobretudo em virtude de uma tendência relativamente recente do nosso Tribunal Constitucional de progressivo afastamento da sua antiga jurisprudência no sentido de uma categórica afirmação da validade daquele

³⁰⁷⁰ Assim, logo o Parecer n.º 4/81 da Comissão Constitucional, *cit.*, p. 250, nota 79.

³⁰⁷¹ COSTA, A. de Almeida, “A propósito do novo Código do Trabalho”, p. 1045.

³⁰⁷² Cf., por último e por todos, REBMANN / ROTH / HERRMANN, ³OWiG, § 1, n.º m. 8, e ³KK-ROGALL, § 1, n.º m. 17.

³⁰⁷³ Cf., v. g., os arts. 27.º-1, 91.º-1, 295.º-1 e 368.º-A do CP.

³⁰⁷⁴ V. g., de acordo com REBMANN / ROTH / HERRMANN, ³OWiG, § 1, n.º m. 8, o § 14, III, relativo à incomunicabilidade da culpa no âmbito da comparticipação; o § 22, III, referente à apreensão de objectos perigosos; o § 116, I, que tipifica como contra-ordenação a instigação pública à prática de contra-ordenações; ou o § 122, I, que, de modo paralelo ao art. 295.º-1 do nosso CP, determina a punição contra-ordenacional de quem cometer um ilícito contra-ordenacional em estado de embriaguez.

princípio no direito de mera ordenação social. Se se trata de um percurso semelhante e paralelo ao trilhado em relação ao princípio da legalidade, é porém de recear que aqui, em matéria de culpa, o Tribunal tenha ido ainda mais longe. Se naquele se assiste a um distanciamento do regime da constituição penal que lhe dá corpo, o certo é que a sua falta acaba, no entanto, por ser suprida através do apelo a um sucedâneo que lhe está a montante, o princípio do Estado de direito, e que em casos limite permite acautelar a protecção das necessidades que em derradeira instância o justificam. O mesmo já não sucede no que respeita ao princípio da culpa, que parte da jurisprudência vem agora negando, sem que, todavia, seja aduzido ou sequer sugerido qualquer enquadramento constitucional alternativo que mantenha cerrada a possibilidade de manifestação no nosso ordenamento jurídico de puras formas de responsabilização contra-ordenacional objectiva ou por facto alheio.

Correndo embora o risco de um fatigante *déjà vu*, para explicitar isto que queremos significar recuemos de novo à jurisprudência do Tribunal Constitucional de meados da década de 1990.

No Acórdão n.º 59/95, o Tribunal, funcionando em plenário, proclamou a exigência de um *princípio constitucional de culpa* ali onde o Estado exercesse um poder punitivo, mesmo que não penal. A questão foi trazida à liça pela contraposição não entre o direito penal e o direito de mera ordenação social, mas sim entre aquele e o direito disciplinar. Não obstante, como referimos anteriormente, nesse acórdão o Tribunal Constitucional deixou patente que na sua perspectiva “o princípio constitucional de culpa tem a ver com a existência de punição e não com o ramo de direito em que se pune”³⁰⁷⁵. Que esta posição de princípio valeria não apenas para o direito disciplinar, mas também para o direito das contra-ordenações logo se pôde comprovar através do também já citado Ac. n.º 574/95, que versando única e especificamente sobre matéria contra-ordenacional considerou que tal extensão é o “tributo que o *princípio da legalidade* das sanções tem que pagar ao *princípio da culpa*”. Princípio este, o da culpa, que, nas próprias palavras do Tribunal, “deriva da essencial dignidade da pessoa humana e se extrai dos artigos 1.º e 25.º da Constituição” e que “para além de proibir a

³⁰⁷⁵ Para uma compreensão da afirmação transcrita em todo o seu contexto, cf. o Ac. do TC n.º 59/95 (16.): “Os interesses da Administração Pública também são penalmente protegidos (...), embora só contra certas formas mais graves de ofensa. Não pode haver punição disciplinar sem culpa, porque o *princípio constitucional de culpa* tem a ver com a existência de punição e não com o ramo de direito em que se pune. A mesma privação ou limitação de direitos pode ser o efeito quer de sanções penais, quer de sanções disciplinares”.

responsabilidade objectiva no domínio do direito público sancionatório (...) obsta a que a medida da sanção exceda a da culpa. *Não pode punir-se sem culpa, nem em medida superior à da culpa: exige-o a dignidade humana*". Tudo isto que se condensa então em um *princípio da culpa com relevo constitucional*, que, na sua ideia essencial, disse-o também o Tribunal para que não restassem quaisquer dúvidas, vale "para todo o direito público sancionatório, *maxime*, para o domínio do direito de mera ordenação social".

Depois deste Ac. n.º 574/95, o Tribunal Constitucional voltou a afirmar, por mais do que uma vez, o princípio da culpa como princípio constitucionalmente conformador do nosso direito contra-ordenacional, regressando para tanto quase sempre àquela decisão³⁰⁷⁶. Por entre esses regressos insinuou-se contudo também uma tendência de sentido oposto. Tal como aconteceu com o princípio da legalidade, essa nova orientação surgiu em meados da década passada e entretanto parece ter ganho preponderância.

O despontar deste novo rumo deu-se com o Ac. n.º 160/2004, que embora não tenha ido ao ponto de afirmar *apertis verbis* a inaplicabilidade do princípio da culpa no direito contra-ordenacional desferiu uma machadada fatal em um dos seus corolários básicos, o da *intransmissibilidade da responsabilidade*. É certo que no texto do preceito constitucional que o consagra – "a responsabilidade penal é insusceptível de transmissão" (art. 30.º-3 da CRP) – este subprincípio do princípio da culpa se mostra especificamente referenciado ao direito penal. Mas uma consideração desse princípio da pessoalidade da responsabilidade penal coerente e conseqüente com a jurisprudência constitucional anterior – que, como sublinhámos, havia reconhecido a aplicabilidade ao direito contra-ordenacional não só do princípio da culpa, como também de outros princípios constitucionais consagrados no art. 30.º da Constituição através de preceitos apenas literalmente referidos ao domínio penal, como o da proibição da duração ilimitada ou indefinida das sanções (30.º-1)³⁰⁷⁷ ou o da proibição dos efeitos *ope legis* das penas (art. 30.º-4)³⁰⁷⁸ – não poderia deixar de implicar o seu alargamento ao domínio das contra-ordenações. Foi outra, no entanto, a opção tomada pelo Tribunal nesse Ac. n.º 160/2004. Nele estava em causa a alegação de que a responsabilização contra-ordenacional de uma sociedade comercial incorporante no âmbito de um processo de fusão pelas contra-ordenações praticadas pela sociedade incorporada

³⁰⁷⁶ Cf. Acs. do TC n.ºs 547/2001, 41/2004 e 86/2008 (2.1.3).

³⁰⁷⁷ Ac. do TC n.º 547/2001.

³⁰⁷⁸ Ac. do TC n.º 327/99.

violaria o princípio constitucional da intransmissibilidade da responsabilidade. Arguição de inconstitucionalidade que o Tribunal descartou liminarmente logo com base no argumento de que esse princípio nem sequer seria aplicável ao direito de mera ordenação social³⁰⁷⁹. Na base desta posição esteve a ideia, directamente colhida da concepção qualitativa de matriz ético-social, de que “a intransmissibilidade de um juízo hipotético ou definitivo de censura ética, consubstanciado numa acusação ou condenação penal, não tem de implicar, por analogia ou identidade de razão – que não existe – a intransmissibilidade de uma acusação ou condenação por desrespeito de normas sem ressonância ética”³⁰⁸⁰.

Esta conclusão do Ac. n.º 160/2004 foi posteriormente acompanhada por decisões que ora consideraram não ser líquida a aplicabilidade do art. 30.º-3 da Constituição ao espaço contra-ordenacional³⁰⁸¹ ora fizeram coro com ele e declararam que “a norma do art. 30.º, n.º 3, da Constituição, não pode ser estendida, sem mais, à responsabilidade contra-ordenacional”³⁰⁸². Neste ínterim, o Tribunal deu sinais de que, todavia, apesar desta deriva, não teria deixado cair o princípio da culpa no âmbito das contra-ordenações. No Ac. n.º 86/2008 voltou a manifestar fidelidade, ainda que só de passagem, à proclamação feita pelo Ac. n.º 574/95 de que o princípio da culpa vale, na sua ideia essencial, para todo o direito sancionatório público, em especial para o contra-ordenacional. E no Ac. n.º 481/2010 reiterou-o, expressa e detidamente, como princípio com validade constitucional na esfera do direito de mera ordenação social e nessa linha julgou mesmo inconstitucional a norma contra-ordenacional sindicada por violação do princípio constitucional da culpa. Ainda que admitindo que esse princípio não tem neste âmbito o mesmo significado e valência axiológica que possui no domínio penal, o Tribunal ressaltou que “esse diferencial de força impositiva não pode levar a admitir *sanções estabelecidas por factores inteiramente alheios à conduta culposa do agente*, numa objectivação rigidamente fixa de montantes sancionatórios, sem qualquer correlação (ainda que apenas em termos limitativos) com o seu pressuposto subjectivamente fundante. Em si mesma, mas, sobretudo, pela sua potencial projecção na ofensa a valores constitucionais de vigência incontroversamente geral, como os da

³⁰⁷⁹ Ac. do TC n.º 160/2004 (5.): “Mais do que verificar a desconformidade de um certo sentido da norma em relação ao parâmetro invocado, conclui-se, pois, pela inexistência do pretendido parâmetro, aplicável para o efeito pretendido”.

³⁰⁸⁰ Ac. do TC n.º 1602/2004 (5.).

³⁰⁸¹ Ac. do TC n.º 129/2009.

³⁰⁸² Ac. do TC n.º 561/2011 (7.; it. nosso).

igualdade e da proporcionalidade, uma tal denegação de qualquer eficácia delimitativa à culpa do agente do facto responsabilizador apresenta-se como *constitucionalmente desconforme*”.

A “reabilitação” do princípio da culpa promovida pelo Ac. n.º 481/2010 teve, porém, vida curta na jurisprudência constitucional actual³⁰⁸³. Como que tendo dado o mote à mencionada contenda que se instalou na jurisprudência do Tribunal acerca da constitucionalidade de normas legais de direito contra-ordenacional fiscal que prevêem a responsabilidade subsidiária dos administradores e gerentes pelos montantes correspondentes às coimas não pagas aplicadas a pessoas colectivas por si dirigidas, a doutrina sufragada naquele Ac. n.º 481/2010 viu-se ultrapassada e suplantada por uma outra que também fazia curso dentro do Tribunal e que não divisava aí qualquer inconstitucionalidade. Embora o argumento fundamental para afastar a suspeita de incompatibilidade constitucional tenha sido o de que essas normas estabelecem uma responsabilidade de natureza civil e não sancionatória³⁰⁸⁴, em um dos Acórdãos proferidos para uniformização de jurisprudência a maioria que fez vencimento sentiu necessidade de trazer para a discussão, como argumento adicional e subsidiário para reforçar a tese da conformidade constitucional que saiu vencedora, a posição pela primeira vez assumida no Ac. n.º 160/2004 no sentido da inaplicabilidade do n.º 3 do art. 30.º da Constituição ao direito de mera ordenação social³⁰⁸⁵.

Com esta posição sustentada em plenário no Ac. n.º 561/2011, e apesar dos numerosos votos de vencido, o Tribunal Constitucional parece ter definitivamente enveredado por uma via de rejeição de reconhecimento de relevo constitucional ao princípio da culpa no âmbito contra-ordenacional. Pois não se vê como seja possível continuar a afirmar a sua validade no direito das contra-ordenações quando se nega uma das suas projecções mais básicas, a do princípio da pessoalidade da responsabilidade, a primeira barreira a qualquer tentação do poder punitivo do Estado de impor a alguém uma responsabilidade por facto de outrem, que, como adiantámos já, temos como absolutamente repugnante em um Estado de direito material. A confirmação de que com aquela decisão o princípio da culpa se mostrava já moribundo na jurisprudência constitucional em matéria contra-ordenacional foi dada pelo Ac. n.º 85/2012, que fez

³⁰⁸³ A doutrina do Ac. n.º 481/2010 foi integralmente perfilhada pelos Acs. n.ºs 24/2011 e 26/2011.

³⁰⁸⁴ Só assim, aliás, se compreende que a conclusão haja sido a mesma quando a questão foi avaliada no plano penal – cf. o Ac. do TC n.º 249/2012.

³⁰⁸⁵ Ac. do TC n.º 561/2011.

enfim soar o seu *requiem*: “O princípio da culpa postula, por um lado, a exigência de uma culpa concreta como *pressuposto* necessário de aplicação de qualquer pena, e, por outro, a proibição da aplicação de penas que excedam, no seu *quantum*, a medida da culpa. Mas é sabido que o princípio jurídico-constitucional da culpa (fundado na dignidade da pessoa humana) *não vale*, como parâmetro, no domínio das contra-ordenações”.

Isto posto, resta então saber o que é que para o Tribunal Constitucional vale em matéria de contra-ordenações. Se não vale a proibição da intransmissibilidade da responsabilidade contra-ordenacional e se não vale o princípio de que a culpa é pressuposto da responsabilidade contra-ordenacional, o que vale então? Ao atirar o direito das contra-ordenações para fora do âmbito de protecção do princípio jurídico-constitucional da culpa, o nosso Tribunal Constitucional enveredou, enfim, por um caminho perigoso. E o perigo, deve frisar-se, não se circunscreve apenas ao direito de mera ordenação social, pois com esta jurisprudência passam a ficar sob ameaça de perda da garantia do princípio da culpa todas as demais manifestações de poder sancionatório do Estado.

3. Uma vez mais, a jurisprudência recente do nosso Tribunal Constitucional contrasta flagrantemente com o pensamento do Tribunal Constitucional Federal alemão nesta matéria, que, sem tibiezas ou flutuações de qualquer espécie, se pronuncia aqui no sentido da atribuição de dignidade constitucional ao princípio da culpa. Dada a estreita e inextricável relação entre este e o princípio da legalidade criminal³⁰⁸⁶, é sem surpresa que encontramos na fundamentação da posição que aponta para a aplicabilidade do *nulla pœna sine culpa* ao direito das contra-ordenações uma justificação de fundo substancialmente idêntica àquela em que vimos assentar tal âmbito de aplicação no *nullum crimen nulla pœna sine lege*³⁰⁸⁷. Não deixa, aliás, de ser curioso e até sintomático que um dos *grands arrêts* do Tribunal Constitucional Federal relativos ao princípio da culpa³⁰⁸⁸, o Ac. de 25-10-1966, aquele em que o Tribunal pela primeira

³⁰⁸⁶ Ac. de 26-02-1969, *BVerfGE* 25, 269, p. 285, e na doutrina actual, por todos, DIAS, Figueiredo, ²*DP-PG*, I, 8.º Cap., § 5, e ROXIN, ⁴*AT*, § 5, n.º m. 24 e s. Contra, porém, ao que parece, BRITO, Sousa e, “A lei penal na Constituição”, p. 214 e ss.

³⁰⁸⁷ Nesta linha de convergência, ainda MAUNZ / DÜRIG / SCHMID-ABMANN, ⁶⁷*GG*, Art. 103, II, n.º m. 164 e s.

³⁰⁸⁸ ROXIN, ⁴*AT*, § 3, n.º m. 52.

vez³⁰⁸⁹ declarou expressa e abertamente que o princípio *nulla poena sine culpa* detém o nível de princípio constitucional, tenha tido por objecto uma sanção não penal prevista pela lei processual civil³⁰⁹⁰.

Logo nesse Ac. de 25-10-1966, o Tribunal, além de explicitar os fundamentos em que radica a natureza constitucional do princípio da culpa e de enunciar a sua amplitude, deixou bem claro que na sua perspectiva se trata de um princípio aplicável ao direito contra-ordenacional e do qual não ficarão sequer de fora os casos em que o visado pela sanção seja uma pessoa colectiva.

De acordo com o Tribunal Constitucional Federal alemão, o princípio da culpa constitui, deste modo, um princípio jurídico-constitucional segundo o qual toda a sanção deve pressupor a culpa do agente, valendo “não apenas para as penas cominadas para o ilícito criminal, mas também para sanções similares às penas previstas para outros tipos de ilícito”³⁰⁹¹. O que para este efeito releva é a circunstância de a sanção, seja ela uma pena criminal ou uma sanção de outro género, se caracterizar, em contraste com as medidas estaduais puramente preventivas, por um propósito de repressão e retribuição fundado num comportamento juridicamente proibido. Ora, quando vista sob este prisma, é inegável que a punição coenvolve necessariamente uma censura dirigida pelo Estado ao agente. Daí que, mesmo que tal censura não se revista de um desvalor ético-social dirigido à personalidade ética do agente³⁰⁹², não será concebível que o Estado se possa arrogar esse direito de lançar um juízo reprovador sobre o sujeito sem que se comprove que este actuou com culpa, pois, “de outro modo, a pena corresponderia a uma retribuição, incompatível com o princípio do Estado de direito, por um facto pelo qual o visado não foi responsável”³⁰⁹³.

Compreende-se assim que para o Tribunal a exigência de actuação com culpa ínsita no princípio da culpa não seja, sob o ponto de vista constitucional, um exclusivo do direito penal, devendo valer para as demais formas de reacção estadual que representem um acto de punição por um facto ilícito cometido no passado, as chamadas sanções similares às penas. Que concretas medidas devam qualificar-se como tal é

³⁰⁸⁹ WOLFF, Heinrich A., “Der Grundsatz «nulla poena sine culpa» als Verfassungsrechtssatz”, p. 56, nota 1.

³⁰⁹⁰ BVerfGE 20, 323.

³⁰⁹¹ Ac. de 25-10-1966, BVerfGE 20, 323, p. 331.

³⁰⁹² Cf. LAGODNY, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, p. 101, e APPEL, Ivo, *Verfassung und Strafe*, p. 116.

³⁰⁹³ Ac. de 25-10-1966, BVerfGE 20, 323, p. 331. Sobre esta posição, com interesse, WOLFF, Heinrich A., “Der Grundsatz «nulla poena sine culpa» als Verfassungsrechtssatz”, p. 78.

questão com que o Tribunal Constitucional e a doutrina há muito se debatem³⁰⁹⁴, mas que nunca foi necessário colocar em relação às sanções contra-ordenacionais, tidas inequivocamente como sanções que, pela sua afinidade com o direito penal, entram nessa esfera das sanções penais e análogas³⁰⁹⁵. Tanto assim que já logo naquele Ac. de 25-10-1966 o Tribunal fez questão de recordar que o princípio de que não há pena sem culpa havia já sido “expressamente aplicado pelo Tribunal Constitucional Federal às contra-ordenações”³⁰⁹⁶.

Como as considerações anteriores já deram a sugerir, são vários os fundamentos a que o Tribunal Constitucional Federal alemão reconduz a elevação do *nulla poena sine culpa* a princípio jurídico-constitucional do direito público sancionatório. Com ele procura-se, antes de mais, garantir o *princípio do Estado de direito* na sua vertente material. Um princípio no qual “se inscreve não apenas a segurança jurídica, como também a justiça material” e que assim exige uma relação apropriada entre o tipo e a consequência jurídica³⁰⁹⁷, nessa medida impondo igualmente que a sanção se mostre adequada em relação à gravidade do facto e à culpa do agente³⁰⁹⁸. Do mesmo passo, ao proscrever uma pena sem culpa, o princípio da culpa vai ao encontro e procura dar consistência ao *princípio da auto-responsabilidade* que a Constituição alemã consagra no seu art. 2.º, n.º 1³⁰⁹⁹, e assume-se como garantia da *dignidade da pessoa humana*, que a Lei Fundamental declara como inviolável (art. 1.º, n.º 1)³¹⁰⁰. Enfim, na síntese do recente Ac. de 07-10-2008, “de acordo com o princípio jurídico-constitucional da culpa, que o Tribunal Constitucional Federal, numa jurisprudência constante, faz radicar no art. 2.º, n.º 1, em conexão com o art. 1.º, n.º 1, da GG e com o princípio do Estado de

³⁰⁹⁴ Cf., v. g., os Acs. do *BVerfGE* de 14-01-2004 (*BVerfGE* 2, BvR 564/95) e de 05-02-2004 (*BVerfGE* 2, BvR 2029/01), APPEL, Ivo, *Verfassung und Strafe*, p. 113 e ss., e WOLFF, Heinrich A., “Der Grundsatz «nulla poena sine culpa» als Verfassungsrechtssatz”, p. 58 e ss.

³⁰⁹⁵ APPEL, Ivo, *Verfassung und Strafe*, p. 113, e WOLFF, Heinrich A., “Der Grundsatz «nulla poena sine culpa» als Verfassungsrechtssatz”, p. 58, chegam mesmo a colocar as penas criminais e a coima de um lado e as sanções similares à pena do outro.

³⁰⁹⁶ *BVerfGE* 20, 323, p. 333, referindo-se ao Ac. de 04-02-1959, *BVerfGE* 9, 167, que efectivamente pareceu reconhecer o relevo do princípio da culpa no domínio contra-ordenacional – “De acordo com a natureza das coisas, valem correspondentemente no processo contra-ordenacional vários princípios do direito penal e do direito processual penal (...). Uma contra-ordenação também só pode ser afirmada quando for preenchido um determinado tipo legalmente definido; e também aqui só pode haver lugar a punição se o agente tiver actuado com culpa, e, na verdade, em regra dolosamente” (p. 170) –, tendo embora depois concluído pela admissibilidade de eventuais presunções de culpa no direito contra-ordenacional, louvando-se para tanto na sua neutralidade ética (cf. supra, § 5.3).

³⁰⁹⁷ Ac. de 25-10-1966, *BVerfGE* 20, 323, p. 331.

³⁰⁹⁸ Ac. de 14-01-2004, *cit.*, n.º m. 57.

³⁰⁹⁹ Acs. de 25-10-1966, *BVerfGE* 20, 323, p. 331, de 14-01-2004, *cit.*, n.º m. 57, e de 05-02-2004, *cit.*, n.º m. 139.

³¹⁰⁰ Acs. de 14-01-2004, *cit.*, n.º m. 57, e de 05-02-2004, *cit.*, n.º m. 139.

direito, o indivíduo só pode ser chamado a responder penalmente em caso de existência de culpa individual”³¹⁰¹.

4. O confronto entre as jurisprudências constitucionais portuguesa e alemã à luz da perspectiva em cada uma delas adoptada a propósito do funcionamento do princípio constitucional da culpa no âmbito contra-ordenacional permite perceber que a sua retirada do domínio contra-ordenacional que ora vem sendo sistematicamente imposta pelo nosso Tribunal Constitucional de modo algum deverá considerar-se uma inevitabilidade. Tal só vem sendo possível à custa de um exacerbamento de um critério ético-social de distinção entre crimes e contra-ordenações que além de não ter acolhimento na ideia que a Constituição faz do sistema contra-ordenacional português, deve considerar-se estranho ao pensamento que está na base da constitucionalização do princípio da culpa. Também o Tribunal Constitucional Federal alemão advoga uma mais do que questionável contraposição entre a culpa penal e a culpa contra-ordenacional assente no pressuposto de que aquela exprime um juízo de censura ético-social referido à personalidade ética do agente que desta seria desconhecido, dado que no âmbito contra-ordenacional a “censura pela culpa não atinge a esfera da ética”³¹⁰². Mas nada disto travou o passo ao reconhecimento constitucional da culpa como exigência irredutível de qualquer forma de responsabilização de índole sancionatória a que o Estado sujeite um cidadão, tenha ela lugar dentro ou fora das fronteiras do direito penal, porque é isso que a ideia de Estado de direito material *exige*.

Aquilo que a actual tendência da jurisprudência constitucional portuguesa dá mostras é de uma subordinação da ideia constitucional de culpa a uma específica ideia penal de culpa. Ao direito contra-ordenacional não é permitido beneficiar da garantia constitucional da culpa pela simples razão de que a culpa que nele vai envolvida não é, aos olhos do Tribunal Constitucional, uma culpa ética como aquela que se pode divisar no direito penal³¹⁰³. O Tribunal não vai, porém, mais longe do que isto, não avançando

³¹⁰¹ *BVerfGE*, 2, BvR 578/07, n.º m. 28, dando continuidade a uma tríade de fundamentos que, recuando no tempo, encontramos já enunciados no Ac. de 26-02-1969, *BVerfGE* 25, 269, p. 285. Para mais exemplos de arestos em que estes fundamentos são invocados isoladamente ou em conjunto, WOLFF, Heinrich A., “Der Grundsatz «nulla poena sine culpa» als Verfassungsrechtssatz”, p. 76. O A. alude, em todo o caso, a uma espécie de tradição não escrita na jurisprudência constitucional de só apelar à dignidade da pessoa humana como fundamento do princípio da culpa quando estejam em causa sanções criminais.

³¹⁰² *BVerfGE* 9, 167, p. 171.

³¹⁰³ Cf. os Acs. do TC n.ºs 160/2004, 561/2011 e 85/2012.

uma palavra mais que seja que contribua para esclarecer qual o conteúdo ético que determinada censura estadual deve possuir para que o princípio jurídico-constitucional da culpa possa em relação a ela ser activado. Se o que está em causa é um princípio com valência constitucional e não estritamente legal e se o que importa avaliar é o *se* da sua aplicabilidade a determinada realidade normativa, deve convir-se que seria curial procurar ao menos explicitar qual a ideia de censura ética que se tem em mente.

Como procurámos já alertar, sob os rótulos da culpa ética, da censura que incide sobre a personalidade ética da pessoa, da culpa como expressão da atitude interna documentada no facto, *etc.*, abrigam-se inúmeras concepções jurídico-penais que tentam atribuir à culpa um determinado conteúdo material axiologicamente fundado, não poucas delas, contudo, absolutamente incompatíveis com a ideia de direito penal democrático pressuposta pela nossa Constituição³¹⁰⁴. Não obstante, ante esta multitude de conceitos de culpa que se arrogam portadores de um carácter ético, embora se sirva sobretudo do argumento da natureza ética da culpa para arredar do direito das contra-ordenações a aplicação do princípio constitucional da culpa, dando implicitamente a entender que só uma culpa ética goza de estatuto constitucional, não há da parte do Tribunal um esforço, por mínimo que seja, no sentido de dar a conhecer a sua ideia acerca da matriz ética da culpa pressuposta pela Constituição. Mais ainda, uma vez especificada essa ideia de culpa, sempre que estivesse em causa uma questão de constitucionalidade com directo relevo para o apuramento da responsabilidade contra-ordenacional em virtude da sua imediata atinência à culpa sua pressuposta, seria igualmente exigível ao Tribunal que submetesse a concreta contra-ordenação envolvida ao crivo do critério avançado para densificação do conceito de culpa ética jurídico-constitucionalmente relevante. Mas, como temos visto, o Tribunal não é minimamente consequente com a metodologia escolhida, já de si equivocada, preferindo antes lançar um apriorístico e genérico juízo de indiferença ética de qualquer realidade normativa contra-ordenacional com que se cruze, mesmo quando salte à vista a sua eminente relevância axiológico-constitucional.

A jurisprudência do Tribunal Constitucional passa ainda por alto de um dado crucial para uma devida ponderação da questão da culpa contra-ordenacional sob uma perspectiva constitucional. Independentemente da relevância ético-social do substrato sobre o qual incide o juízo de culpa contra-ordenacional – e abstraindo uma vez mais

³¹⁰⁴ Cf. DIAS, Figueiredo, ³*Liberdade, Culpa, Direito Penal*, p. 87 e ss.

das nossas objecções ao método de enfrentar as questões contra-ordenacionais com base em critérios ético-sociais – de modo algum pode a censura expressa numa condenação contra-ordenacional ser encarada como um acto estadual socialmente indiferente³¹⁰⁵.

Referindo-se a responsabilidade contra-ordenacional a um facto legalmente qualificado como ilícito é ela por si só portadora de um juízo de desvalor ético-jurídico expresso pelo Estado que se abate sobre a pessoa do condenado. Seja qual for o conteúdo dessa censura, não deixa ela nunca de ser isso mesmo, uma censura, uma reprovação que o Estado lança sobre o particular por algo que ele fez e que a ordem jurídica repele como ilícito. E isso nada tem de indiferente. O simples facto de o Estado se arrogar o poder de responsabilizar e sancionar alguém já é em si mesmo uma ostentação de autoridade. Não estando em geral os particulares sujeitos a uma qualquer posição de subordinação em relação ao Estado, não pode admitir-se que este responsabilize e puna quem quer que seja sem que tenha um motivo legítimo e juridicamente fundado para isso, sob pena de o poder punitivo representar não num exercício de justiça, mas de prepotência e de arbítrio. Neste quadro, não se concebe que o Estado possa punir alguém por um facto em relação ao qual essa pessoa não seja pessoalmente responsável e pelo qual, precisamente por isso, possa ser pessoalmente censurada. Porque assim é, este poder de autoridade que o Estado exerce sobre o particular quando o declara culpado da prática de um ilícito contra-ordenacional, responsabilizando-o por ele, siga-se ou não a aplicação de uma sanção³¹⁰⁶, de forma alguma pode considerar-se um acto inócuo para a esfera pessoal do visado, seja sob o ponto de vista do próprio, seja do das representações sociais que incidem sobre esse acto estadual de censura. Mesmo quando esteja em causa um facto com um desvalor social praticamente insignificante, a ideia de Justiça não suporta que alguém seja censurado por ele quando tal facto lhe não seja imputável, por ter sido praticado por outrem, ou quando haja sido cometido pelo próprio, mas sem culpa. E isto pela razão de a censura constituir em si mesma, seja qual for a natureza do facto a que se reporte e independentemente da eventual aplicação de uma sanção, um acto que contende com a

³¹⁰⁵ Para uma consideração desta censura estadual como uma ofensa *per se* de um direito fundamental, designadamente, o direito geral de personalidade plasmado no art. 2.º, n.º 1, em ligação com o art. 1.º, n.º 1, da Lei Fundamental alemã, LAGODNY, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, p. 96 e ss.

³¹⁰⁶ Fundamental, LAGODNY, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, p. 96 e ss., identificando a censura como momento autónomo da norma de sanção, tanto penal, como contra-ordenacional, por si só portador de um significado ofensivo para a esfera dos direitos fundamentais do condenado, mesmo que nenhuma sanção lhe seja aplicada.

esfera da personalidade da pessoa censurada, sendo mesmo susceptível de afectar o bom nome e a imagem social dessa pessoa³¹⁰⁷.

É por ter isto em conta que a lei penal qualifica como crime, em ordem à protecção da honra dos possíveis visados³¹⁰⁸, a denúncia caluniosa da prática de contra-ordenação (art. 365.º-2 do CP). E é ainda esta circunstância que permite compreender que o próprio Tribunal Constitucional, apesar da sua actual jurisprudência contrária ao funcionamento do princípio da culpa no âmbito contra-ordenacional, venha considerando ser constitucionalmente inadmissível a denegação da possibilidade de impugnação judicial ao condenado em *sanção* contra-ordenacional de admoestação (art. 51.º do RGCO), uma sanção cujo conteúdo material se esgota no juízo de reprovação que o Estado dirige ao condenado. Um entendimento que assenta em boa parte na ideia de que mesmo estando em causa apenas uma simples decisão de admoestação “a decisão não deixa, por isso, de constituir o acto final do processo de contra-ordenação e de concluir esse processo com a afirmação de que a conduta do agente constitui um facto ilícito e censurável e de tirar as respectivas consequências no exercício de um poder público sancionatório. Embora como autor de um facto de reduzida gravidade e praticado com culpa diminuta, o agente é censurado pela violação de normas a que a lei faz corresponder um ilícito típico no domínio do ordenamento em causa. A autoridade administrativa não se limita a expressar o seu entendimento sobre um modo de agir; admoesta, censura, repreende o agente por ter agido ilicitamente”³¹⁰⁹.

Pelo que vai dito, não vemos como possa persistir-se na rejeição de uma cobertura do direito contra-ordenacional pelo princípio jurídico-constitucional da culpa. Uma consideração do direito das contra-ordenações como ordenamento sancionatório minimamente congruente com a ideia de Estado material impõe o seu funcionamento no domínio contra-ordenacional e deve, enfim, determinar a inconstitucionalidade, por directa violação do princípio jurídico-constitucional da culpa, de qualquer norma que implique uma responsabilização contra-ordenacional por facto de outrem ou um qualquer tipo de responsabilidade contra-ordenacional objectiva.

³¹⁰⁷ Cf. LAGODNY, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, p. 125 e ss.

³¹⁰⁸ Cf. ANDRADE, Costa, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, III, Art. 365.º, § 16.

³¹⁰⁹ Ac. do TC n.º 104/2007, seguido pelo Ac. do TC n.º 299/2013.

CONCLUSÃO

§ 39. TESE

Chegados ao termo do nosso estudo, pretendemos por fim sintetizar a tese que corresponde à ideia central que nele procuramos sustentar sobre o problema de fundo do relacionamento entre o direito penal e o direito contra-ordenacional:

O problema deve ser enfrentado e dilucidado no quadro do sistema constitucional no âmbito do qual o direito penal e o direito das contra-ordenações convivem paredes-meias e actuam, em regra, conjunta e articuladamente. Sendo esse o seu *habitat*, deverá a contraposição entre ambos arrancar dos princípios jurídico-constitucionais que o legislador ordinário deve assumir como directrizes orientadoras das suas decisões de criminalização e de tipificação de contra-ordenações. Nessa medida, serão de repudiar quaisquer pretensões de caracterizar a relação entre os dois ordenamentos a partir de critérios apriorísticos através dos quais se pretendam inculcar determinado carácter aos factos e sanções penais e contra-ordenacionais. Deverá, por isso, recusar-se a tendência, dominante entre nós, para conceber a relação com base em critérios de relevância ético-social dos factos penais e contra-ordenacionais, sumamente ambíguos, sem aderência à realidade normativa vigente e que colocam o problema num plano extrajurídico, incompatível com a ideia de pluralismo imanente ao princípio do Estado de direito democrático e com os postulados constitucionais que devem presidir às decisões do legislador penal e contra-ordenacional.

O conteúdo e a natureza da relação entre o direito penal e o direito de mera ordenação social representam um produto derivado dos princípios constitucionais a que se subordinam a tipificação de crimes e de contra-ordenações e a previsão legal de sanções penais e contra-ordenacionais, não sendo portanto idóneos a condicionar tais decisões legislativas. Não tendo o poder de influenciar tais escolhas do legislador, a contraposição só começa então por adquirir um significado de tomo no momento em que seja chamada a fundamentar o tratamento constitucional diferenciado a que o direito penal e o direito das contra-ordenações estão sujeitos. Aí, a possibilidade de afirmação de uma distinção material entre ambos os ordenamentos assume uma importância

crucial, pois é dela que depende a própria solvabilidade constitucional do sistema contra-ordenacional vigente. Se o direito penal e o direito de mera ordenação social se identificassem plenamente naquelas que são as dimensões essenciais da sua existência normativa seria racionalmente incompreensível e constitucionalmente inadmissível a possibilidade de o direito das contra-ordenações ser legalmente moldado em termos tão diferentes daqueles que o direito penal conhece. Tudo estará pois em saber se é possível divisar um plano, constitucionalmente fundado, de plena e contínua autonomia material entre o direito penal e o direito contra-ordenacional sobre o qual possa ser assente um sistema contra-ordenacional construído de forma também ela autónoma em relação ao sistema penal.

Gravitando ambos os sistemas sancionatórios sobre dois eixos essenciais, o *facto* e a *sanção*, será neles que deverá procurar-se um substrato diferenciador que permita sustentar essa imprescindível autonomia material. Referente decisivo para o efeito será a ideia constitucional sobre os factos e as sanções penais e contra-ordenacionais, uma vez que é a luz do programa constitucional válido para a definição de crimes e contra-ordenações e de penas e sanções contra-ordenacionais que uns e outros poderão ser legalmente cunhados.

Visto o problema sob o prisma dos factos puníveis, isto é da contraposição entre crimes e contra-ordenações, do sistema constitucional vigente resulta um modelo de relacionamento misto, de carácter qualitativo-quantitativo. Se o que está essencialmente em causa é perceber em que é que direito penal e direito contra-ordenacional se distinguem, importa então sobretudo dirigir a atenção para aqueles factos que estão em condições de integrar o direito penal, atenta a sua natureza de factos dignos de pena. Sendo esses os factos materialmente penais, só poderá admitir-se uma plena autonomia material entre o direito penal e o direito de mera ordenação social referida aos factos puníveis se a este se encontrar vedada a possibilidade de os acolher no seu seio. Sucede, no entanto, que tanto o direito penal, como o direito contra-ordenacional se encontram constitucionalmente habilitados a proteger bens jurídicos possuidores de um referente constitucional, e por isso considerados bens jurídico-penais, relativamente a factos suficientemente graves para poderem ser qualificados como factos dignos de pena. Com efeito, neste contexto, crimes e contra-ordenações possuem um fundamento legitimador positivo comum, o dever estadual de protecção de bens jurídicos constitucionalmente relevantes. É para cumprimento deste seu dever fundamental, constitucionalmente

imposto, que o Estado recorre ao direito penal e ao direito das contra-ordenações, segundo uma lógica teleológico-funcional de adequação e eficácia de tutela, que não consente a existência de imposições constitucionais implícitas absolutas de criminalização. Isto ainda porque os demais princípios constitucionais que orientam as decisões do legislador ordinário, os princípios da dignidade penal e da necessidade de pena, assumem uma vocação de legitimação material negativa, determinando quais os factos que não podem adquirir estatuto criminal, mas não impedindo a concessão de natureza contra-ordenacional a factos que, por possuírem dignidade penal, poderiam ser crime. Desta forma, podendo o direito contra-ordenacional tutelar bens jurídico-penais e integrar factos portadores de dignidade penal, a sua relação com o direito penal neste domínio dos factos dignos de pena é de convergência material, sendo tendencialmente quantitativa a relação que, por força dos princípios constitucionais orientadores do legislador, se divisa entre crimes e contra-ordenações.

Além de postulada pelo nosso sistema constitucional, esta continuidade material entre crimes e contra-ordenações naquele que é o espaço dos factos materialmente penais vê-se largamente confirmada pela realidade normativa vigente. Ao sistema contra-ordenacional são sistematicamente atribuídas funções de protecção da vida e da integridade física, de outros bens jurídicos da esfera da personalidade, de bens jurídicos individuais titulados pelas partes mais vulneráveis das relações económicas jurídico-privadas e de bens jurídicos colectivos referidos à organização económica e política da sociedade, numa enorme teia normativa onde a cada passo deparamos com factos dignos de pena contra-ordenacionalmente relevantes.

Toda esta realidade constitucional e legal mostra não ser de todo em todo possível fundar a autonomia material entre o direito penal e o direito das contra-ordenações com base numa total e contínua relação de divergência material entre crimes e contra-ordenações.

Essa autonomia material encontra a sua base de sustentação no plano das sanções. Encarado o problema a partir das sanções constitucionalmente admissíveis em cada um dos sectores normativos, verifica-se que na ideia constitucional se encontra proscribida a possibilidade da previsão de sanções privativas da liberdade no âmbito do direito de mera ordenação social. Ao contrário do direito penal, onde da ameaça legal, constitucionalmente consentida, das penas de prisão e de multa pode sempre resultar uma privação da liberdade dos destinatários das incriminações, nunca no direito contra-

ordenacional pode haver lugar a uma privação da liberdade. O direito das contra-ordenações é constitucional e legalmente concebido como um ordenamento sancionatório não privativo da liberdade. A privação da liberdade constitui a *summa divisio* entre as sanções penais e contra-ordenacionais, permitindo estabelecer uma distinção de teor qualitativo entre as penas de prisão e de multa e a coima que, por sua vez, viabiliza a afirmação da autonomia material do direito das contra-ordenações em relação ao direito penal. É esta divergência material radicada na natureza não privativa da liberdade do direito contra-ordenacional que dá fundamento ao tratamento constitucional diferenciado que lhe é dispensado.

BIBLIOGRAFIA

- ABRANTES, José João, “Labour contract and fundamental rights”, *BFDUC*, 2004, p. 613-630.
- ACHENBACH, Hans, “Ahndung materiell sozialschädlichen Verhaltens durch bloße Geldbuße? Zur Problematik «großer» Wirtschafts-Ordnungswidrigkeiten”, *GA*, 2008, p. 1-17.
- “Die «großen» Wirtschafts-Ordnungswidrigkeiten – ein Phänomen im Dunkelfeld der kritischen Strafrechtstheorie”, *in: Beulke et. al., Das Dilemma des rechtsstaatlichen Strafrechts*, Berlin, BWV, 2009, p. 101-110.
- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2010 (citado: ALBUQUERQUE, Pinto de, ²CP).
- *Comentário do Regime Geral das Contra-Ordenações à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2011 (citado: ALBUQUERQUE, Pinto de, *RGCO*).
- ALCÁCER GUIRAO, Rafael, “La protección del futuro y los daños cumulativos”, *ADPCP*, 54, I, 2001, p. 143-174.
- ALEXY, Robert, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1986.
- “Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen”, *Der Staat*, 1990, p. 49-68.
- “Individual rights and collective goods”, *in: Carlos Nino (org.), The International Library of Essays in Law & Legal Theory, Schools, 8: Rights*, New York, New York University Press, 1992, p. 163-181 (trad. de Ruth Adler, de “Individuelle Rechte und kollektive Güter”, *in: Internationales Jahrbuch für Rechtsphilosophie und Gesetzgebung*, Vol. 1, 1989, p. 49-70).
- ALMEIDA, Carlota Pizarro de, “Algumas considerações a propósito do Acórdão 211/95 do Tribunal Constitucional”, *in: Maria Fernanda Palma et al., Casos e Materiais de Direito Penal*, Coimbra, Almedina, 2004, p. 203-211.
- AMARAL, Diogo Freitas do / MEDEIROS, Rui, “Responsabilidade civil do Estado por omissão de medidas legislativas – o caso Aquaparque”, *RDES*, 2000, n.^{os} 3 e 4, p. 299-383.

-
- AMELUNG, Knut, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Frankfurt, Athenäum, 1972.
- “Der Begriff des Rechtsguts in der Lehre von strafrechtlichen Rechtsgüterschutz”, in: Hefendehl / von Hirsch / Wohlers (org.), *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2003, p. 155-182.
- ANASTASOPOULOU, Ioanna, *Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter*, München, Verlag C. H. Beck, 2005.
- ANDERS, Georg, “Verwaltungsstrafrecht”, in: Stier Somlo *et. al.* (orgs.), *Handwörterbuch der Rechtswissenschaft*, VI, Berlin, Walter de Gruyter, 1929, p. 625-630.
- ANDRADE, João da Costa, “O erro sobre a proibição e a problemática da legitimação em direito penal”, in: Faria Costa (coord.), *Temas de Direito Penal Económico*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 9-64.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de, “Os direitos dos consumidores como direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, *Estudos de Direito do Consumo*, n.º 5, 2003, p. 139-161.
- *Lições de Direito Administrativo*, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2010.
- *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5.ª ed., Coimbra, Almedina, 2012.
- ANDRADE, Manuel da Costa, “Contributo para o conceito de contra-ordenação (a experiência alemã)”, *RDE*, 6/7, 1980/1981, p. 81-121.
- “O novo Código Penal e a moderna criminologia”, in: *Jornadas de Direito Criminal. O Novo Código Penal Português e Legislação Complementar, Fase I*, Lisboa, Centro de Estudos Judiciários, 1983, p. 185-234.
- “A nova lei dos crimes contra a economia (Dec.-Lei n.º 28/84 de 20 de Janeiro) à luz do conceito de «bem jurídico»”, in: *Ciclo de Estudos de Direito Penal Económico*, CEJ, Coimbra, 1985, p. 69-105.
- *Consentimento e Acordo em Direito Penal (Contributo para a Fundamentação de um Paradigma Dualista)*, Coimbra, Coimbra Editora, 1991.
- “A «dignidade penal» e a «carência de tutela penal» como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime”, *RPCC*, 1992, Fasc. 2.º, p. 173-205.

-
- “Constituição e Direito Penal”, *in: A Justiça nos Dois Lados do Atlântico: Teoria e Prática do Processo Criminal em Portugal e nos Estados Unidos da América*, Lisboa, FLAD, 1997, p. 198-208.
- : vide DIAS, Jorge de Figueiredo / ANDRADE, Manuel da Costa.
- ANGIONI, Francesco, *Contenuto e Funzioni del Concetto di Bene Giuridico*, Milano, Giuffrè, 1983.
- ANTUNES, Maria João, “Concurso de contra-ordenações. Anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 30 de Janeiro de 1991”, *RPCC*, 1991, Fasc. 3.º, p. 463-474.
- *Medida de Segurança de Internamento e Facto de Inimputável em Razão de Anomalia Psíquica*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002.
- “Procriação medicamente assistida – questões novas ou questões renovadas para o direito penal?”, *in: Costa Andrade et. al. (org.), Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, vol. III, Coimbra, Coimbra Editora, p. 81-92.
- *Consequências Jurídicas do Crime*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010-2011.
- “A Constituição e os princípios penais”, Relatório Português à XIII Conferência Trilateral Itália, Espanha e Portugal, *in: www.tribunalconstitucional.pt*, 2011.
- ANTUNES, Maria João / PINTO, Inês Horta, *Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade – Código Anotado*, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2013.
- APPEL, Ivo, *Verfassung und Strafe. Zu den verfassungsrechtlichen Grenzen staatlichen Strafens*, Berlin, Duncker & Humblot, 1998.
- ARAÚJO, Laurentino da Silva, *A Responsabilidade dos Proprietários de Veículos pelas Multas no Código da Estrada*, Coimbra, Coimbra Editora, 1961.
- ARNDT, Adolf, “Verfassungsmäßigkeit des Verwaltungs-Steuerstrafverfahrens”, *NJW*, 1959, p. 1230-1235.
- ARZT, Gunther, “Der Besondere Teil des materiellen Strafrechts”, *in: Roxin / Arzt / Tiedemann, Einführung in das Strafrecht und Strafprozessrecht*, 5.ª ed., Heidelberg, C. F. Müller, 2006, p. 46-87.
- ARZT, Gunther / WEBER, Ulrich / HEINRICH, Bernd / HILGENDORF, Eric, *Strafrecht, besonderer Teil: Lehrbuch*, 2.ª ed., Bielefeld, Giesecking, 2009 (citado: ARZT / WEBER / HEINRICH / HILGENDORF, ²BT).

-
- AZZALI, Giampiero, “L’alternativa amministrativa: lineamenti di un sistema sanzionario”, in: *L’Illecito Penale Amministrativo: Verifica di un Sistema*, Padova, CEDAM, 1987, p. 3-12.
- BACHOF, Otto, “Estado de direito e poder político: os Tribunais Constitucionais entre o direito e a política”, *BFDUC*, vol. LVI, 1980, p. 1-23 (trad. de J. M. Cardoso da Costa).
- BACKES, Otto, “Umweltstrafrecht”, *JZ*, 1973, p. 337-342.
- BAJO FERNANDEZ, Miguel / MENDONZA BUERGO, Blanca, “Hacia una Ley de contravenciones, el modelo portugués”, *ADPCP*, 36, III, 1983, p. 567-590.
- BANDEIRA, Gonçalo de Melo, “Poderá ser a criminalização do Assédio Moral e/ou *mobbing*, *rectius* no trabalho, respeitadora dos princípios constitucionais da necessidade, adequação, proporcionalidade e intervenção mínima penais? A lesão dos direitos fundamentais constitucionais dos trabalhadores: o caso português”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXI, 2011, p. 391-430.
- BARRETO, Ireneu Cabral, “Diskussion / Discussions”, in: Matscher, *Verfahrensgarantien im Bereich des öffentlichen Rechts*, Kehl am Rhein, N. P. Engel Verlag, 1989, p. 146-186.
- *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem Anotada*, 4.^a ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2010.
- BARROSO, Ivo Miguel, *Objecto do Processo Penal*, Lisboa, AAFDL, 2013.
- BAUBY, Pierre, “From Rome to Lisbon: SGIs in Primary Law”, in: E. Szyszczak *et. al.*, *Developments in Services of General Interest*, The Hague, T.M.C. Asser Press, 2011, p. 19-36.
- BAUMANN, Jürgen, “Über die notwendigen Veränderungen im Bereich des Vermögensschutzes”, *JZ*, 1972, p. 1-6.
- BAUMANN, Jürgen / WEBER, Ulrich / MITSCH, Wolfgang, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 11.^a ed., Bielefeld, Verlag Ernst und Werner Gieseking, 2003 (citado: BAUMANN / WEBER / MITSCH, ¹¹AT).
- BELEZA, José Manuel Merêa Pizarro, “Notas sobre o direito penal especial das sociedades comerciais”, *RDE*, 3, 1977, p. 267-299.
- BELEZA, Teresa Pizarro, *Direito Penal*, 1.^o vol. 2.^a ed., Lisboa, AAFDL, 1984 (citada: BELEZA, Teresa, ²*Direito Penal*).

-
- BÉLORGEY, Harald, *Gegebener und gebotener Einfluß des Art. 6 EMRK auf das deutsche Bußgeldverfahren*, Aachen, Shaker Verlag, 2003.
- BERNARDINI, Alessandro, “Brevi note sulle linee evolutive della depenalizzazione in Italia”, *L’Indice Penale*, 2001, p. 727-754.
- BIDINO, Claudio, “O problema específico da corrupção no setor privado (no Brasil e em Portugal)”, in: Cláudia Santos / Claudio Bidino / Débora Melo, *A Corrupção*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 203-256.
- BOCKELMANN, *ZStW*, 66, 1954, p. 111-134.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, “Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation”, *NJW*, 1974, p. 1529-1538.
- “BÖCKENFÖRDE, “Grundrechte als Grundsatznormen”, *Der Staat*, 1990, p. 1-31.
- BOHNERT, Joachim, “Die Entwicklung des Ordnungswidrigkeitenrechts”, *Jura*, 1984, p. 11-22.
- in: Lothar Senge (org.), *Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, 3.^a ed., München, C. H. Beck, 2006, Introdução.
- BOLENIUS, Jochen-Michael, *Straftaten und Ordnungswidrigkeiten im Wettweberbs- und Kartellrecht. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der Abgrenzung zwischen Straftaten und Ordnungswidrigkeiten*, Tübingen, Eberhard-Karls-Universität, 1965.
- BORGES, Francisco, *O Crime de Desobediência à Luz da Constituição*, Almedina, Coimbra, 2011.
- BRAITSCH, Thomas, *Gerichtssprache für Sprachkundige im Lichte des “fair trial”*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 1990.
- BRANDÃO, Nuno, “Contrastes jurisprudenciais: problemas e respostas processuais penais”, in: Costa Andrade *et. al.* (org.), *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 1289-1314.
- *Justificação e Desculpa por Obediência em Direito Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006.
- “Questões contra-ordenacionais suscitadas pelo novo regime legal da mediação de seguros”, *RPCC*, 2007, Fasc. 1.º, p. 73-93.
- “Liberdade condicional e prisão (subsidiária) de curta duração”, *RPCC*, 2007, Fasc. 4.º, p. 673-701.

-
- “O regime sancionatório das pessoas colectivas na revisão do Código Penal”, *Revista do CEJ, n.º 8 (especial): Jornadas sobre a Revisão do Código Penal*, 2008, p. 41-54.
- “A nova face da instrução”, *RPCC*, 2 e 3/2008, p. 227-255.
- “A tutela penal especial reforçada da violência doméstica”, *Julgar, n.º 12, especial: Crimes no Seio da Família e Sobre Menores*, 2010, p. 9-24.
- “Inverdades e consequências: considerações em favor de uma concepção subjectiva da falsidade de testemunho”, *RPCC*, 3/2010, p. 477-504.
- “Acordos sobre a decisão administrativa e sobre a sentença no processo contra-ordenacional”, *RPCC*, 4/2011, p. 593-607.
- BRICOLA, Franco, “Teoria Generale del Reato”, *in: Azara / Eula (dir.), Novissimo Digesto Italiano*, XIX, Torino, UTET, 1973, p. 7-93.
- “Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela”, *in: M. de Acutis / G. Palombarini (orgs.), Funzioni e Limiti del Diritto Penale*, Padova, Cedam, 1984, p. 3-84.
- “La depenalizzazione nella legge 24 novembre 1981, n. 689: una svolta «reale» nella politica criminale?”, *in: Franco Bricola – Scritti i Diritto Penale*, vol. I, tomo II, Milano, Giuffrè, 1997 (publicado pela primeira vez em 1982, *in: Pol. Dir.*, p. 359 e ss.), p. 1439-1455.
- BRITO, José de Sousa e, “A lei penal na Constituição”, *in: André Gonçalves Pereira et al., Estudos sobre a Constituição*, vol. II, Lisboa, Livraria Petrony, 1978, p. 197-254.
- BRITO, Miguel Nogueira de, “Direito de polícia”, *in: Paulo Otero / Pedro Gonçalves (coord.), Tratado de Direito Administrativo Especial*, I, Coimbra, Almedina, 2009, p. 281-456).
- CABO, Sérgio Gonçalves do, “Regulação e concorrência no sector das comunicações electrónicas”, *in: Paz Ferreira et al., Regulação em Portugal: Novos Tempos, Novo Modelo?*, Coimbra, Almedina, 2009, p. 234-277.
- CADOPPI, Alberto, *Il Reato Omissivo Proprio, I: Profili Introdutivi e Politico-Criminali*, Padova, Cedam, 1988.
- CADOPPI, Alberto / VENEZIANI, Paolo, *Elementi di Diritto Penale. Parte Generale*, 4.^a ed., Milano, Cedam, 2010 (citado: CADOPPI / VENEZIANI, ⁴DP-PG).
- CAEIRO, Pedro, “«Ut puras servaret manus»”, *RPCC*, 1/2001, p. 39-65.

-
- “Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial os procedimentos de confisco *in rem* e a criminalização do enriquecimento “ilícito”)”, *RPCC*, 2/2011, p. 267-321.
- CAETANO, Marcello, *Lições de Direito Penal*, Lisboa, 1939.
- CALVETE, Victor, “Entidades administrativas independentes: *smoke & mirrors*”, *C&R*, n.º 7/8, 2012, p. 63-113.
- CÂMARA, Paulo, “Regulação e valores mobiliários”, *in: Paz Ferreira et al., Regulação em Portugal: Novos Tempos, Novo Modelo?*, Coimbra, Almedina, 2009, p. 127-186.
- CANARIS, Claus-Wilhelm, “Grundrechte und Privatrecht”, *Archiv für die civilistische Praxis*, vol. 184, 1984, p. 201-246.
- *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, Coimbra, Almedina, 2003 (trad. de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto).
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes, “O direito constitucional passa: o direito administrativo passa também”, *in: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, p. 705-722.
- “Omissões normativas e deveres de protecção”, *in: Figueiredo Dias et al. (org.), Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*, II, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, p. 111-124.
- *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.^a ed., Coimbra, Almedina, 2003 (citado: CANOTILHO, ⁷*Direito Constitucional*).
- “O Estado Garantidor. Claros – escuros de um conceito”, *in: Avelãs Nunes / Jacinto Coutinho (coord.), O Direito e o Futuro – o Futuro do Direito*, Coimbra, Almedina, 2008, p. 571-576.
- “O princípio democrático sobre a pressão dos novos esquemas regulatórios”, *Revista de Direito Público e Regulação*, n.º 1, 2009, p. 99-107.
- CANOTILHO, J. J. Gomes / MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4.^a ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2007 (citado: CANOTILHO, Gomes / MOREIRA, Vital, ⁴*CRP*, I).
- CARMIGNANI, Giovanni, *Elementi di Diritto Criminale*, Milano, Francesco Sanvito Editore, 1863.

-
- CARNEVALE, Emanuele, “La lesione dei beni giuridici nelle contravvenzioni”, *La Giustizia Penale*, 1906, col. 1385-1391.
- “Concetto della contravvenzione”, in: *Diritto Criminale*, vol. III, Roma, Foro Italiano, 1932, p. 98-166 [estudo originalmente publicado na revista *Studi Senesi*, XXI, de 1904]
- CARRARA, Francesco, *Programma del Corso di Diritto Criminale*, vol. I: *Parte Generale*, 8.^a ed., Firenze, Fratelli Cammelli, 1897.
- CARVALHO, Américo Taipa de, *Condicionalidade Sócio-Cultural do Direito Penal – Análise histórica. Sentido e Limites*, Sep. do BFDUC, 1985.
- *Sucessão de Leis Penais*, Coimbra, Coimbra Editora, 1990.
- *Direito Penal. Parte Geral: Questões Fundamentais*, Porto, Universidade Católica, 2003.
- *Sucessão de Leis Penais*, 3.^a ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2008.
- *Direito Penal. Parte Geral: Questões Fundamentais; Teoria Geral do Crime*, 2.^a ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2008 (citado: CARVALHO, Taipa de, ²DP-PG).
- CATARINO, Luís Guilherme, *Regulação e Supervisão dos Mercados de Instrumentos Financeiros. Fundamento e Limites do Governo e Jurisdição das Autoridades Independentes*, Coimbra, Almedina, 2010.
- CHAUVEAU, Adolphe / HÉLIE, Faustin, *Théorie du Code Pénal*, I, Bruxelles, Société Typographique Belge, 1843.
- *Théorie du Code Pénal*, VI, 3.^a ed., Paris, Imprimerie et Librie Générale de Jurisprudence, 1852.
- *Théorie du Code Pénal*, VI, 5.^a ed., Paris, Imprimerie et Librie Générale de Jurisprudence, 1873.
- CHAVES, Eduardo Arala, *Delitos Contra a Saúde Pública e Contra a Economia Nacional*, Coimbra, Coimbra, Editora, 1961.
- CID MOLINÉ, José, “Garantías y sanciones (Argumentos contra la tesis de la identidad de garantías entre las sanciones punitivas)”, *Revista de Administración Pública*, n.º 140, 1996, p. 131-172.
- COEPPICUS, Rolf, “Eine Bilanz des OWiG 1968”, *Deutsches Autorecht*, 1985, p. 97-105.
- “Eine weitere Reform des OWiG 1968”, *ZRP*, 1996, p. 169-173.

Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra, Coimbra Editora: Tomo I, Artigos 131º a 201º, 2.ª ed., 2012; Tomo II, Artigos 202º a 307º, 1999; e Tomo III, Artigos 308º a 386, 2001 (citado: NOME DO COMENTADOR, *Comentário Conimbricense do Código Penal*).

Constituição Portuguesa Anotada, organizada por Jorge Miranda e Rui Medeiros, Coimbra, Coimbra Editora: Tomo I, 2.ª ed., 2010; Tomo II, 2006; e Tomo III, 2007 (citado: NOME DO COMENTADOR, *Constituição Portuguesa Anotada*).

CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal*, Coimbra, Atlântida, 1949 (publicadas por Francisco Pereira Coelho e Manuel Rosado Coutinho).

—— *Processo Criminal*, Coimbra, 1954.

—— “Código Penal. Projecto da Parte Geral”, *BMJ*, n.º 127, 1963, p. 17-143.

—— (com a colaboração de Figueiredo Dias), *Direito Criminal*, I, Coimbra, Almedina, 1963 (citado: CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal*, I).

—— *in: Actas das Sessões da Comissão Revisora do Código Penal, Parte Geral*, I Volume, Separata do *BMJ*, 1965, p. 5-28.

—— “A influência de Franz v. Liszt sobre a reforma penal portuguesa”, *BFDUC*, vol. XLVI, 1970, p. 1-34.

—— “Direito penal e direito de mera ordenação social”, *BFDUC*, vol. XLIX, 1973, p. 257-281.

—— “Introdução ao direito penal económico”, *RDE*, 3, 1977, p. 3-35.

—— “As grandes linhas da reforma penal”, *in: Jornadas de Direito Criminal: O Novo Código Penal Português e Legislação Complementar, Fase I*, Lisboa, Centro de Estudos Judiciários, 1983, p. 17-37.

CORREIA, José Manuel Sérvulo, “Introdução ao Direito da Saúde”, *in: Direito da Saúde e Bioética*, Lisboa, Lex, 1991, p. 41-53.

COSTA, António de Almeida, “Sobre o crime de corrupção”, *in: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, I, 1984, p. 55-193.

—— “A propósito do novo Código do Trabalho: bem jurídico e pluralidade de infracções no âmbito das contra-ordenações relativas ao «trabalho suplementar». Subsídio para uma dogmática do direito de mera-ordenação-social-laboral”, *in:*

-
- Costa Andrade *et. al.* (org.), *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 1035-1066.
- COSTA, Joaquim Pedro Cardoso da, “O recurso para os tribunais judiciais da aplicação de coimas pelas autoridades administrativas”, *Ciência e Técnica Fiscal*, n.º 366, 1992, p. 39-69.
- COSTA, José de Faria, “Breves reflexões sobre o Decreto-Lei n.º 207-B/75 e o direito penal económico”, *RDE*, 2, 1976, p. 35-57.
- *Aspectos Fundamentais da Problemática da Responsabilidade Objectiva no Direito Penal Português* (Separata do BFDUC “Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Teixeira Ribeiro), Coimbra, 1981
- “A importância da recorrência no pensamento jurídico. Um exemplo: a distinção entre o ilícito penal e o ilícito de mera ordenação social”, *RDE*, 9, 1983, p. 3-51.
- “Les problèmes juridiques et pratiques posés par la différence entre le Droit Criminel et le Droit Administratif Pénal”, *BFDUC*, vol. LXII, 1986, p. 141-182.
- *O Perigo em Direito Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 1992.
- “Crimes e contra-ordenações (Afirmção do princípio do *numerus clausus* na repartição das infracções penais e diferenciação qualitativa entre as duas figuras dogmáticas)”, *Questões Laborais*, ano VIII, n.º 17, 2001.
- “Ilícito-típico, resultado e hermenêutica (ou o retorno à limpidez do essencial)”, *RPCC*, 2002, Fasc. 1.º, p. 7-23.
- *Direito Penal Económico*, Coimbra, Quarteto, 2003.
- *Direito Penal Especial (Contributo a uma Sistematização dos Problemas “Especiais” da Parte Especial)*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004.
- “Uma ponte entre o direito penal e a filosofia penal: lugar de encontro sobre o sentido da pena”, in: *Linhas de Direito Penal e de Filosofia. Alguns Cruzamentos Reflexivos*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 205-235.
- *Noções Fundamentais de Direito Penal (Fragmenta Iuris Poenalis)*, 3.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2012 (citado: COSTA, Faria, ³*Fragmenta*).
- “Crítica à tipificação do crime de enriquecimento ilícito: *plaidoyer* por um direito penal não iliberal e ético-socialmente fundado”, *RLJ*, 141.º ano, 2012, n.º 3973, p. 229-264.

-
- COSTA, José de Faria / RAMOS, Maria Elisabete, *O Crime de Abuso de Informação Privilegiada (Insider Trading). A Informação enquanto Problema Jurídico-Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006.
- COSTA, José Manuel Cardoso da, “A hierarquia das normas constitucionais e a sua função na protecção dos direitos fundamentais”, *BMJ*, n.º 396, 1990, p. 5-27.
- CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, «*Constituição e Crime*». *Uma Perspectiva da Criminalização e da Descriminalização*, Porto, Universidade Católica, 1995.
- CSERES, J. Katalin / SCHINKEL, Maarten Pieter / VOGELLAR, Floris, “Law and economics of criminal antitrust enforcement: an introduction”, in: K. Cseres *et al.* (org.), *Criminalization of Competition Law Enforcement: Economic and Legal Implications for the EU Member States*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2006, p. 1-29.
- DANSCHACHER, Wolfgang, *Die Theoretischen Grundlagen einer Abgrenzung zwischen krimineller Straftat und Ordnungsverstoß*, Hamburg, 1963.
- DANTAS, António Leones, “Considerações sobre o processo das contra-ordenações – a fase administrativa”, *RMP*, n.º 61, 1995, p. 103-119.
- D’AVILA, Fabio Roberto, *Ofensividade e Crimes Omissivos Próprios (Contributo à Compreensão do Crime como Ofensa ao Bem Jurídico)*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005.
- “Direito penal e direito sancionador. Sobre a identidade do direito penal em tempos de indiferença”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 60, 2006, p. 9-35.
- DAXENBERGER, Matthias, *Kumulationseffekte: Grenzen der Erfolgzurechnung im Umweltstrafrecht*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1997.
- DELLMAS-MARTY, Mireille, “Introduction: Différenciation des systèmes juridiques à dominante pénale ou administrative”, in: *Revue Internationale de Droit Pénal*, n.º especial: *Les Problèmes Juridiques et Pratiques Posés par la Différence entre le Droit Criminel et le Droit Administratif Pénal*, vol. 59, 1988, p. 27-64.
- “La jurisprudence de la Cour Européene des Droits de l’Homme et la «logique du flou»”, *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, 1992, p. 1031-1046.
- “Le nouveau Code Pénal Français: textes et contexte”, in: *Valore e Principi della Codificazione Penal: le Esperienze Italiana, Spagnola e Francese a Confronto*, Padova, CEDAM, 1995, p. 41-56.

-
- *Le Flou du Droit. Du Code Pénal aux Droits de l'Homme*, Paris, Quadrige / PUF, 2004.
- DELMAS-MARTY, M. / DERVIEUX, V. / JACQ, C. / MASSIAS, F., “La «matière pénale» au sens de la Convention européenne des droits de l’homme, flou du droit penal”, *Science Criminelle et Droit Pénal Comparé*, 1987, p. 819-862.
- DELMAS-MARTY, Mireille / TEITGEN-COLLY, Catherine, *Punir sans Juger? De la Répression Administrative au Droit Administratif Pénal*, Paris, Economica, 1992.
- DIAS, Augusto Silva, “Crimes e contra-ordenações fiscais”, in: IDPEE, *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários. Vol. II: Problemas Especiais*, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, p. 439-480.
- “What if everybody did it? Sobre a (in)capacidade de ressonância do direito penal à figura da acumulação”, *RPCC*, 2003, Fasc. 3.º, p. 303-345.
- “Entre «comes e bebes»: debate de algumas questões polémicas no âmbito da protecção jurídico-penal do consumidor (a propósito do Acórdão da Relação de Coimbra de 10 de Julho de 1996)”, *RPCC*, 4/1998, p. 515-592, e 1/1999, p. 45-84.
- “Linhas gerais do regime jurídico dos crimes contra interesses dos consumidores no Anteprojecto de Código do Consumidor”, *Estudos de Direito do Consumidor*, 2005, p. 315-340.
- «*Delicta in Se*» e «*Delicta Mere Prohibita*»: *Uma Análise das Descontinuidades do Ilícito Penal Moderno à Luz da Reconstrução de uma Distinção Clássica*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008 (citado: DIAS, Silva, «*Delicta in Se*» e «*Delicta Mere Prohibita*»).
- *Ramos Emergentes do Direito Penal Relacionados com Protecção do Futuro*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008.
- “O direito à não auto-inculpação no âmbito das contra-ordenações do Código dos Valores Mobiliários”, *C&R*, n.º 1, 2010, p. 237-265.
- “Têm os deveres de cooperação do art. 7.º e ss. do DL n.º 29/2008, de 25 de Fevereiro, implicações processuais penais ou contra-ordenacionais?”, in: Maria Fernanda Palma *et. al.* (org.), *Direito Penal Económico e Financeiro*, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 433-451.

-
- DIAS, Augusto Silva / RAMOS, Vânia Costa, *O Direito à Não Auto-Inculpação (Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare) no Processo Penal e Contra-Ordenacional Português*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009.
- DIAS, Jorge de Figueiredo, “A reforma do direito penal português. Princípios e orientações fundamentais”, *BFDUC*, separata do vol. XLVIII, 1972.
- “Lei criminal e controlo da criminalidade. O processo legal-social de criminalização e de descriminalização”, *ROA*, 1976, p. 69-98.
- “Sobre o crime económico de açambarcamento por recusa de venda”, *RDE*, 2, 1976, p. 153-185.
- “Direito penal e Estado-de-Direito material”, *Revista de Direito Penal*, n.º 31, 1982, p. 38-53.
- “O movimento da descriminalização e o ilícito de mera ordenação social”, in: *Jornadas de Direito Criminal. O Novo Código Penal Português e Legislação Complementar, Fase I*, Lisboa, Centro de Estudos Judiciários, 1983, p. 315-336.
- “Os novos rumos da política criminal”, *ROA*, 1983, p. 5-40.
- “Para uma dogmática do direito penal secundário. Um contributo para a reforma do direito penal económico e social português”, *RLJ*, 116.º ano, 1983-1984, n.º 3714 e ss., pp. 263-267, 298-301, 330-333, 364-367, e 117.º ano, 1984-1985, pp. 7-12, 46-50 e 72-78.
- “Vom Verwaltungsstrafrecht zum Nebenstrafrecht. Eine Betrachtung im Lichte der neuen portugiesischen Rechtsordnung”, in: Theo Vogler, *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag*, I, Berlin, Duncker & Humblot, 1985, p. 80-103.
- “Crime de câmbio ilegal”, *Colectânea de Jurisprudência*, 1987, II, p. 51-57.
- *O Sistema Sancionatório do Direito Penal Português no Contexto dos Modelos da Política Criminal* (Separata do BFDUC “Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia”, 1984), Coimbra, 1988.
- *Direito Processual Penal*, Coimbra, FDUC, 1988-89.
- “Sobre o estado actual da doutrina do crime. Sobre os fundamentos da doutrina e a construção do tipo-de-ilícito”, *RPCC*, 1991, Fasc. 1.º, p. 9-53.
- *Direito Penal Português. Parte Geral, II: As Consequências Jurídicas do Crime*, Æquitas / Editorial Notícias, 1993 (citado: DIAS, Figueiredo, *DP-PG, II*).

-
- “O Código Penal português de 1982 e a sua reforma”, *RPCC*, 2/1993, p. 161-195.
- *Liberdade, Culpa, Direito Penal*, 3.^a ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1995.
- *O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal*, 4.^a ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1995 [1.^a ed.: 1969].
- “Oportunidade e sentido da revisão do Código Penal português”, in: *Jornadas de Direito Criminal. Revisão do Código Penal*, Lisboa, CEJ, 1996, p. 17-40.
- “Do direito penal administrativo ao direito de mera ordenação social: das contravenções às contra-ordenações”, in: *Temas Básicos da Doutrina Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, p. 135-154.
- “Sobre a tutela jurídico-penal do ambiente – um quarto de século depois”, in: Figueiredo Dias *et. al.* (org.), *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*, I, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, p. 371-392.
- “O papel do direito penal na protecção das gerações futuras”, *BFDUC: Volume Comemorativo do 75.º Tomo do Boletim da Faculdade de Direito*, 2003, p. 1123-1138.
- *Direito Penal. Parte Geral, Tomo I: Questões Fundamentais; A Doutrina Geral do Crime*, 2.^a ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2007 (citado: DIAS, Figueiredo, ²*DP-PG*, I).
- “O «direito penal do bem jurídico» como princípio jurídico-constitucional. Da doutrina penal, da jurisprudência constitucional portuguesa e das suas relações”, in: *XXV Anos de Jurisprudência Constitucional Portuguesa: Colóquio comemorativo do XXV Aniversário do Tribunal Constitucional*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 31-46.
- *Acordos sobre a Sentença em Processo Penal. O “Fim” do Estado de Direito ou um Novo “Princípio”?*, Porto, Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, 2011, p. 103 e ss.
- “O Direito Penal Económico entre o passado, o presente e o futuro”, *RPCC*, 3/2012.
- “Sobre o sistema do facto punível”, IV, em vias de publicação nos Estudos de Homenagem ao Prof. Dr. António Barbosa de Melo.

-
- DIAS, Jorge de Figueiredo / ANDRADE, Manuel da Costa, “Problemática geral das infracções antieconómicas”, *BMJ*, n.º 262, 1977, p. 5-49.
- *Criminologia. O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena*, Coimbra, Coimbra Editora, 1984.
- *Direito Penal: Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime*, Coimbra, FDUC, 1996.
- “Poderes de supervisão, direito ao silêncio e provas proibidas (Parecer)”, in: Jorge de Figueiredo Dias *et al.*, *Supervisão, Direito ao Silêncio e Legalidade da Prova*, Coimbra, Almedina, 2009, p. 11-56.
- DIAS, Jorge de Figueiredo / CAEIRO, Pedro, “Erro sobre proibições legais e falta de consciência do ilícito (arts. 16.º e 17.º do Código Penal) – violação de regras de execução orçamental”, *RPCC*, 1995, Fasc. 2.º, p. 245-273.
- DIETLEIN, Johannes, “Das Untermaßverbot”, *Zeitschrift für Gesetzgebung*, 2/1995, p. 131-141.
- DIJK, Pieter van / HOOF, Fried van / RIJN, Arjen van / ZWAAK, Leo, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 4.^a ed., Antwerpen, Intersentia, 2006.
- DOLCINI, Emilio, “Sanzione penale o sanzione amministrativa: problemi di scienza della legislazione”, *RIDPP*, 1984, p. 589-625.
- “Sui rapporti fra tecnica sanzionatoria penale e amministrativa”, *RIDPP*, 1987, p. 777-797.
- DOLCINI, Emilio / MARINUCCI, Giorgio, “Constituição e escolha dos bens jurídicos”, *RPCC*, 2/1994, p. 151-198.
- DOLCINI, Emilio / PALIERO, Carlo Enrico, “L’illecito amministrativo (*Ordnungswidrigkeit*) nell’ordinamento della Repubblica Federale di Germania: disciplina, sfera di applicazione, linee di politica legislativa”, *RIDPP*, 1980, p. 1134-1148.
- “I «principi generali» dell’illecito amministrativo nel disegno di legge «Modifiche al sistema penale»”, *RIDPP*, 1980, p. 1154-1181.
- DONINI, Massimo, *Il Delitto Contravvenzionale. “Culpa Iuris” e Oggetto del Dolo nei Reati a Condotta Neutra*, Milano, Giuffrè, 1993.

-
- “La riforma della legislazione penale complementare. Il suo significato «constituente» per la riforma del Codice”, in: M. Donini (org.), *La Riforma della Legislazione Penale Contemporanea*, Milano, Cedam, 2000, p. 3-59.
- DREYFUS, F. G. / MARX, Roland / POIDEVIN, Raymond, *História Geral da Europa*, III, Mem Martins, Publicações Europa-América, 1996.
- DRIENDL, Johannes, *Zur Notwendigkeit und Möglichkeit einer Strafgesetzgebungswissenschaft in der Gegenwart*, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1983.
- ENGELHART, Marc, *Sanktionierung von Unternehmen und Compliance: eine rechtsvergleichende Analyse des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts in Deutschland und den USA*, 2.^a ed., Berlin, Duncker & Humblot, 2012.
- EPPING, Volker / HILLGRUBER, Christian, *Beck’scher Online-Kommentar GG*, 15.^a ed., München, C. H. Beck, 2012 (citado: EPPING / HILLGRUBER / NOME DO COMENTADOR, ¹⁵GG).
- ESER, Albin, *Die Abgrenzung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten*, Würzburg, dissertação não publicada apresentada à Julius-Maximilians Universität, 1961.
- FARIA, Maria Paula Ribeiro de, *A Adequação Social da Conduta no Direito Penal ou o Valor dos Sentidos Sociais na Interpretação da Lei Penal*, Porto, Publicações Universidade Católica, 2005.
- FARINHA, João Pinheiro, *Código da Estrada Anotado*, 2.^a ed., Lisboa, Livraria Morais Editores, 1961.
- FAVEIRO, Vítor, *Código Penal Português Anotado e Atualizado*, Coimbra, Coimbra Editora, 1946.
- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, “Sobre la «administrativización» del Derecho penal en la «sociedad de riesgo»: un apunte sobre la política criminal a principios del siglo XXI”, in: Díaz-Maroto e Villarejo (orgs.), *Derecho y justicia penal en el siglo XXI. Liber Amicorum en Homenaje al Profesor Antonio González-Cuéllar García*, Madrid, Ed. Colex, 2006, p. 137-176.
- FEINBERG, Joel, *The Moral Limits of the Criminal Law, Volume One: Harm to Others*, New York, Oxford University Press, 1984.
- *The Moral Limits of the Criminal Law, Volume Four: Harmless Wrongdoing*, New York, Oxford University Press, 1988.

-
- FERNANDES, Plácido Conde, *in*: Pinto de Albuquerque / José Branco, *Comentário das Leis Penais Extravagantes*, I, Lisboa, Univ. Católica Editora, 2010, p. 275-320.
- FERRÃO, F. A. F. da Silva, *Theoria do Direito Penal Aplicada ao Código Penal Portuguez*, I, Lisboa, Typographia Universal, 1856.
- *Theoria do Direito Penal Aplicada ao Código Penal Portuguez*, VIII, Lisboa, Imprensa Nacional, 1857.
- FERREIRA, Eduardo Paz, *Direito da Economia*, Lisboa, AAFDL, 2001.
- “Em torno da regulação económica em tempos de mudança”, *C&R*, n.º 1, 2010, p. 31-54.
- FERREIRA, Eduardo Paz / MORAIS, Luís Silva, “A regulação sectorial da economia. Introdução e perspectiva geral”, *in*: Paz Ferreira *et al.*, *Regulação em Portugal: Novos Tempos, Novo Modelo?*, Coimbra, Almedina, 2009, p. 7-38.
- FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, *Lições de Direito Penal*, FDUL, 1940/41 (publicadas por Carmindo Rodrigues Ferreira e Henrique Vaz Lacerda).
- *Curso de Processo Penal*, III, Lisboa, 1958.
- *Direito Penal*, Lisboa, AAFDL, 1969 (publicado por Carlos Francisco Rego e Maria Helena Sil de Almeida).
- *Direito Penal Português. Parte Geral*, I, Lisboa, Verbo, 1981.
- *Curso de Processo Penal*, vol. 2.º, Lisboa, Editora Danúbio, 1986.
- *Lições de Direito Penal. Parte Geral, I: A Lei Penal e a Teoria do Crime no Código Penal de 1982*, Lisboa: Verbo, 1992 (citado: FERREIRA, Cavaleiro de, ⁴*Lições de Direito Penal*, 1992).
- FERRI, Enrico, “La cosiddetta volontarietà nelle contravvenzioni”, *in*: *Difese Penali e Studi di Giurisprudenza*, Torino, Fratelli Bocca, 1899, p. 402-411.
- FIANDACA, Giovanni, “Il «bene giuridico» come problema teorico e come critério di politica criminale”, *RIDPP*, p. 42-81.
- FIANDACA, Giovanni / MUSCO, Enzo, *Diritto Penale. Parte Generale*, 5.ª ed., Bologna, Zanichelli, 2007 (FIANDACA / MUSCO, ⁵*DP-PG*).
- FIDALGO, Sónia, “O processo sumaríssimo na revisão do Código de Processo Penal”, *Revista do CEJ*, n.º 9 (Especial): *Jornadas sobre a Revisão do Código de Processo Penal*, 2008, p. 297-319.
- FISCHER, Thomas, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 58.ª ed, München, C. H. Beck, 2011 (citado: FISCHER, ⁵⁸*StGB*).

-
- FORSTHOFF, Ernst, *Die Verwaltung als Leistungsträger*, Stuttgart, Kohlhammer, 1938.
- *Lehrbuch des Verwaltungsrechts, I: Allgemeiner Teil*, 10.^a ed., München, C. H. Beck, 1973.
- FRANK, Reinhard v., “Die Überspannung der staatlichen Strafgewalt”, *ZStW*, 1898, p. 733-750.
- FRANZIUS, Claudio, “Der «Gewährleistungsstaat» - ein neues Leitbild für den sich wandelnden Staat?”, *Der Staat*, 2003, p. 493-517.
- “Der Gewährleistungsstaat”, *Verwaltungsarchiv*, 2008, p. 351-379.
- *Gewährleistung im Recht: Grundlagen eines europäischen Regelungsmodells öffentlicher Dienstleistungen*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2009.
- FRIEDMAN, Milton, *Capitalism and Freedom*, Chicago, University of Chicago Press, 1962.
- FROWEIN, Jochen / PEUKERT, Wolfgang, *Europäische Menschenrechtskonvention Kommentar*, 2.^a ed., Kehl am Rhein, N. P. Engel Verlag, 1996.
- GALLAS, Wilhelm, *in: Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtkommission, 1. Band: Grudsatzfragen, 1. Bis 13. Sitzung*, Bonn, 1956, p. 87-88.
- GARRAUD, René, *Précis de Droit Criminel*, Paris, L. Larose, 1881.
- *Traité Théorique et Pratique du Droit Pénal Français*, VI, 2.^a ed., Paris, Librairie de la Société du Recueil Général des Lois et des Arrêts, 1902.
- GERSÃO, Eliana, “Violações de deveres tributários criminalmente sancionadas”, *Ciência e Técnica Fiscal*, n.^{os} 173-174, 1973, p. 7-62.
- “Revisão do sistema jurídico relativo à infracção fiscal”, *in: IDPEE, Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários. Vol. II: Problemas Especiais*, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, p. 85-99.
- GIDDENS, Anthony, “After the left’s paralysis”, *New Statesman*, vol. 127, n.º 4383, 1998, p. 18-21.
- *The Third Way: The Renewal of Social Democracy*, Cambridge, Polity Press, 1998.
- *The Third Way and Its Critics*, Cambridge, Polity Press, 2000.

-
- “The progressive agenda”, in: *Progressive Futures: New Ideas for the Centre-Left*, London, Policy Network, 2003, www.policy-network.net/publications, p. 3-45.
- GOFFMAN, Erving, *Manicômios, Prisões e Conventos*, São Paulo, Editora Perspectiva, 1974 (trad. de Dante Leite a partir da versão original de *Asylums – Essays on the Social Situation of Mental Patients and Other Inmates*, 1961).
- GÖHLER, Erich, “Das neue Gesetz über Ordnungswidrigkeiten”, *JZ*, 1968, p. 583-591.
- “Zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten”, *NStZ*, 1985, p. 62-67.
- *Ordnungswidrigkeitengesetz*, 10.^a ed., München, C. H. Beck, 1992 (citado: GÖHLER, ¹⁰OWiG).
- GÖHLER, Erich / GÜRTLER, Franz / SEITZ, Helmut, *Ordnungswidrigkeitengesetz*, 16.^a ed., München, C. H. Beck, 2012 (citado: GÖHLER / NOME DO COMENTADOR, ¹⁶OWiG).
- GOLDSCHMIDT, James, *Das Verwaltungsstrafrecht. Eine Untersuchung der Grenzgebiete zwischen Strafrecht und Verwaltungsrecht auf rechtsgeschichtlicher und rechtsvergleichender Grundlage*, Berlin, Carl Heymanns Verlag, 1902 (citado: GOLDSCHMIDT, *Das Verwaltungsstrafrecht*).
- “Begriff und Aufgabe eines Verwaltungsstrafrechts”, *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1902, p. 212-214.
- “Begriff und Aufgabe eines Verwaltungsstrafrechts”, *GA*, 1903, p. 71-93.
- “Das Verwaltungsstrafrecht im Verhältnis zur modernen Staats- und Rechtslehre”, in: *Festgabe der juristischen Gesellschaft zu Berlin. zum 50jährigen Dienstjubiläum ihres Vorsitzenden, des Wirklichen Geheimen Rats Dr. Richard Koch*, Berlin, Liebmann, 1903, p. 415-443.
- “Was ist ‘Verwaltungsstrafrecht?’”, *Deutsche Strafrechts-Zeitung*, n.º 1, 1914, cols. 222-229,
- “Le contraventione e la teoria del diritto penale amministrativo”, in: Luigi Lucchini, *Per il Cinquantenario della “Rivista Penale”*, Città di Castello, 1925, p. 409-420.
- “Die Rechtsgültigkeit des Zwangsgeldes in Polizeiverordnungen nach dem Preußischen Polizeiverwaltungsgesetz. Ein der Preußischen Regierung erstattetes Gutachten”, *ZStW*, 52, 1932, p. 497-529.

-
- GOLLWITZER, Walter, *Menschenrechte im Strafverfahren: MRK und IPBPR Kommentar*, Berlin, De Gruyter, 2005.
- GOMES, José Luís Caramelo, *Lições de Direito da Concorrência*, Coimbra, Almedina, 2010.
- GOMES, Júlio M. Vieira, *Direito do Trabalho, I: Relações Individuais de Trabalho*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007.
- GÓMEZ TOMILLO, Manuel, *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General*, Cizur Menor, Ed. Aranzadi, 2008.
- GONÇALVES, Manuel Maia, *Código Penal Português*, 2.^a ed., Coimbra, Almedina, 1972.
- GONÇALVES, Pedro Costa, *Entidades Privadas com Poderes Públicos. O Exercício de Poderes Públicos de Autoridade por Entidades Privadas com Funções Administrativas*, Coimbra, Almedina, 2005.
- “Direito administrativo da regulação”, *Sep. de Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Marcello Caetano no Centenário do seu Nascimento*, Lisboa, Ed. FDUL / Coimbra Editora, 2006, p. 535-573.
- “Estado de garantia e mercado”, *RFDUP*, 2010, p. 97-128.
- GORJÃO-HENRIQUES, Miguel, *Da Restrição da Concorrência na Comunidade Europeia: a Franquia de Distribuição*, Coimbra, Almedina, 1998.
- *Direito da União*, 6.^a ed., Coimbra, Almedina, 2010.
- GRACÍA MARTIN, Luis, *Prolegómenos para la Lucha por la Modernización y Expansión del Derecho Penal y para la Crítica del Discurso de Resistencia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.
- “Algunas reflexiones sobre la pretendida contrariedad del Derecho penal moderno a los principios y garantías penales del estado de derecho”, in: Carbonell Mateu / González Cussac / Orts Berenguer (org.), *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal. Semblanzas y Estudios con Motivo del Setenta Aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón*, I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, p. 879-921.
- GRECO, Luís, *Modernização do Direito Penal, Bens Jurídicos Coletivos, Crimes de Perigo Abstrato*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011.
- “Existem critérios para a postulação de bens jurídicos colectivos?”, *C&R*, n.^{os} 7/8, 2012, p. 349-373.
- GÜNTHER, Hans-Ludwig, “Die Genese eines Straftatbestandes”, *JuS*, 1978, p. 8-14.

-
- “Das Recht der Ordnungswidrigkeiten – Aufbruch zu neuen Ufern?“, *in*: Knut Nörr, *40 Jahre Bundesrepublik Deutschland – 40 Jahre Rechtsentwicklung*, Tübingen, J. C. B. Mohr, 1990, p. 381-394.
- “Die Ordnungswidrigkeit – Delikt ohne untelmittelbar verletzte individuelle Opfers“, *in*: Ulrich Sieber *et al.*, *Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht: Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtstatsachen. Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag*, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2008, p. 165-170.
- HAKOPIAN, Gurgen, “Criminalisation of EU competition law enforcement – a possibility after Lisbon?“, *The Competition Law Review*, vol. 7, n.º 1, p. 157-173.
- HARDING, Christopher, “Forging the european cartel offence: the supranational regulation of business conspiracy“, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, vol. 12/4, 2004, p. 275-300.
- HASSEMER, Winfried, *Theorie und Soziologie des Verbrechens. Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre*, Frankfurt am Main, Athenäum Verlag, 1973.
- “Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre“, *in*: Scholler / Philipps (org.), *Jenseits des Funktionalismus: Arthur Kaufmann zum 65. Geburtstag*, Heidelberg, Decker & Müller, 1989, p. 85-94.
- “Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts“, *ZRP*, 1992, p. 378-383.
- “Strafrechtlicher Rechtsgüterschutz unter der Verfassung“, *in*: A. Karras (org.), *Festschrift für Nikolaos K. Androulakis*, Atenas, Sakkoula, 2003, p. 207-224.
- “Darf es Straftaten geben, die ein strafrechtliches Rechtsgut nicht in Mitleidenschaft ziehen?“, *in*: Hefendehl / von Hirsch / Wohlers (org.), *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2003, p. 57-64.
- HAUS, J. J., *Observations sur le Projet de Révision du Code Pénal*, I, Gand, 1835.
- *Principes Généraux du Droit Pénal Belge*, Gand, H. Hoste, 1869.
- HEFENDEHL, Roland, “Zur Vorverlagerung des Rechtsgutsschutzes am Beispiel der Geldfälschungstatbestände“, *JR*, 1996, p. 353-357.
- “Die Popularklage als Alternative zum Strafrecht bei Delikten gegen die Gemeinschaft?“, *GA*, 1997, p. 119-134.

-
- *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, Köln, Carl Heymanns Verlag KG, 2002 (citado: HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter*).
- “Die Materialisierung von Rechtsgut und Deliktsstruktur”, *GA*, 2002, p. 21-28.
- “Der Rechtsgut als materialer Angelpunkt einer Strafnorm”, in: Hefendehl / von Hirsch / Wohlers (org.), *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2003, p. 119-132.
- “Mit langem Atem: Der Begriff des Rechtsguts”, *GA*, 2007, p. 1-14.
- “Uma teoria social do bem jurídico”, *RBCC*, n.º 87, 2010, p. 103-120.
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Berlin, Nicolaischen Buchhandlung, 1821.
- HESEL, Gerd Johannes, *Untersuchungen zur Dogmatik und den Erscheinungsformen “Modernen” Strafrechts*, Marburg, N. G. Elwert Verlag, 2004.
- HIRSCH, Andrew von, “Extending the Harm Principle: ‘remote’ harms and fair imputation”, in: Simester / Smith, *Harm and Culpability*, Oxford, Clarendon Press, 1996, p. 259-276.
- HIRSCH, Andrew von / WOHLERS, Wolfgang, “Rechtsgutstheorie und Deliktsstruktur – zu den Kriterien fairer Zurechnung”, in: Hefendehl / von Hirsch / Wohlers (org.), *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2003, p. 196-214.
- HIRSCH, Hans Joachim, “Gefahr und Gefährlichkeit”, in: Haft *et. al.* (org.), *Strafgerechtigkeit, Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, C. F. Müller Verlag, 1993, p. 545-563.
- HOFACKER, Wilhelm, *Über die Grenzabscheidung zwischen Strafrechtsprechung und Verwaltung*, Berlin, Kohlhammer, 1914.
- HOHMANN, Olaf, *Das Rechtsgut der Umweltdelikte: Grenzen des strafrechtlichen Umweltschutzes*, Frankfurt am Main, Lang, 1991.
- HÜNERFELD, Peter, “A pequena criminalidade e o processo penal”, *RDE*, 4, 1978, p. 25-47.
- FISCHER, Gero, “Bericht über das Kolloquium «Die Problematik der Umwandlung der Verkehrsübertretungen in Ordnungswidrigkeiten»”, *ZStW*, 82, 1970, p. 108-121.

-
- FRISCH, Wolfgang, “Rechtsgut, Recht, Deliktsstruktur und Zurechnung im Rahmen der Legitimation staatlichen Strafens”, *in*: Hefendehl / von Hirsch / Wohlers (org.), *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2003, p. 215-238.
- ISENSEE, Josef, “Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht”, *in*: Isensee / Kirchhof (orgs.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 3.^a ed., IX, § 191, Heidelberg, C. F. Müller, 2011.
- JÄGER, Herbert, *Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten*, Stuttgart, Ferdinand Henke Verlag, 1957.
- JAKOBS, Günther, *Strafrecht. Allgemeiner Teil: die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2.^a ed., Berlin, Walter de Gruyter, 1993 (citado: Jakobs, ²AT).
- JELLINEK, Georg, *Die sociaethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe*, Wien, Alfred Hölder, 1878,
- JESCHECK, Hans-Heinrich, “Das deutsche Wirtschaftsstrafrecht”, *JZ*, 1959, p. 457-462.
- *in*: Jähnke / Laufhütte / Odersky, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, 11.^a ed., I, Berlin, Walter de Gruyter, 2003, Introdução (Lief. 1992).
- JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5.^a ed., Berlin, Duncker & Humblot, 1996 (citado: JESCHECK / WEIGEND, ⁵AT).
- JOERDEN, Jan C., “§ 34 Satz 2 StGB und das Prinzip der Verallgemeinerung”, *GA*, 1991, p. 411-427.
- JORDÃO, Levy Maria, *Commentario ao Codigo Penal Portuguez*, I, Lisboa, 1853.
- JORDÃO, Levy Maria / CARVALHO, Antonio Mello e / LIMA, José Ferreira, *Codigo Penal Português. Relatório da Comissão*, I e II, Lisboa, Imprensa Nacional, 1861.
- JOSHUA, Julian / HARDING, Christopher, “Breaking up the hard core: the prospects for the proposed cartel offence”, *Criminal Law Review*, 2002, p. 933-944.
- JUNG, Heike, “Die Europäische Menschenrechtskonvention und das deutsche Strafrecht. Eine Fallstudie am Beispiel des Begriffs der «strafrechtlicher Anklage» i.S.d. Art. 6 EMRK”, *EuGRZ*, 1996, p. 370-373.
- KARGL, Walter, “Parteispendenakquisition und Vorteilsannahme”, *JZ*, 2005, p. 503-512.
- Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, 3.^a ed., München, C. H. Beck, 2006 (citado: ³KK-NOME DO COMENTADOR).

-
- KAY, John, "The embedded market", in: *Progressive Futures: New Ideas for the Centre-Left*, London, Policy Network, 2003, www.policy-network.net/publications, p. 47-70.
- KOERING-JOULIN, Renée / TRUCHE, Pierre, "Retour sur le champ «pénal» européen...", in: *Mélanges en Hommage à Louis Edmond Pettiti*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 513-533.
- KRETSCHMER, Joachim, "Die Bekämpfung von Korruption mit dem OWiG", in: Claudius Geisler, *Festschrift für Klaus Geppert zum 70. Geburtstag*, Berlin, Walter de Gruyter, 2011, p. 287-309.
- KINDHÄUSER, Urs, "Kreditbetrug tritt hinter Betrug und Betrugversuch zurück. Urteil des BGH v. 21.2.1989", *JR*, 1990, p. 520-524.
- "Zur Legitimität der abstrakten Gefährdungsdelikte im Wirtschaftsstrafrecht", in: Schünemann / Suárez González (org.), *Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts. Madrid-Symposium für Klaus Tiedemann*, Köln, Carl Heymanns Verlag, 1994, p. 125-134.
- KLEE, Ernst, *Das Personenlexikon zum Dritten Reich. Wer war was vor und nach 1945*, 2.^a ed., Frankfurt am Main, Fischer Taschenbuch Verlag, 2005.
- KLEE, Karl, "Das Verbrechen als Rechtsguts- und als Pflichtverletzung", *Deutsches Strafrecht [GA]*, 1936, p. 1-16.
- KLEIN, Eckart, "Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates", *NJW*, 1989, p. 1633-1640.
- KLESCZEWSKI, Diethelm, *Die Rolle der Strafe in Hegels Theorie der bürgerlichen Gesellschaft*, Berlin, Duncker & Humblot.
- *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Bonn, Bernstein, 2008.
- *Ordnungswidrigkeitenrecht. Ein Lehrbuch*, München, Franz Vahlen, 2010 (citado: KLESCZEWSKI, *Ordnungswidrigkeitenrecht*).
- KNAPP, Wolfgang, "Das Recht der Ordnungswidrigkeiten", *JuS*, 1979, p. 610-618.
- KÖHLER, Michael, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlin, Springer, 1997.
- KOHLRAUSCH, Eduard, *Irrtum und Schuldbegriff im Strafrecht*, I, Berlin, J. Guttentag, 1903.
- KOHLRAUSCH, Eduard / LANGE, Richard, *Strafgesetzbuch mit Erläuterung und Nebengesetzen*, 43.^a ed., Berlin, Walter de Gruyter, 1961.
- KORAH, Valentine, *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, 9.^a ed., Oxford, Hart Publishing, 2007.

-
- KORIATH, Heinz, "Zum Streit um den Begriff des Rechtsguts", *GA*, 1999, p. 561-582.
- KRAKENBERGER, Paul, *Die rechtliche Natur der Ordnungsstrafe*, Breslau, Schletter, 1912.
- KREY, Volker, *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, I, 2.^a ed., Stuttgart, Kohlhammer, 2004.
- KRÜPELMANN, Justus, *Die Bagatelldelikte. Untersuchungen zum Verbrechen als Steigerungsbegriff*, Berlin, Duncker & Humblot, 1966.
- KUHLEN, Lothar, "Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerverunreinigung (§ 324)", *GA*, 1986, p. 389-408.
- "Umweltstrafrecht – auf der Suche nach einer neuen Dogmatik", *ZStW*, 105, 1993, p. 697-408.
- "Rechtsgüter und neuartiger Deliktstypen", *in*: von Hirsch / Seelmann / Wohlers (org.), *Mediating Principles. Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2006, p. 148-156.
- LABAND, Paul, *Le Droit Public de L'Empire Allemand*, II, Paris, V. Giard & E. Brière, 1901.
- LACKNER, Karl / KÜHL, Kristian, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 27.^a ed., München, C. H. Beck, 2011 (citado: ²⁷LACKNER / KÜHL).
- LAGODNY, Otto, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1996.
- "Human dignity and its impact on german substantive criminal law and criminal procedure", *Israel Law Review*, 1999, p. 575-591.
- "Das materielle Strafrecht als Prüfstein der Verfassungsdogmatik", *in*: Hefendehl / von Hirsch / Wohlers (org.), *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2003, p. 83-88.
- "Basic rights and substantive criminal law: the incest case", *University of Toronto Law Journal*, n.º 61, 2011, p. 761-776.
- LANG-HINRICHSSEN, Dietrich, "Zur Frage der Schuld bei Straftaten und Ordnungswidrigkeiten", *GA*, 1957, p. 225-238.
- "«Verbandsunrecht». Zugleich ein Beitrag zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten", *in*: Geerds / Naucke (orgs.), *Beiträge zur gesamten*

-
- Strafrechtswissenschaft. Festschrift für Hellmuth Mayer zum 70. Geburtstag*, Berlin, Duncker & Humblot, 1966, p. 49-78.
- LANGE, Richard, "Ordnungswidrigkeiten als Vergehen", *GA*, 1953, p. 3-14.
- "Der Strafgesetzgeber und die Schuldlehre. Zugleich ein Beitrag zum Unrechtsbegriff bei den Zuwiderhandlungen", *JZ*, 1956, p. 73-79.
- "Die Magna Charta der anständigen Leute", *JZ*, 1956, p. 519-524.
- *Das Rätsel Kriminalität. Was wissen wir vom Verbrechen?*, Frankfurt, Metzner, 1970.
- "Beteiligter und Teilnehmer", in: Schroeder / Zipf, *Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag*, Karlsruhe, C. F. Müller, 1972, p. 235-243.
- LARIZZA, Silvia, "Profili critici della politica di depenalizzazione", *RIDPP*, 1981, p. 61-96.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan, "Por un Derecho Penal sólo penal: Derecho Penal, Derecho de medidas de seguridad y Derecho Administrativo sancionador", in: Bajo Fernández *et. al.* (coord.), *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Pamplona, Thomson Civitas, 2005, p. 587-625.
- LEMKE, Michael / MOSBACHER, Andreas, *Ordnungswidrigkeitengesetz Kommentar*, 2.^a ed., Heidelberg, C. F. Müller, 2005.
- LISZT, Franz v., *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 21.^a e 22.^a ed., Berlin, Walter de Gruyter, 1919.
- LISZT, Franz v. / SCHMIDT, Eberhard, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 26.^a ed., Berlin, Walter de Gruyter, 1932.
- LOBÃO, Manoel de Almeida e Souza de, *Notas de uso practico, e criticas addições, ilustrações, e remissões, á imitação das de Muler a. Struvio, sobre todos os títulos e todos os §§ do livro primeiro das instituições do direito civil lusitano do doutor Paschoal José de Mello Freire*, Parte I, Lisboa, Impressão Regia, 1816.
- LOBO, Carlos Baptista, *Sectores em Rede: Regulação para a Concorrência. Enquadramento Jurídico-Económico das Redes Físicas (Telecomunicações, Energia e Transportes) e das Redes Virtuais*, Coimbra, Almedina, 2009.
- LOOS, Fritz, "Zum «Rechtsgut» der Bestechungsdelikte", in: Stratenwerth *et. al.* (org.), *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 25. März 1974*, Berlin, Walter de Gruyter, 1974, p. 879-895.

-
- LOUREIRO, Flávia Noversa, *A Legitimação do Direito Penal do Ambiente enquanto Tutela de Bens Jurídicos Colectivos – Subsídio para o Estudo da Figura da Acumulação*, 2007 (Dissertação de Mestrado apresentada na FDUC – disponível na Biblioteca da FDUC).
- “Estudo breve do art. 279.º do Código Penal após a revisão de Setembro de 2007”, in: Costa Andrade *et. al.* (org.), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, vol. III, Coimbra, Coimbra Editora, p. 455-482.
- LOUREIRO, João Carlos, *O Procedimento Administrativo entre a Eficiência e a Garantia dos Particulares (Algumas Considerações)*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995.
- “Aborto: algumas questões jurídico-constitucionais (a propósito de uma reforma legislativa)”, *BFDUC*, 1998, p. 327-403.
- *Constituição e Biomedicina. Contributo para uma Teoria dos Deveres Bioconstitucionais na Esfera da Genética Humana*, Coimbra, FDUC, 2003 (Dissertação de Doutoramento apresentada na FDUC – disponível na Biblioteca da FDUC).
- “Bios, tempo(s) e mundo(s): algumas reflexões sobre valores, interesses e riscos no campo biomédico”, in: Costa Andrade *et. al.* (org.), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, vol. IV, Coimbra, Coimbra Editora, p. 479-513.
- LÖWENTHAL, Martin, “Brauchen wir ein deutsches Verwaltungsstrafrecht und ein Verwaltungsstrafverfahren?”, *Verwaltungsarchiv*, 32, 1927, p. 168-182.
- MACHADO, Miguel Pedrosa, “Elementos para o estudo da legislação portuguesa sobre contra-ordenações”, *Scientia Iuridica*, 1986, p. 59-134.
- “Anteprojecto de revisão do Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de Outubro (Lei-Quadro do Ilícito de Mera Ordenação Social), nos limites da Lei n.º 4/89, de 3 de Março”, *RPCC*, 1992, Fasc. 2.º, p. 295-321.
- “Contravenção e contra-ordenação – notas sobre a génese, a função e a crítica de dois conceitos jurídicos”, in: *Estudos em Homenagem ao Banco de Portugal: 150.º Aniversário (1846-1996)*, Lisboa, Banco de Portugal, p. 25-49.
- “Questões legislativas penais: IV – O que é feito do Regime Geral das «contra-ordenações?»”, *Legislação: Cadernos de Ciência de Legislação*, n.º 40, 2005, p. 47-64.

-
- “Questões legislativas penais: V – o que resta das contravenções; VI – primeiros problemas legiferativos da reforma de 2007”, *Legislação: Cadernos de Ciência de Legislação*, n.º 46, 2007, p. 45-69.
- MAIZIÈRE, Thomas de, “Wie viel Bußgeld braucht der Mensch?”, *NJW*, 2003, p. 3383-3384.
- MANACORDA, Stefano, “«Dovere di punire»? Gli obblighi di tutela penale nell’era della internazionalizzazione del diritto”, *RIDPP*, 2012, p. 1364-1401.
- MANCINI, Pasquale, “Allegato 2. – Relazione e progetto del Libro Primo presentato alla Camera dei Deputati dal Ministro Mancini nella tornata del 25 novembre 1876”, *in: Allegati al Progetto del Codice Penale del Regno D’Italia*, Roma, Stamperia Reale, 1883, p. 323 e ss.
- MANTOVANI, Ferrando, *Diritto Penale. Parte Generale*, 7.^a ed., Padova, Cedam, 2011 (citado: MANTOVANI, ⁷DP-PG).
- MANZINI, Vincenzo, *Trattato di Diritto Penale Italiano*, I, Torino, UTET, 1933.
- MARINUCCI, Giorgio / DOLCINI, Emilio, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, 3.^a ed., Milano, Giuffrè, 2009 (citado: MARINUCCI / DOLCINI, ³DP-PG).
- MARQUES, Maria Manuel Leitão, *Um Curso de Direito da Concorrência*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002.
- MARTIN, Jörg, *Strafbarkeit grenzüberschreitender Umweltbeeinträchtigungen: zugleich ein Beitrag zur Gefährdungsdogmatik und zum Umweltsvölkerrecht*, Freiburg i. Br., Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht, 1989.
- MARTÍNEZ, Felipe, “Otro enfoque sobre el castigo”, *in: Iñaki Rivera (Coord.), Mitologías y Discursos sobre el Castigo*, Barcelona, Anthropos Editorial, 2004, p. 197-208.
- MARX, Michael, *Zur Definition des Begriffs «Rechtsgut». Prolegomena einer materialen Verbrechenlehre*, Köln, Carl Heymanns Verlag, 1972.
- MASSIAS, Florence, “Le champ penal européen selon la Cour Européenne des Droits de l’Homme: interprétation autonome et applicabilité des articles 6 et 7 de la Convention Européenne des Droits de l’Homme”, *in: Le Champ Pénal. Mélanges en l’honneur du Professor Reynald Ottenhof*, Paris, Dalloz, 2006, p. 89-112.
- MATA Y MARTÍN, Ricardo M., *Bienes Jurídicos Intermedios y Delitos de Peligro*, Granada, Editorial Comares, 1997.

-
- MATSCHER, Franz, “Les garanties judiciaires pour les procédures administratives: rapport introductif”, in: Matscher (org.), *Verfahrensgarantien im Bereich des öffentlichen Rechts*, Kehl am Rhein, N. P. Engel Verlag, 1989, p. 9-27.
- MATTA, José Caeiro da, *Direito Criminal Português*, vol. II, Coimbra, F. França Amado, 1911.
- MATTES, Heinz, *Untersuchungen zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten, I: Geschichte und Rechtsvergleichung*, Duncker & Humblot, 1977 (citado: MATTES, *Untersuchungen*, I).
- *Problemas de Derecho Penal Administrativo. Historia y Derecho Comparado*, Madrid, Edersa, 1979 (trad. de J. M. Rodríguez Devesa de *Untersuchungen zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten, I: Geschichte und Rechtsvergleichung*, 1977) (citado: MATTES, *Problemas de Derecho Penal Administrativo*).
- *Untersuchungen zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten, II: Geltendes Recht und Kritik*, Duncker & Humblot, 1982 (citado: MATTES, *Untersuchungen*, II).
- MAUNZ, Theodor Maunz / DÜRIG, Günter, *Grundgesetz Kommentar*, 67. Ergänzungslieferung, München, C. H. Beck., 2013 (citado: MAUNZ / DÜRIG / NOME DO COMENTADOR, ⁶⁷GG).
- MAURACH, Reinhart, *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 3.^a ed., Karlsruhe, C. F. Müller, 1965.
- *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 4.^a ed., Karlsruhe, C. F. Müller, 1971.
- MAURACH, Reinhart / ZIPF, Heinz, *Strafrecht. Allgemeiner Teil, I: Grundlehren des Strafrechts und Aufbau der Straftat*, 8.^a ed., Heidelberg, C. F. Müller, 1992 (citado: MAURACH / ZIPF, ⁸AT).
- MAYER, Hellmuth, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Stuttgart, Kohlhammer, 1953.
- *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2.^a ed., Stuttgart, Kohlhammer, 1967.
- MAYER, Matthias, *Untermaß, Übermaß und Wesensgehaltgarantie: die Bedeutung staatlicher Schutzpflichten für den Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers im Grundrechtsbereich*, Baden-Baden, Nomos, 2005.
- MAYER, Max Ernst, *Rechtsnormen und Kulturnormen*, Breslau, Schletter, 1903.
- MENDES, António de Oliveira / CABRAL, José dos Santos, *Notas ao Regime Geral das Contra-Ordenações e Coimas*, 3.^a ed., Coimbra, Almedina, 2009 (citado: MENDES, Oliveira / CABRAL, Santos, ³RGCO).

-
- MENDES, Paulo de Sousa, *Vale a Pena o Direito Penal do Ambiente?*, 1.^a reimp., Lisboa, AAFDL, 2000.
- “O procedimento sancionatório especial por infracção às regras de concorrência”, in: Maria Fernanda Palma *et. al.* (coord.), *Direito Sancionatório das Autoridades Reguladoras*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 209-224.
- “As garantias de defesa no processo sancionatório especial por práticas restritivas da concorrência confrontadas com a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem”, *C&R*, n.º 1, 2010, p. 121-144.
- MERÊA, Paulo, “Esboço de uma história da Faculdade de Direito (1.º Período: 1836-1865)”, *BFDUC*, vol. XXVIII, 1952, p. 99-180.
- METTETAL, A., “Le V^e Congrès Pénitentiaire International”, *Revue Penitentiaire*, 1895, p. 982-1012.
- MEYER-GoßNER, Lutz / SCHMITT, Bertram, *Strafprozessordnung*, 55.^a ed., München, C. H. Beck, 2012.
- MEZGER, Edmund, *Deutsches Strafrecht*, Berlin, Junker und Dünnhaupt Verlag, 1938.
- “Die Straftat als Ganzes”, *ZStW*, 57, 1938, p. 675-701.
- in: *Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtkommission, I. Band: Grundsatzfragen, 1. Bis 13. Sitzung*, Bonn, 1956, p. 86.
- MICHAEL, Lothar, “Die drei Argumentationsstrukturen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit – Zur Dogmatik des Über- und Untermaßverbotes und der Gleichheitssätze”, *JuS*, 2001, p. 148-155.
- MICHELS, Hans Gehrard, *Strafbare Handlung und Zuwiderhandlung. Versuch einer materiellen Unterscheidung zwischen Kriminal- und Verwaltungsstrafrecht*, Berlin, Walter de Gruyter, 1963.
- MIR PUIG, Santiago / GÓMEZ MARTÍN, Víctor, *Derecho Penal. Parte General*, 9.^a ed., Barcelona, Editorial Reppertor, 2011.
- MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional, Tomo IV: Direitos Fundamentais*, 5.^a ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2012.
- MITSCH, Wolfgang, *Recht der Ordnungswidrigkeiten*, 2.^a ed., Berlin, Springer, 2005 (citado: MITSCH, ²*Ordnungswidrigkeiten*).
- MOCCIA, Sergio, “Considerazioni di politica criminale sull’illecito depenalizzato”, *Archivio Penale*, 1986, p. 515-528.

-
- MONTE, Mário Ferreira, *Da Protecção Penal do Consumidor. O Problema da (Des)criminalização no Incitamento ao Consumo*, Coimbra, Almedina, 1996.
- “A regulação no contexto do direito sancionatório. Em especial, os sectores da energia e do ambiente”, in: Maria Fernanda Palma *et. al.* (coord.), *Direito Sancionatório das Autoridades Reguladoras*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 239-270.
- MONTEIRO, Cristina Líbano, “O Código Penal de 1982 – subsídio para uma compreensão histórica da sua génese”, *BFDUC*, vol. LXVIII, 1992, p. 265-282.
- “O consumo de drogas na política e na técnica legislativas: comentário à Lei n.º 30/2000”, *RPCC*, 2001, Fasc. 1.º, p. 67-98.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat, *De L’Esprit des Lois*, Genève, Barillot, 1748 (edição organizada por Laurent Versini, Paris, Éditions Gallimard, 1995, vol. D).
- MOORE, Elizabeth / MILLS, Michael, “The Neglected Victims and Unexamined Costs of White-Collar Crime”, *Crime & Delinquency*, n.º 36, 1990, p. 408-418.
- MORAIS, Carlos Blanco de, “As autoridades administrativas independentes na ordem jurídica portuguesa”, *ROA*, 2001, p. 101-154.
- MOREIRA, Vital, *Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*, Coimbra, Almedina, 1997.
- MOREIRA, Vital / MAÇÃS, Fernanda, *Autoridades Reguladoras Independentes. Estudo e Projecto de Lei-Quadro*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003.
- MOTA, José Luís Lopes da, “Crimes Contra a Autoridade Pública”, in: *Jornadas de Direito Criminal. Revisão do Código Penal: Alterações ao Sistema Sancionatório e Parte Especial*, Lisboa, CEJ, 1998, p. 409-461.
- MOUTINHO, José Lobo, *Direito das Contra-Ordenações. Ensinar e Investigar*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2008 (citado: MOUTINHO, Lobo, *Direito das Contra-Ordenações*).
- MÜLLER-DALHOFF, Gernot, *Zur Abgrenzung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten am Beispiel des Lebensmittelrechts*, Freiburg i. Br., Hochschulverlag, 1993.
- MÜLLER-DIETZ, Heinz, *Strafe und Staat*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 1973.
- “Zur Problematik verfassungsrechtlicher Pönalisierungsgebote”, in: Hans-Heinrich Jescheck (org.), *Festschrift fuer Eduard Dreher zum 70. Geburtstag*, Berlin, Walter de Gruyter, 1977, p. 97-116.

-
- MÜLLER-TUCKFELD, Jens Christian, “Traktat für die Abschaffung des Umweltstrafrechts”, *in*: Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a. M. (org.), *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 1995, p. 461-481.
- NABAIS, Casalta J., “O estatuto constitucional dos consumidores”, *RLJ*, 138.º ano, 2009, n.º 3954, p. 137-156.
- NEUMANN, Ulfrid, “Bem jurídico, Constituição e os limites do direito penal”, *in*: Greco / Martins (orgs.), *Direito Penal como Crítica da Pena. Estudos em Homenagem a Juarez Tavares por seu 70.º Aniversário em 2 de Setembro de 2012*, Madrid, Marcial Pons, 2012, p. 519-532.
- NEVES, A. Castanheira, “O princípio da legalidade criminal. O seu problema jurídico e o seu critério dogmático”, *in*: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, I, Coimbra, BFDUC, Coimbra, 1984, p. 307-469.
- NIETO GARCÍA, Alejandro, *Derecho Administrativo Sancionador*, 4.ª ed., Madrid, Tecnos, 2008.
- NIZZO, Carlo, *National Public Administrations and European Integration*, <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/nispacee/unpan007286.pdf>, 1999.
- Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, I, 3.ª ed., Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2010 (citado: NOME DO COMENTADOR, ³NK).
- NOVAIS, Jorge Reis, *As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003.
- *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito*, Coimbra, Almedina, 2006.
- *Direitos Fundamentais: Trunfos contra a Maioria*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006.
- *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011.
- NUVOLONE, Pietro, “Il diritto punitivo nella nuova legislazione italiana”, *L’Indice Penale*, 1982, p. 79-87.
- ORTOLAN, Joseph, *Éléments de Droit Pénal*, Paris, Librairie de Plon Frères, 1855.
- OSÓRIO, Luís, *Notas ao Código Penal Português*, 2.ª ed., vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 1923.

-
- *Comentário ao Código do Processo Penal Português*, vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 1932.
- OTTO, Harro, “Strafwürdigkeit und Strafbefürdigkeit als eigenständige Deliktskategorien?”, *in*: Stree *et. al.*, *Gedächtnisschrift für Horst Schröder*, München, C. H. Beck, 1978, p. 53-71.
- “Konzeption und Grundsätze des Wirtschaftsstrafrechts (einschließlich Verbraucherschutz). Dogmatischer Teil I”, *ZStW*, 96, 1984, p. 339-375.
- “Mißbrauch von Insider-Information als abstraktes Gefährdungsdelikt”, *in*: Schünemann / Suárez González (org.), *Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts. Madrid-Symposium für Klaus Tiedemann*, Köln, Carl Heymanns Verlag, 1994, p. 447-462.
- PADOVANI, Tullio, “Il binomio irreducibile. La distinzione dei reati in delitti e contravvenzioni, fra storia e politica criminale”, *in*: Marinucci / Dolcini (orgs.), *Diritto Penale in Trasformazione*, Milano, Giuffrè, 1985, p. 421-464.
- “La distribuzione di sanzioni penali e di sanzioni amministrative secondo l’esperienza italiana”, *RIDPP*, 1984, p. 952-961.
- “Tutela di beni e tutela di funzioni nella scelta fra delitto, contravvenzione e illecito amministrativo”, *Cassazione Penale*, 1987, p. 670-678.
- “Delitti e contravvenzioni”, *in*: *Digesto delle Discipline Penalistiche*, III, Torino, UTET, 1989, p. 321-345.
- PALAZZO, Francesco, “I criteri di riparto tra sanzioni penali e sanzioni amministrative”, *in*: *L’Illecito Penale Amministrativo: Verifica di un Sistema*, Padova, CEDAM, 1987, p. 13-37.
- “Tecnica legislativa e formulazione della fattispecie penale in una recente circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri”, *Cassazione Penale*, 1987, p. 230-253.
- “I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione”, *RIDPP*, 1992, p. 453-482.
- *Corso di Diritto Penale. Parte Generale*, 4.^a ed., Torino, G. Giappichelli, 2011 (citado: PALAZZO, ⁴DP-PG).
- PALIERO, Carlo Enrico, “*Minima non curat praetor*”. *Ipertrofia del Diritto Penale e Decriminalizzazione dei Reati Bagatellari*, Padova, CEDAM, 1985.

-
- “«Materia penale» e illecito amministrativo secondo la Corte Europea dei Diritto dell’Uomo: una questione «clássica» a una svolta radicale”, *RIDPP*, 1985, p. 894-928.
- «*Minima non Curat Praetor*». *Ipertrofia del Diritto Penale e Decriminalizzazione dei Reati Bagatellari*, Padova, Cedam, 1985
- “La sanzione amministrativa come moderno strumento di lotta alla criminalità economica”, *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell’Economia*, 1993, p. 1021-1048.
- PALIERO, Carlo Enrico / TRAVI, Aldo, *La Sanzione Amministrativa. Profili Sistemati*, Milano, Giffrè, 1988.
- PALMA, Maria Fernanda, “Princípio da aplicação retroactiva da lei (penal) mais favorável e alteração de prazos prescricionais no direito de mera ordenação social: comentário ao acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 24 de Abril de 1991”, *Fisco*, nº 34, 1991, p. 25-36.
- “Novas formas de criminalidade: o problema do direito penal do ambiente”, *in*: Luís Vaz das Neves, *Estudos Comemorativos do 150.º Aniversário do Tribunal da Boa-Hora*, Lisboa, Ministério da Justiça, 1995, p. 199-211.
- “A aplicação da lei no tempo: a proibição da retroactividade *in pejus*”, *in*: Maria Fernanda Palma / Teresa P. Beleza, *Jornadas sobre a Revisão do Código Penal*, Lisboa, AAFDL, 1998, p. 413-430.
- “Constituição e direito penal. As questões inevitáveis”, *in*: Maria Fernanda Palma *et al.*, *Casos e Materiais de Direito Penal*, Coimbra, Almedina, 2004, p. 21-30.
- “Acerca do estado actual do Direito Penal do Ambiente”, *O Direito*, 2004, I, p. 77-87.
- *O Princípio da Desculpa em Direito Penal*, Coimbra, Almedina, 2005.
- *Direito Constitucional Penal*, Coimbra, Almedina, 2006.
- “Direito Penal Especial: o vértice do sistema penal”, *in*: Maria Fernanda Palma *et al.* (org.), *Direito Penal Económico e Financeiro*, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 11-24.

-
- PALMA, Maria Fernanda / OTERO, Paulo, “Revisão do regime do ilícito de mera ordenação social (parecer e proposta de alteração legislativa)”, *RFDUL*, vol. 37, 1996, n.º 2, p. 557-591.
- PARRET, Laura, “Shouldn’t we know what we are protecting? Yes we should! A plea for a solid and comprehensive debate about the objectives of EU competition law and policy”, *European Competition Journal*, vol. 6, n.º 2, 2010, p. 339-376.
- PATZIG, Werner, *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, Köln, Carl Heymanns Verlag, 1963 (citado: PATZIG, *OWiG*).
- PAULDURO, Aurelia, *Die Verfassungsgemäßheit von Strafrechtsnormen, insbesondere der Normen des Strafgesetzbuches im Lichte der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, München, VVF, 1992.
- PEDRAZZI, Cesare, “Presentazione”, in: DOLCINI, E. / GIARDA, A. / MUCCIARELLI, F. / PALIERO, C. E. / CRUGNOLA, E. R., *Commentario delle «Modifiche al Sistema Penale»*, Milano, Ipsoa, 1982, p. 6-7.
- “Relazione di sintesi” ”, in: *L’Illecito Penale Amministrativo: Verifica di un Sistema*, Padova, CEDAM, 1987, p. 201-205.
- PEREIRA, José Nunes, “Regulação e supervisão dos mercados de valores mobiliários e das empresas de investimentos: alguns problemas actuais”, *Separata do Boletim de Ciências Económicas*, 1997.
- PEREIRA, Paulo Trigo, “A teoria da escolha pública (*public choice*): uma abordagem neoliberal?”, *Análise Social*, vol. XXXII, 141, 1997, p. 419-442.
- PERRON, Walter, “Tagungsbericht. Diskussionsbeiträge der Strafrechtslehrertagung 1987 in Salzburg”, *ZStW*, 99, 1987, p. 637-663.
- PERŠAK, Nina, “In den Nebengebieten des Strafrechts: Paternalistische Interventionen im Recht der Ordnungswidrigkeiten”, in: A. v. Hirsch *et. al.* (orgs.), *Paternalismus im Strafrecht*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2010, p. 173-191.
- PIEROTH, Bodo / SCHLINK, Bernhard / KNIESEL, Michael, *Polizei- und Ordnungsrecht*, 5.^a ed., München, C. H. Beck, 2008.
- *Grundrechte Staatsrecht, II*, 28.^a ed., Heidelberg, C. F. Müller, 2012.
- PIETRZAK, Alexandra, “Die Schutzpflicht im verfassungsrechtlichen Kontext – Überblick und neue Aspekte”, *JuS*, 1994, p. 748-753.

-
- PINA, Maria Tavares de, “A criminalização dos cartéis pelo direito da União Europeia”, *RPCC*, 3/2010, p. 375-413.
- PINTO, Basílio de Sousa, *Lições de Direito Criminal Portuguez*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1861.
- PINTO, Frederico de Lacerda da Costa, “O ilícito de mera ordenação social e a erosão do princípio da subsidiariedade da intervenção penal”, *RPCC*, 1997, Fasc. 1.º, p. 7-100.
- “A tutela dos mercados de valores mobiliários e o regime do ilícito de mera ordenação social”, *in: Direito dos Valores Mobiliários*, I, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, p. 285-321.
- “Crimes e contra-ordenações no novo Código dos Valores Mobiliários”, *Cadernos dos Valores Mobiliários*, n.º 7, 2000, p. 376-413.
- “A supervisão no novo Código dos Valores Mobiliários”, *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários*, n.º 7, 2000, p. 90-105.
- “As codificações sectoriais e o papel das contra-ordenações no direito penal secundário”, *Themis*, ano III, n.º 5, 2002, p. 87-100.
- “A figura do assistente e o processo de contra-ordenação. Anotação ao Acórdão da Relação de Lisboa de 20 de Maio de 1998”, *RPCC*, 2002, Fasc. 1.º, p. 105-128.
- “Erro e consciência da ilicitude em infracções contra o mercado de valores mobiliários”, *in: Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, III, Coimbra, Coimbra Editora, 2009 [originalmente publicado em 2003], p. 661-678.
- “Supervisão do mercado, legalidade da prova e direito de defesa em processo de contra-ordenação”, *in: Jorge de Figueiredo Dias et al., Supervisão, Direito ao Silêncio e Legalidade da Prova*, Coimbra, Almedina, 2009, p. 57-125.
- *A Categoria da Punibilidade na Teoria do Crime*, Lisboa, FDUNL, 2012 (Dissertação de Doutoramento apresentada na FDUNL).
- PINTO, Paulo Mota, “O direito ao livre desenvolvimento da personalidade”, *in: Portugal-Brasil Ano 2000*, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, p. 149-246.
- PRINS, Adolphe, *Science Pénale et Droit Positif*, Bruxelles, Bruylant-Christophe, 1899.

-
- PULITANÒ, Domenico, “Obblighi costituzionali di tutela penale?”, *RIDPP*, 1983, p. 484-531.
- *Diritto Penale*, 3.^a ed., Torino, G. Giappichelli, 2009 (citado: PULITANÒ, ³*Diritto Penale*).
- PUPPE, Ingeborg, “Probleme der Kausalität und Zurechnung, insbesondere im Umweltsfrafrecht”, in: H. J. Hirsch *et. al.*, *Neue Erscheinungsformen der Kriminalität in ihrer Auswirkung auf das Straf- und Strafprozeßrecht*, Białystok, Temida 2, 1996, p. 231-239.
- QUEIROZ, Cristina M. M., *Direitos Fundamentais (Teoria Geral)*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002.
- RAMOS, Rui de Moura, “A Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Sua posição face ao ordenamento jurídico português”, *Documentação e Direito Comparado*, n.º 5, 1981, p. 91-195.
- RAMOS, Vânia Costa, *Ne Bis in Idem e União Europeia*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009.
- “Direito Penal Europeu institucional”, in: Maria Fernanda Palma *et. al.* (org.), *Direito Penal Económico e Financeiro*, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 367-429.
- RANDO CASERMEIRO, Pablo, *La Distinción entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador. Un Análisis de Política Jurídica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.
- REBMANN / ROTH / HERRMAN, *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, 3.^a ed., Stuttgart, Kohlhammer, 2010 (citado: REBMANN / ROTH / HERRMAN, ³*OWiG*).
- RENUCCI, Jean-François, *Droit Européen des Droits de l’Homme*, 4.^a ed., Paris, L.G.D.J., 2010.
- Revista de Legislação e Jurisprudência*, 1892, ano 24.º, n.º 1176, p. 456-458.
- RIBEIRO, João Soares, *Contra-Ordenações Laborais. Regime Jurídico (Anotado)*, 3.^a ed., Coimbra, Almedina, 2011.
- RIBEIRO, Joaquim de Sousa, “Constitucionalização do direito civil”, *BFDUC*, 74.º vol., 1998, p. 729-755.
- RIZ, Roland, “Le sanzioni pecuniarie amministrative e l’ordinamento penale”, in: *L’Illecito Penale Amministrativo: Verifica di un Sistema*, Padova, Cedam, 1987, p. 159-199.

-
- ROBBERS, Gerhard, “Strafpflichten aus der Verfassung”, *in*: K. Lüderssen (org.), *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 1998, p. 147-155.
- ROCHA, Manuel Lopes, “O processo de contra-ordenação e o Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de Outubro”, *in*: Manuel Lopes Rocha / Mário Gomes Dias / Manuel Ataíde Ferreira, *Contra-Ordenações. Notas e Comentários ao Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de Outubro*, Lisboa, Escola Superior de Polícia, 1985, p. 105-122.
- “O novo Código Penal português”, *Scientia Iuridica*, 1986, p. 7-58.
- RODRIGUES, Anabela Miranda, “Critério de escolha das penas de substituição no Código Penal português”, *in*: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, I, 1984, p. 21-53.
- “A fase de execução das penas e medidas de segurança no direito português”, *BMJ*, n.º 380, p. 5-58.
- *A Determinação da Medida da Pena Privativa da Liberdade*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995.
- “Sistema punitivo português. Principais alterações no Código Penal revisto”, *Sub Iudice*, n.º 11, 1996, p. 27-39.
- “Contributo para a fundamentação de um discurso punitivo em matéria penal fiscal”, *in*: *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, II, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, p. 481-489.
- *Novo Olhar sobre a Questão Penitenciária*, Coimbra, Coimbra Editora, 2000.
- RODRIGUES, Marta Felino, “O regime dos ilícitos de mera ordenação social relativos ao comércio electrónico (Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de Janeiro)”, *RPCC*, 2009, Fasc. 4.º, p. 575-606.
- ROGALL, Klaus, “Gegenwartsprobleme des Umweltstrafrechts”, *in*: *Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln*, Köln, Carl Heymanns Verlag, 1988, p. 505-529.
- ROMANO, Mario, “La legittimazione delle norme penali: ancora su limiti e validità della teoria del bene giuridico”, *Criminalia*, 2011, p. 33-45.
- ROQUE, Miguel Prata, “Os poderes sancionatórios da ERC – Entidade Reguladora para a Comunicação Social”, *in*: Maria Fernanda Palma *et. al.* (coord.), *Direito Sancionatório das Autoridades Reguladoras*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 367-442.

-
- ROTBURG, Hans Eberhard, *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, Berlin, Verlag Franz Vahlen, 1952 (citado: ROTBERG, *OWiG*).
- *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, 3.^a ed., Berlin, Verlag Franz Vahlen, 1964 (citado: ROTBERG, ³*OWiG*).
- ROSSI, Pellegrino, *Traité de Droit Pénal*, Bruxelles, Société Belge de Librairie, 1841.
- ROUXINOL, Milena Silva, *A Obrigação de Segurança e Saúde do Empregador*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008.
- ROXIN, Claus, “Rechtsgüterschutz als Aufgabe des Strafrechts?”, in: Hefendehl (org.), *Empirische und dogmatische Fundamente, kriminalpolitischer Impetus. Symposium für Bernd Schönemann zum 60. Geburtstag*, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2005, p. 135-150.
- *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1: Grundlagen; Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4.^a ed., München, C. H. Beck, 2006 (citado: ROXIN, ⁴*AT*).
- “Zur neueren Entwicklung der Rechtsgutsdebatte“, in: Herzog / Neumann (org.), *Festschrift für Winfried Hassemer*, Heidelberg, C. F. Müller Verlag, 2010, p. 573-597.
- “El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 15-01, 2013, <http://criminet.ugr.es/recpc/15/recpc15-01.pdf>.
- RUFFO, Mario Alberto, *Diritto Penale Amministrativo*, 2.^a ed., Milano, Cedam, 2004.
- RUISINGER, Franz-Joachim, *Die Rechtliche Qualifizierung von Geldbuße, gebührenpflichtiger Verwarnung und Zwangsgeld, zugleich eine Untersuchung zur Strafkompentenz der Verwaltung*, Tübingen, 1970.
- RYNER, Magnus, “An Obituary for the Third Way: The Financial Crisis and Social Democracy in Europe”, *The Political Quarterly*, vol. 81, n.º 4, 2010, p. 554-563.
- SÄCKER, Franz Jürgen, “Das Regulierungsrecht im Spannungsfeld von öffentlichem und Privatem Recht”, *AöR*, n.º 130, 2005, p. 180-224.
- SAMUELSON, Paul A., “The pure theory of public expenditure”, *The Review of Economics and Statistics*, vol. 36, n.º 4, 1954, p. 387-389 (disponível em http://www.ses.unam.mx/docencia/2007II/Lecturas/Mod3_Samuelson.pdf).
- SANCHES, José Luís Saldanha, “A regulação: história breve de um conceito”, *ROA*, 2000, p. 5-22.

-
- SANTANA VEGA, Dulce, *La Protección Penal de los Bienes Jurídicos Colectivos*, Madrid, Dykinson, 2000.
- SANTOS, André Teixeira dos Santos, *O Crime de Fraude Fiscal: Um Contributo para a Configuração do Tipo Objectivo de Ilícito a partir do Bem Jurídico*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009.
- SANTOS, António Carlos dos / GONÇALVES, Maria Eduarda / MARQUES, Maria Manuel Leitão, *Direito Económico*, 6.^a ed., Coimbra, Almedina, 2011.
- SANTOS, Cláudia Cruz, “A corrupção de agentes públicos em Portugal: reflexões a partir da lei, da doutrina e da jurisprudência”, *in*: Cláudia Santos / Claudio Bidino / Débora Melo, *A Corrupção*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009 p. 99-152.
- “Os crimes de corrupção de funcionários e a Lei n.º 32/2010, de 2 de Setembro (“É preciso mudar alguma coisa para que tudo continue na mesma?”)”, *in*: Rui do Carmo / Helena Leitão (org.), *As Alterações de 2010 ao Código Penal e ao Código de Processo Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 9-28.
- SANTOS, José Beleza dos, “Crimes de moeda falsa”, *RLJ*, ano 66.º, 1933, n.º 2485, p. 33-35.
- *Direito Criminal*, Coimbra, Coimbra Editora, 1936 (publicadas por Hernâni Marques).
- “Ilícito penal administrativo e ilícito criminal”, *ROA*, 1945, n.ºs 1 e 2, p. 39-59.
- *Lições de Direito Criminal*, Coimbra, Universidade de Coimbra, 1955.
- SANTOS, Luís Máximo dos, “Regulação e supervisão bancária”, *in*: Paz Ferreira *et al.*, *Regulação em Portugal: Novos Tempos, Novo Modelo?*, Coimbra, Almedina, 2009, p. 39-126.
- SANTOS, Manuel Simas / SOUSA, Jorge Lopes, *Contra-Ordenações. Anotações ao Regime Geral*, 6.^a ed., Lisboa, Áreas Editora, 2011.
- SARLET, Ingo Wolfgang, “Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais: o direito penal entre proibição de excesso e de insuficiência”, *BFDUC*, vol. 81, 2005, p. 325-386.
- SAUER, Wilhelm, *Allgemeine Strafrechtslehre*, 3.^a ed., Berlin, Walter de Gruyter, 1955.
- SAX, Walter, “Kriminalpolitik und Strafrechtsreform”, *JZ*, 1957, p. 1-7.
- “Grundsätze der Strafrechtspflege”, *in*: Bettermann / Nipperdey / Scheuner (org.), *Die Grundrechte, Band 3., Halbband 2.: Rechtspflege und Grundrechtsschutz*, Berlin, Duncker & Humblot, 1959, p. 909-1014.

-
- SCHÄFER, Karl, in: *Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission, 1. Band: Grundsatzfragen, 1. Bis 13. Sitzung*, Bonn, 1956, p. 69 e ss.
- SCHAFFSTEIN, Friedrich, *Das Verbrechen als Pflichtverletzung*, Berlin, Junker und Dünhaupt Verlag, 1935.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão, *Criminologia*, 4.^a ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012.
- SCHENKE, Wolf-Rüdiger, *Polizei- und Ordnungsrecht*, 7.^a ed., Heidelberg, Müller, 2011.
- SCHMIDHÄUSER, Eberhard, *Gesinnungsmerkmale im Strafrecht*, Tübingen, J. C. B. Mohr, 1958.
- *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2 ed., Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1975.
- SCHMIDT, Eberhard, “Probleme des Wirtschaftsstrafrechts”, *SJZ*, 1948, cols. 225-236.
- “Rechtsnot im Wirtschaftsstrafrecht und ihre Überwindung. Zum Entwurf eines Gesetzes zur Vereinfachung des Wirtschaftsstrafrechts”, *SJZ*, 1948, cols. 569-579.
- *Das Neue Westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht. Grundsätzliches zu seiner Ausgestaltung und Anwendung*, Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1950.
- “James Goldschmidt zum Gedächtnis”, *SJZ*, 1950, cols. 447-448.
- “Straftaten und Ordnungswidrigkeiten. Betrachtungen zum Entwurf eines Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten”, *JZ*, 1951, p. 101-104.
- in: *Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission, 1. Band: Grundsatzfragen, 1. Bis 13. Sitzung*, Bonn, 1956, p. 67 e ss.
- in: *Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission, 8. Band: Besonderer Teil, 76. bis 90. Sitzung*, Bonn, 1959, p. 47 e ss.
- “Straftaten und Ordnungswidrigkeiten. Erinnerungen an die Arbeiten der Wirtschaftsstrafrechtskommission (1947-1949)”, in: Horst Ehmke *et. al.* (org.), *Festschrift für Adolf Arndt zum 65. Geburtstag*, Frankfurt am Main, Europäische Verlagsanstalt, 1969, p. 415-435.
- “Schriftum zum neuen Ordnungswidrigkeitenrecht”, *JZ*, 1969, p. 401-402.
- vide: LISZT, Franz v. / SCHMIDT, Eberhard.
- SCHMITT, Rudolf, *Ordnungswidrigkeitenrecht*, Köln, Carl Heymanns Verlag, 1970.

-
- SCHOCH, Friedrich, “Gewährleistungsverwaltung: Stärkung der Privatrechtsgesellschaft?”, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 2008, p. 241-247.
- “Die staatliche Einbeziehung Privater in die Wahrnehmung von Sicherheitsaufgaben”, *Juridica International*, 2009, n.º 1, p. 14-21.
- SCHÖNKE / SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 12.^a ed., München, C. H. Beck, 1965 (citado: SCHÖNKE / SCHRÖDER¹²).
- SCHÖNKE / SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 28.^a ed., München, C. H. Beck, 2010 (citado: SCH / SCH / NOME DO COMENTADOR²⁸).
- SCHOREIT, Armin, “Die sogenannten Ordnungswidrigkeiten”, *GA*, 1967, p. 225-237.
- SCHROTH, Hans-Jürgen, “Europäische Menschenrechtskonvention und Ordnungswidrigkeitenrecht”, *Europäische Grundrechte-Zeitschrift*, 1985, p. 557-563.
- SCHÜNEMANN, Bernd, “Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft”, *GA*, 1995, n.º 5, p. 201-229.
- “Vom Unterschichts-zum Oberschichtsstrafrecht. Ein Paradigmawechsel im moralischen Anspruch?”, *in: Kühne / Miyazawa (org.), Alte Strafrechtsstrukturen und neue gesellschaftliche Herausforderungen in Japan und Deutschland*, Berlin, Duncker & Humblot, 2000, p. 15-36.
- “Das Rechtsgüterschutzprinzip als Fluchtpunkt der verfassungsrechtlichen Grenzen der Straftatbestände und ihrer Interpretation”, *in: Hefendehl / von Hirsch / Wohlers (org.), Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2003, p. 133-154.
- SCHUPPERT, Folke, “The Ensuring State”, *in: Progressive Futures: New Ideas for the Centre-Left*, London, Policy Network, 2003, www.policy-network.net/publications, p. 71-94.
- *in: D. Jansens (org.), New Forms of Governance in Research Organizations*, Dordrecht, Springer, 2007, p. 33-55.
- SCHWARCZ, Steven, “Systemic risk”, *The Georgetown Law Journal*, vol. 97, 2008, p. 192-249.
- SECCO, Antonio Henriques, *Codigo Penal Portuguez*, 6.^a ed., Coimbra, Imprensa da Universidade, 1881.

-
- SEELMANN, Kurt, “Atypische Zurechnungsstrukturen im Umweltstrafrecht”, *NJW*, 1990, p. 1257-1262.
- “Was macht das Strafrecht zum Strafrecht? Eine Debatte über Ausgrenzungen und Einverleibungen”, in: *Das Jugendkriminalrecht als Erfüllungsgehilfe gesellschaftlicher Erwartungen?*, Bonn, Forum Verlag Godesberg, 1995, p. 192-206.
- SGUBBI, Filippo, “Depenalizzazione e principi dell’illecito amministrativo”, *L’Indice Penale*, 1983, p. 253-267.
- SINISCALCO, Marco, *Depenalizzazione e Garanzia*, Bologna, Il Mulino, 1983.
- SILVA, A. Henriques da, *Contravention et Délit*, Coimbra, Typographie de l’Université, 1897.
- *Elementos de Sociologia Criminal e Direito Penal*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1905.
- SILVA, Germano Marques da, “Contravenção”, in: *Polis. Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado*, I, Lisboa, Editorial Verbo, 1983, col. 1281-1283.
- *Código da Estrada e Legislação Complementar*, Lisboa, Æquitas / Editorial Notícias, 1995.
- *Direito Penal Português. Parte Geral, I: Introdução e Teoria da Lei Penal*, Lisboa, Editorial Verbo, 1997 (citado: SILVA, Germano Marques da, *DP-PG, I*).
- “Notas sobre o regime geral das infracções tributárias (Aprovado pela Lei n.º 15/2011, de 5 de Junho)”, *Direito e Justiça*, XV, 2001, p. 59-70.
- *Direito Penal Tributário*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2009.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política Criminal en las Sociedades Postindustriales*, 2.ª ed., 2.ª reimp. (2008), Buenos Aires, BdeF, 2001.
- SILVA, João Nuno Calvão da, *Mercado e Estado. Serviços de Interesse Económico Geral*, Coimbra, Almedina, 2008.
- SILVA, Jorge Pereira da, *Dever de Legislar e Protecção Judicial contra Omissões Legislativas. Contributo para uma Teoria da Inconstitucionalidade por Omissão*, Lisboa, Univ. Católica Editora, 2003.
- SILVA, Miguel Moura e, *Direito da Concorrência. Uma Introdução Jurisprudencial*, Coimbra, Almedina, 2008.
- *O Abuso de Posição Dominante na Nova Economia*, Coimbra, Almedina, 2010.

-
- SILVA, Paula Costa e, “As autoridades independentes. Alguns aspectos da regulação económica numa perspectiva jurídica”, *O Direito*, ano 138.º, 2006, III, p. 541-569.
- SILVA, Sandra Oliveira e, *A Protecção de Testemunhas no Processo Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007.
- SILVA, Suzana Tavares da, *O Sector Eléctrico perante o Estado Incentivador, Orientador e Garantidor*, Coimbra, 2008 (Dissertação de Doutoramento apresentada na FDUC – disponível na Biblioteca da FDUC).
- *Direitos Fundamentais na Arena Global*, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2011.
- *Direito da Energia*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011.
- SINGER, Marcus George, *Generalization in Ethics: An Essay in the Logic of Ethics, with the Rudiments of a System of Moral Philosophy*, New York, Knopf, 1961.
- SOARES, Rogério Ehrhardt, *Interesse Público, Legalidade e Mérito*, Coimbra, 1955.
- *Direito Público e Sociedade Técnica*, Coimbra, Atlântida Editora, 1969.
- SOMMER, Ulrich, *Das “mildeste Gesetz” im Sinne des Paragraphen 2 Abs. 3 StGB*, Koenigstein/Ts., Hanstein, 1979.
- SOTO NAVARRO, Susana, *La Protección Penal de los Bienes Colectivos en la Sociedad Moderna*, Granada, Editorial Comares, 2003.
- SOUSA, António Francisco de, *A Polícia no Estado de Direito (Polícia Administrativa e Forças de Segurança)*, Porto, 2008 (estudo não publicado, que tem na sua base a dissertação de Doutoramento apresentada em 2003 na FDUP – disponível na Biblioteca da FDUC).
- SOUSA, João Castro e, *A Tramitação do Processo Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 1983.
- *As Pessoas Colectivas em Face do Direito Criminal e do chamado «Direito de Mera Ordenação Social»*, Coimbra, Coimbra Editora, 1985.
- SOUSA, Susana Aires de, *Os Crimes Fiscais. Análise Dogmática e Reflexão sobre a Legitimidade do Discurso Criminalizador*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006.
- “The legal interest protected in the crimes against humanity”, in: S. Manacorda / Adán Nieto (dir.), *Criminal Law between War and Peace*, Cuenca, Ed. de la Univ. de Castilla-La Mancha, 2009, p. 451-467.

-
- “Sociedade do risco: *requiem* pelo bem jurídico?”, *RBCC*, n.º 86, 2010, p. 231-246.
- “Risco, precaução e responsabilidade penal no horizonte da incerteza”, in: Alves Correia et. al. (orgs.), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, vol. I: *Responsabilidade: entre Passado e Futuro*, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, p. 683-706.
- SOYER, Jean-Claude / SALVIA, Michel de, in: Pettiti / Decaux / Imbert, *La Convention Européenne des Droits de l’Homme*, 2.ª ed., Paris, Economica, 1999, p. 239-279.
- SPALEK, Basia, “White-collar crime victims and the issue of trust”, in: *The British Criminology Conference: Selected Proceedings*, Vol. 4, 2001 (www.britsoccrim.org/volume4/003.pdf).
- SPENDEL, Günter, “Rechtsstaat für den Verbrecher – Polizeistaat für den Bürger?”, in: Kipp / Mayer / Steinkamm (orgs.), *Um Recht und Freiheit. Festschrift für Friedrich August Freiherr von der Heydte zur Vollendung der 70. Lebensjahres*, vol. II, Berlin, Duncker & Humblot, 1977, p. 1208-1233.
- STEFANOPOULOU, Georgia, “Friedrich Schaffstein und die Lehre von Verbrechen als Pflichtenverletzung”, *Journal der Juristischen Zeitgeschichte*, 2010, n.º 3, p. 111-118.
- STEPHAN, Andreas, “How dishonesty killed the cartel offence”, *Criminal Law Review*, 2011, p. 446-455.
- STERN, Klaus, “Die Schutzpflichtenfunktion der Grundrechte: Eine juristische Entdeckung”, *Die Öffentliche Verwaltung*, 2010, p. 241-249.
- STIGLER, George J., “The theory of economic regulation”, *The Bell Journal of Economics and Management Science*, 1971, p. 3-21.
- STRATENWERTH, Günter, *Strafrecht. Allgemeiner Teil, I: Die Straftat*, 3.ª ed., Köln, Carl Heymanns, 1980.
- “Zukunftssicherung mit den Mitteln des Strafrechts?”, *ZStW*, 105, 1993, n.º 4, p. 678-696.
- STRATENWERTH, Günter / KUHLEN, Lothar, *Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat*, 5.ª ed., Köln, Carl Heymanns, 2004 (citado: STRATENWERTH / KUHLEN, ⁵AT).
- STRATENWERTH, Günter / WOHLERS, Wolfgang, *Schweizerisches Strafgesetzbuch Handkommentar*, 3.ª ed, Bern, Stämpfli Verlag, 2013.

-
- STUMM, Ocka, *Das Doppelbestrafungsverbot bei Ordnungswidrigkeiten unter besonderer Berücksichtigung des Europarechts – eine Prüfung der Regelung des § 84 OWiG*, Berlin, Heenemann, 2011.
- SUTHERLAND, Edwin H., *White Collar Crime*, New York, The Dryden Press, 1949.
- TARDE, Gabriel, “Crimes, délits, contraventions”, in: *Études de Psychologie Sociale*, Paris, V. Giard & E. Brière, 1898, p. 309-326.
- TIEDEMANN, Klaus, “Die Gesetzgebungskompetenz für Ordnungswidrigkeiten”, *Archiv des öffentlichen Rechts*, n.º 89, 1964, p. 56-87.
- *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht, Untersuchungen zu einem rechtsstaatlichen Tatbestandsbegriff, entwickelt am Problem des Wirtschaftsrechts*, Tübingen, J. C. B. Mohr, 1969.
- “Verwaltungsstrafrecht und Rechtsstaat”, *Österreichische Juristen-Zeitung*, 1972, p. 285-291.
- *Kartellrechtsverstöße und Strafrecht*, Berlin, Carl Heymanns Verlag, 1976.
- *Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität, I: Allgemeiner Teil*, Reinbek bei Hamburg, Rowohlt, 1976.
- “La recente evoluzione del diritto penale dell’economia in Germania con particolari riferimento al diritto penale delle società commerciali”, in: C. Pedrazzi (org.), *Comportamenti Economici e Legislazione Penale*, Milano, Giuffrè, 1978, p. 109-130.
- “Der Allgemeine Teil des europäischen supranationalen Strafrechts”, in: Theo Vogler, *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag*, II, Berlin, Duncker & Humblot, 1985, p. 1411-1440.
- “Principes généraux applicables aux sanctions communautaires. Projet de rapport général”, in: *The System of Administrative and Penal Sanctions in the Member States of the European Communities*, vol. II, Luxembourg, Office for Official Publications of the European Communities, 1994, p. 11-40.
- “Wettbewerb als Rechtsgut des Strafrechts”, in: Guido Britz *et. al.*, *Grundfragen staatlichen Strafsens. Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag*, München, C. H. Beck, 2001, p. 905-918.
- *Wirtschaftsstrafrecht. Einführung und Allgemeiner Teil mit wichtigen Rechtstexten*, 3.^a ed., Köln, Carl Heymanns Verlag, 2010.

-
- “Introduction générale: le droit pénal économique dans l’Europe d’aujourd’hui”, in: Hurtado Pozo / O. Thormann, *Droit Pénal Économique*, Schulthess, Genève, 2011, p. 1-26.
- “Wirtschaftsstrafrecht in Europa”, in: Hellmann / Schröder (orgs.), *Festschrift für Hans Achenbach*, Heidelberg, C. F. Müller, 2011, p. 563-578.
- TRÉBUTIEN, E., *Cours Élémentaire de Droit Criminel*, I, Paris, Auguste Durand, 1854.
- TROPS, Fritz, *Begriff und Wert eines Verwaltungsstrafrechtes*, Breslau, Schletter’sche Buchhandlung, 1926.
- TRÖNDLE, Herbert, in: Jescheck / Ruß / Willms, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, 10.^a ed., I, Berlin, Walter de Gruyter, 1985, § 12.
- TULLOCK, Gordon, “The Theory of Public Choice”, in: G. Tullock / A. Seldon / G. L. Brady, *Government Failure: A Primer in Public Choice*, Washington, Cato Institute, p. 1-79.
- UNRUH, Peter, *Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten*, Berlin, Duncker & Humblot, 1996.
- VARINARD, A. / JOLY-SIBUET, E., “Les problèmes juridiques et pratiques posés par la différence entre le Droit Pénal et le Droit Administratif Pénal”, in: *Revue Internationale de Droit Pénal*, n.º especial: *Les Problèmes Juridiques et Pratiques Posés par la Différence entre le Droit Criminel et le Droit Administratif Pénal*, vol. 59, 1988, p. 189-215.
- VEIGA, Alexandre Brandão da, “A construção dos tipos contra-ordenacionais no Novo Código dos Valores Mobiliários”, *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários*, n.º 7, 2000, p. 416-429.
- VELOSO, José António, “Questões hermenêuticas e de sucessão de leis nas sanções do Regime Geral das Instituições de Crédito – em especial a inibição de direitos de voto por violação de deveres de revelar participações qualificadas”, *Revista da Banca*, n.º 48, 1999, p. 27-72, e n.º 49, 2000, p. 23-71.
- “Sobre a natureza não-sancionatória da revogação da autorização das instituições de crédito e outras questões de fiscalização de actividades reservadas: algumas notas de justificação de decisões legislativas”, *Direito e Justiça*, XVI, tomo I, 2000, p. 63-89.
- “Boas intenções, maus resultados: notas soltas sobre investigação e processo na supervisão financeira”, *ROA*, 2000, p. 73-102.

-
- VIANA, João Matos, “A (in)constitucionalidade da responsabilidade subsidiária dos administradores e gerentes pelas coimas aplicadas à sociedade”, *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, 2009, p. 199-210.
- VIDAL, Georges, *Cours de Droit Criminel et de Science Pénitentiaire*, Paris, Arthur Rousseau, 1901.
- VIEIRA, Francisco Marques, *Direito Penal Rodoviário. Os Crimes dos Condutores*, Porto, Publicações Universidade Católica, 2007.
- VIGANÒ, Francesco, “L’arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali”, in: *Studi in onore di Mario Romano*, IV, Napoli, Jovene, 2011, p. 2645-2704.
- VILELA, Alexandra, *O Direito de Mera Ordenação Social. Entre a Ideia de “Recorrência” e a de “Erosão” do Direito Penal Clássico*, Coimbra, Coimbra Editora, 2013 (citado: VILELA, Alexandra, *O Direito de Mera Ordenação Social*).
- VINCIGUERRA, Sergio, *La Riforma del Sistema Punitivo nella L. 24 novembre 1981, n. 689. Infazione Amministrativa e Reato*, Padova, Cedam, 1983.
- VOGEL, Joachim, “Strafrechtsgüter und Rechtsgüterschutz durch Strafrecht im Spiegel der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts”, *Strafverteidiger*, 1996, p. 110-115.
- VOGLER, Theo, “Das Recht auf unentgeltliche Beizihung eines Dolmetschers (Art. 6 Abs. 3 Buchst. e EMRK)”, *EuGRZ*, 1979, p. 640-647.
- in: Wolfram Karl (org.), *Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention*, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2010, art. 6.
- VOSGERAU, Ulrich, “Zur Kollision von Grundrechtsfunktionen. Ein zentrales Problem der Grundrechtsdogmatik”, *AöR*, 2008, p. 346-388.
- VOßKUHLE, Andreas, “«Concetti chiave» della riforma del diritto amministrativo nella Repubblica Federale Tedesca”, *Diritto Pubblico*, 2000, n.º 3, p. 699-750.
- VOßKUHLE, Andreas / KAISER, Anna-Bettina, “Grundwissen – Öffentliches Recht: Funktionen der Grundrechte”, *JuS*, 2011, p. 411-413.
- WAHL, Rainer / MASING, Johannes, “Schutz durch Eingriff”, *JZ*, 1990, p. 553-562.
- WALTER, Tonio, “§ 298 StGB un die Lehre von den Deliktstypen”, *GA*, 2001, p. 131-141.

-
- WANG, William K. S. / STEINBERG, Marc, *Insider Trading*, 3.^a ed., New York, Oxford University Press, 2010.
- WEBER, Ulrich, “Die Überspannung der staatlichen Bußgeldgewalt. Kritische Bemerkungen zur neueren Entwicklung des materiellen Ordnungswidrigkeitenrechts”, *ZStW*, 92, 1980, p. 313-345.
- Vd. Baumann / Weber / Mitsch
- WEIGEND, Thomas, “The legal and practical problems posed by the difference between criminal law and administrative penal law”, in: *Revue Internationale de Droit Pénal, n.º especial: Les Problèmes Juridiques et Pratiques Posés par la Différence entre le Droit Criminel et le Droit Administratif Pénal*, vol. 59, 1988, p. 67-93.
- “Federal Republic of Germany – The system of administrative and penal sanctions”, in: *The System of Administrative and Penal Sanctions in the Member States of the European Communities*, vol. I, Luxembourg, Office for Official Publications of the European Communities, 1994, p. 91-115.
- in: Laufhütte / Saan / Tiedemann, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, 12.^a ed., I, Berlin, Walter de Gruyter, 2007, Introdução.
- WEITH, Jürgen, *Gerichtssprachenproblematik im Straf- und Bussgeldverfahren*, Marburg, N. G. Elwert, 1992.
- WELZEL, Hans, in: *Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtkommission, 1. Band: Grundsatzfragen, 1. Bis 13. Sitzung*, Bonn, 1956, p. 87.
- “Der Verbotsirrtum im Nebenstrafrecht”, *JZ*, 1956, p. 238-241.
- WILLIAMSON, John, “What Washington Means by Policy Reform”, in: J. Williamson, *Latin American Adjustment: How Much Has Happened?*, Washington, Institute for International Economics, 1990.
- WILSON, Graham K., “Social regulation and explanations of regulatory failure”, *Political Studies*, 1984, XXXII, p. 203-225.
- WOHLERS, Wolfgang, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts – zur Dogmatik "moderner" Gefährdungsdelikte*, Berlin, Duncker & Humblot, 2000 (citado: WOHLERS, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts*).
- “Rechtsgutstheorie und Deliktsstruktur”, *GA*, 2002, p. 15-20.

- WOLF, Erik, “Die Stellung der Verwaltungsdelikte im Strafrechtssystem”, in: A. Hegler, *Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag*, vol. II, Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1930, p. 516-588
- “Das künftige Strafsystem und die Zummessungsgrundsätze”, *ZStW*, 54, 1935, p. 544-574.
- WOLFF, Ernst Amadeus, “Die Abgrenzung von Kriminalunrecht zu anderen Unrechtsformen”, in: Winfried Hassemer (org.), *Strafrechtspolitik. Bedingungen der Strafrechtsreform*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 1987, p. 137-224.
- WOLFF, Hans J. / BACHOF, Otto / STÖBER, Rolf, *Verwaltungsrecht*, I, 10.^a ed., München, C. H. Beck, 1994.
- WOLFF, Heinrich A., “Der Grundsatz «nulla poena sine culpa» als Verfassungsrechtssatz”, *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1999, p. 56-86.
- WRIGHT, Vincent, “The Administrative Systems and Market Regulation in Western Europe: Continuities, Exceptionalism and Convergence”, *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1992, n.º 4, p. 1026-1041.
- ZANOBINI, Guido, *Le Sanzioni Amministrative*, Torino, Fratelli Bocca Editori, 1924.

DOCUMENTOS CITADOS

“Circolare sui criteri orientativi per la scelta tra sanzioni penali e sanzioni amministrative”, *RIDPP*, 1984, p. 344-361.

Completing the Internal Market. White Paper from the Commission to the European Council (Milan, 28-29 June 1985), COM (85) 310, de 14-06-1985, in: http://europa.eu/documentation/official-docs/white-papers/index_pt.htm

“Comunicação da Comissão: Os Serviços de Interesse Geral na Europa”, *JO C 281/3*, de 26-09-1996.

Comunicação da Comissão: Uma Política Energética para a Europa, COM (2007) 1, de 10-01-2007, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2007:0001:FIN:PT:PDF>.

“Comunicação da Comissão: Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado”, *JO C 101/97*, de 27-04-2007.

Comunicação da Comissão: Os Serviços de Interesse Geral, incluindo os Serviços Sociais de Interesse Geral: um Novo Compromisso Europeu, COM (2007) 725, de 20-11-2007, in: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2007:0725:FIN:PT:PDF>.

“Comunicação da Comissão: Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82.º do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante”, *JO C 45/7*, de 24-02-2009.

Comunicação da Comissão: Um Enquadramento de Qualidade para os Serviços de Interesse Geral na Europa, COM (2011) 900, de 20-12-2011, http://ec.europa.eu/services_general_interest/docs/comm_quality_framework_pt.pdf.

ECRI (*European Commission against Racism and Intolerance*), do Conselho da Europa: <http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/Country-by-country/Portugal/PRT-CbC-IV-2013-020-ENG.pdf>

Inaugural Address by President Barack Obama, 21-01-2013, in: <http://www.whitehouse.gov/the-press-office/2013/01/21/inaugural-address-president-barack-obama>

Livro Verde sobre Serviços de Interesse Geral apresentado pela Comissão Europeia, COM (2003) 270, de 21-05-2003, in: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/pt/com/2003/com2003_0270pt01.pdf.

Livro Branco sobre os Serviços de Interesse Geral apresentado pela Comissão Europeia, COM(2004) 374, de 12-05-2004, in: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/pt/com/2004/com2004_0374pt01.pdf

Recuperar a Credibilidade e Desenvolver Portugal. Programa Eleitoral do Partido Social Democrata às Eleições Legislativas de 2011,
http://www.psd.pt/archive/doc/programa_eleitoral_psd_2011_0.pdf

“Modifíche al sistema penale”, *in: RIDPP*, 1978, p. 343-406.

JURISPRUDÊNCIA CITADA

I – Pareceres e Acórdãos da Comissão Constitucional

- Parecer n.º 4/81, in: *Pareceres da Comissão Constitucional*, 14.º vol., Lisboa, INCM, 1983, p. 205-272.
- Parecer n.º 1/82, in: *Pareceres da Comissão Constitucional*, 18.º vol., Lisboa, INCM.
- Ac. n.º 149, de 13-03-1979, apêndice ao *DR* de 31-12-1979, p. 42-46.
- Ac. n.º 164, de 10-07-1979, *BMJ*, n.º 291, 1979.
- Ac. n.º 387, de 31-03-1981, apêndice ao *DR* de 18-01-1983, p. 43-44.

II – Acórdãos do Tribunal Constitucional

(Disponíveis em www.tribunalconstitucional.pt)

- Ac. do TC n.º 11/83
- Ac. do TC n.º 25/84
- Ac. do TC n.º 39/84
- Ac. do TC n.º 56/84
- Ac. do TC n.º 85/85
- Ac. do TC n.º 173/85
- Ac. do TC n.º 269/87
- Ac. do TC n.º 303/90
- Ac. do TC n.º 67/91
- Ac. do TC n.º 160/91
- Ac. do TC n.º 426/91
- Ac. do TC n.º 430/91
- Ac. do TC n.º 158/92
- Ac. do TC n.º 289/92
- Ac. do TC n.º 634/93
- Ac. do TC n.º 150/94

- Ac. do TC n.º 304/94
- Ac. do TC n.º 308/94
- Ac. do TC n.º 479/94
- Ac. do TC n.º 59/95
- Ac. do TC n.º 211/95
- Ac. do TC n.º 319/95
- Ac. do TC n.º 527/95
- Ac. do TC n.º 574/95
- Ac. do TC n.º 631/95
- Ac. do TC n.º 469/97
- Ac. do TC n.º 259/98
- Ac. do TC n.º 274/98
- Ac. do TC n.º 288/98
- Ac. do TC n.º 674/98
- Ac. do TC n.º 61/99
- Ac. do TC n.º 168/99
- Ac. do TC n.º 278/99
- Ac. do TC n.º 318/99
- Ac. do TC n.º 327/99
- Ac. do TC n.º 635/99
- Ac. do TC n.º 176/2000
- Ac. do TC n.º 245/2000
- Ac. do TC n.º 363/2000
- Ac. do TC n.º 383/2001
- Ac. do TC n.º 99/2002
- Ac. do TC n.º 338/2003
- Ac. do TC n.º 161/2005
- Ac. do TC n.º 358/2005
- Ac. do TC n.º 578/2005
- Ac. do TC n.º 419/2006
- Ac. do TC n.º 617/2006
- Ac. do TC n.º 104/2007

-
- Ac. do TC n.º 117/2007
 - Ac. do TC n.º 127/2007
 - Ac. do TC n.º 221/2007
 - Ac. do TC n.º 344/2007
 - Ac. do TC n.º 86/2008
 - Ac. do TC n.º 183/2008
 - Ac. do TC n.º 336/2008
 - Ac. do TC n.º 423/2008
 - Ac. do TC n.º 596/2008
 - Ac. do TC n.º 613/2008
 - Ac. do TC n.º 128/2009
 - Ac. do TC n.º 129/2009
 - Ac. do TC n.º 490/2009
 - Ac. do TC n.º 75/2010
 - Ac. do TC n.º 128/2010
 - Ac. do TC n.º 187/2010
 - Ac. do TC n.º 224/2010, *AcsTC*, 78.º vol., 2010, p. 15-26.
 - Ac. do TC n.º 269/2010
 - Ac. do TC n.º 270/2010
 - Ac. do TC n.º 399/2010
 - Ac. do TC n.º 24/2011
 - Ac. do TC n.º 26/2011
 - Ac. do TC n.º 62/2011
 - Ac. do TC n.º 67/2011
 - Ac. do TC n.º 353/2011
 - Ac. do TC n.º 396/2011
 - Ac. do TC n.º 461/2011
 - Ac. do TC n.º 537/2011
 - Ac. do TC n.º 561/2011
 - Ac. do TC n.º 577/2011
 - Ac. do TC n.º 34/2012
 - Ac. do TC n.º 85/2012

- Ac. do TC n.º 110/2012
- Ac. do TC n.º 128/2012
- Ac. do TC n.º 173/2012
- Ac. do TC n.º 179/2012
- Ac. do TC n.º 249/2012
- Ac. do TC n.º 397/2012
- Ac. do TC n.º 78/2013
- Ac. do TC n.º 105/2013
- Ac. do TC n.º 297/2013
- Ac. do TC n.º 299/2013
- Ac. do TC n.º 313/2013
- Ac. do TC n.º 340/2013
- Ac. do TC n.º 428/2013

III – Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça e das Relações

(Salvo indicação noutro sentido, disponíveis em www.dgsi.pt)

- Ac. do STJ de 26-11-1929, *Colecção Oficial dos Acórdãos Doutriniais do Supremo Tribunal de Justiça*, 28.º ano, 1929, p. 323
- Ac. do STJ n.º 8/2006, *DR-I*, de 28-11-2006, p. 8114-8119.
- Ac. do STJ n.º 5/2009, *DR-I*, de 19-03-2009, p. 1762-1768.
- Ac. do STJ n.º 8/2010, *DR-I*, de 23-09-2010, p. 4219-4249.
- Ac. do STJ n.º 2/2013, *DR-I*, de 08-01-2013, p. 77-96.

- Ac. do TRE de 09-11-2004 (Proc. n.º 1756/04-3).
- Ac. do TRL de 09-05-2007 (Proc. n.º 1254/2007-4).
- Ac. do TRP de 12-12-2007 (Proc. n.º 0744681).
- Ac. do TRP de 02-02-2009 (Proc. n.º 0843819).
- Ac. do TRP de 09-03-2009 (Proc. n.º 0847390).
- Ac. do TRP de 22-02-2010 (Proc. n.º 1500/07.7TTPRT.P1).
- Ac. do TRG de 03-05-2011 (Proc. n.º 3056/10.4TBBCL.G1).
- Ac. do TRL de 14-09-2011 (Proc. n.º 429/09.9TTLSB.L1-4).

-
- Ac. do TRP de 26-09-2011 (Proc. n.º 540/09.6TTMTS.P1).
 - Ac. do TRC de 23-11-2011 (Proc. n.º 222/11.9T4AVR.C1).
 - Ac. do TRL de 15-02-2012 (Proc. n.º 830/06.0TTVFX.L1-4).
 - Ac. do TRE de 05-06-2012 (Proc. n.º 193/10.9GACTX.E1).
 - Ac. do TRP de 04-02-2013 (Proc. n.º 1827/11.3TTPRT.P1).
 - Ac. do TRC de 07-03-2013 (Proc. n.º 236/11.9TTCTB.C2).
 - Ac. do TRP de 08-04-2013 (Proc. n.º 248/10.0TTBRG.P1).

IV – Acórdãos do Tribunal Constitucional Federal Alemão

- Ac. de 15-01-1958, *in: BVerfGE* 7, p. 198-230.
- Ac. de 14-10-1958, *in: BVerfGE* 8, p. 197-208.
- Ac. de 04-02-1959, *in: BVerfGE* 9, p. 167-174.
- Ac. de 25-10-1966, *in: BVerfGE* 20, 323.
- Ac. de 06-06-1967, *in: BVerfGE* 22, p. 49-83.
- Ac. de 04-07-1967, *in: BVerfGE* 22, p. 125-134.
- Ac. de 22-02-1968, *in: BVerfGE* 23, p. 113-126.
- Ac. de 26-02-1969, *in: BVerfGE* 25, 269-295.
- Ac. de 16-07-1969, *in: BVerfGE* 27, p. 18-36.
- Ac. de 09-06-1971, *in: BVerfGE* 31, p. 137-145.
- Ac. de 04-02-1975, *in: BVerfGE* 38, 348-372.
- Ac. de 25-02-1975, *in: BVerfGE* 39, p. 1-95.
- Ac. de 08-07-1976, *in: BVerfGE* 42, p. 261-263.
- Ac. de 21-06-1977, *in: BVerfGE* 45, p. 272-297.
- Ac. de 08-08-1978, *in: BVerfGE* 49, p. 89-147.
- Ac. de 27-03-1979, *in: BVerfGE* 51, p. 60-77.
- Ac. de 22-10-1980, *in: BVerfGE* 55, p. 144-154.
- Ac. de 23-10-1985, *in: BVerfGE* 71, p. 108-122.
- Ac. de 06-06-1989, *in: BVerfGE* 80, p. 182-188.
- Ac. de 29-11-1989, *in: NJW*, 1990, p. 1103-1104.
- Ac. de 28-05-1993, *in: BVerfGE* 88, 203.
- Ac. de 14-01-2004, *BVerfGE* 2, BvR 564/95 – www.bverfg.de).

-
- Ac. de 05-02-2004, *BVerfGe* 2, BvR 2029/01 – www.bverfg.de).
 - Ac. de 15-02-2006, *in: BVerfGE* 115, p. 118-166.
 - Ac. de 26-02-2008, *BVerfGe* 2 BvR 392/07.
 - Ac. de 07-10-2008, *BVerfGe*, 2, BvR 578/07.

V – Acórdãos do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

(Disponíveis em www.echr.coe.int)

- *Ac. Engel e outros c. Holanda*, de 08-06-1976.
- *Ac. Öztürk c. Alemanha*, de 21-02-1984.
- *Ac. Campbell e Fell c. Reino Unido*, de 28-06-1984.
- *Ac. Lutz c. Alemanha*, de 25-08-1987.
- *Ac. Salabiaku c. França*, de 07-10-1988.
- *Ac. Bendenoun c. França*, de 24-02-1994.
- *Ac. A.P., M.P. e T.P. c. Suíça*, de 29-08-1997.
- *Ac. Garryfallou Aebe c. Grécia*, de 24-09-1997.
- *Ac. Pierre-Bloch. c. França*, de 21-10-1997.
- *Ac. Lauko c. Eslováquia*, de 02-09-1998.
- *Ac. Malige c. França*, de 23-09-1998.
- *Decisão Inocêncio c. Portugal*, de 11-01-2001.
- *Ac. Janosevic c. Suécia*, de 21-05-2003, 100.
- *Ac. Ziliberberg c. Moldávia*, de 01-02-2005.
- *Ac. Jussila c. Finlândia*, de 23-11-2006.
- *Ac. Dubus S.A. c. França*, de 11-06-2009.
- *Ac. A. Menarini Diagnostics S.R.L. c. Itália*, de 27-09-2011.
- *Ac. Stübing c. Alemanha*, de 12-04-2012.

VI – Acórdãos do Tribunal de Justiça da União Europeia:

(Disponíveis em <http://curia.europa.eu/>)

- *Orkem c. Comissão*, Acórdão do TJUE de 18-10-1989 (Proc. 364/87).

RESUMO

O presente estudo tem como objecto o relacionamento entre o direito penal e o direito contra-ordenacional no quadro do sistema jurídico português. A ideia de fundo de que o direito das contra-ordenações dispõe de uma natureza distinta da do direito penal em virtude do carácter materialmente diverso da contra-ordenação face ao crime constitui o elemento-chave da compreensão que a esmagadora maioria da doutrina e jurisprudência nacionais têm do sistema contra-ordenacional vigente. Essa ideia representa, na realidade, o sustentáculo que leva a que entre nós se defenda que as decisões legislativas de tipificação de crimes e de contra-ordenações devem ser orientadas pelo critério que subjaz a essa distinção material; que os princípios constitucionais válidos para o direito penal não devem, por norma, cobrar aplicação em sede contra-ordenacional; e que o regime legal do direito das contra-ordenações deve ser conformado de modo a assegurar a autonomia do direito contra-ordenacional em planos tão diversos como os do facto punível, das sanções e do processo. A natureza da relação entre o direito penal e o direito contra-ordenacional, baseada essencialmente na contraposição entre crimes e contra-ordenações, constitui assim uma questão omnipresente e de decisivo significado nas inúmeras dimensões de que se compõe o problema contra-ordenacional. E é isso que justifica que seja ela o objecto central da investigação, cujo propósito essencial é o de traçar as linhas fundamentais que dão corpo a esse relacionamento.

A investigação começa por apresentar o quadro em que o direito das contra-ordenações fez o seu aparecimento no ordenamento jurídico alemão ocidental e os termos em que se deu a sua recepção na ordem jurídica portuguesa. Posto isto, são analisadas as principais correntes doutrinárias contemporâneas que tomam posição sobre a natureza da relação entre o direito penal e o direito contra-ordenacional. A fim de marcar uma posição pessoal sobre a questão, procura-se compreender os rumos político-criminais que o direito penal e o direito de mera ordenação social vêm seguindo na actualidade, concluindo-se pela existência de uma tendência de aproximação recíproca. De um lado, o direito contra-ordenacional foi instituído como instrumento sancionatório por excelência do direito regulatório contemporâneo, sendo através dele que o Estado, sob as vestes de Estado Garantidor, procura assegurar o essencial da tutela dos bens jurídico-económicos dos sectores vitais do sistema económico actual. E de outro lado, assiste-se a uma expansão do direito penal que o tem levado a intervir nessas e noutras áreas socio-económicas para tutela de bens jurídicos colectivos através de tipos legais que geralmente assumem uma estrutura típica cumulativa que é tradicionalmente conotada com a estrutura dos ilícitos contra-ordenacionais.

Defende-se, enfim, que o problema do relacionamento entre o direito penal e o direito das contra-ordenações deve ser enfrentado e dilucidado no quadro do sistema constitucional no âmbito do qual ambos convivem paredes-meias e actuam, em regra, conjunta e articuladamente. Sendo esse o seu *habitat*, deverá a contraposição entre ambos arrancar dos princípios jurídico-constitucionais que o legislador ordinário deve assumir como directrizes orientadoras das suas decisões de criminalização e de tipificação de contra-ordenações. Conclui-se, à luz deste contexto constitucional, que não é possível fundar a autonomia material entre o direito penal e o direito das contra-ordenações com base numa total e contínua relação de divergência material entre crimes e contra-ordenações, sendo antes no plano das sanções que tal autonomia material pode encontrar a sua base de sustentação.

Palavras-chave: direito penal; direito contra-ordenacional.

ABSTRACT

The aim of this study is to analyse the relations between criminal law and regulatory offences law in the overall Portuguese legal system. The current core idea is that regulatory offences law has a distinctive nature from that of criminal law due to the materially different character which constitutes the key element of the understanding that the overwhelming majority of the national doctrine and body of law have of the present regulatory offences law. That notion represents, actually, the sinew that leads to the defence, among us, that the legislation decisions of typification of crimes and administrative offences must be oriented by the criteria that underlies that material distinction; that the valid constitutional principles towards criminal law must not, normally, be applied to the regulatory offences law; and that the legal regime of regulatory offences law must be conformed in order to ensure its autonomy upon such different levels as the punishable fact, sanctions, and process. The nature of the relation between criminal law and regulatory offences law, based essentially upon the counterpoint between criminal and administrative offences, constitutes a ubiquitous issue and of paramount significance to the countless dimensions in which the regulatory offences law is composed. Henceforth, that is what justifies that this relation has become the core object of this investigation, which primarily aims to settle the fundamental lines that embody that same relation.

The investigation begins to provide an overview towards how regulatory offences law made its appearance in western German legal system, as well as the terms in which its reception has occurred in the Portuguese legal system. Accordingly, and having that settled, the thesis explores the main doctrinal contemporary streams which take position concerning the nature of the relation between criminal and regulatory offences law. Aiming to make a personal stance on the issue, one pursues to understand the political-criminal paths that the criminal law and regulatory offences law are presently following, concluding by the existence of a mutual approach tendency. On one hand, regulatory offences law was established as a sanctioning instrument *par excellence* of contemporary regulatory law, being through it that the State, assuming the role of Ensuring State, seeks to secure the essential protection of the legal-economic interests of the vital sectors of the present economic system. On the other hand, one comes to realize an expansion of criminal law, which has been forcing it to intervene in those social-economic areas, as well as in others, assuring the protection of collective legal interests through legal types that usually assume a cumulative typical structure, traditionally linked with the structure of unlawful administrative offences.

It is argued, in conclusion, the problem of the relation between criminal law and administrative offences law should be faced and clarified within the framework of the constitutional system under which both coexist side by side, and act, as a general rule, together and articulately. That being its *habitat*, the counterpoint between both should start from the juridical-constitutional principles the ordinary legislator must assume as guidelines of the criminalization and administrative offences creation decisions. It is concluded that, in the light of this constitutional context, it is not possible to anchor the material autonomy among criminal law and regulatory offences law based on a complete and continuous relation of material divergence between criminal offences and regulatory offences, but rather within the sanctions framework where that material autonomy can find its sustaining basis.

Keywords: criminal law; regulatory offences law.