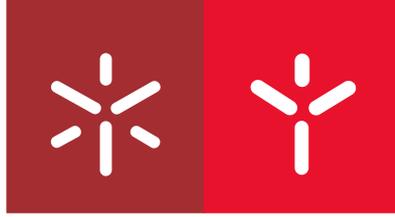


Universidade do Minho
Escola de Direito

Francisco Manuel Gina

O Direito das Contra-ordenações: características gerais de natureza substantiva em face dos ordenamentos jurídicos de Portugal e de Angola



Universidade do Minho
Escola de Direito

Francisco Manuel Gina

O Direito das Contra-ordenações: características gerais de natureza substantiva em face dos ordenamentos jurídicos de Portugal e de Angola

Dissertação de Mestrado
Mestrado em Direito Judiciário
(Direito Processuais e Organização Judiciária)

Trabalho efetuado sob a orientação do
Professor Doutor Fernando Conde Monteiro

maio de 2017

DECLARAÇÃO

Nome: FRANCISCO MANUEL GINA

Endereço electrónico: fginanzagi@gmail.com

Telefone: +244923551329/+244 917723740

Número do Bilhete de identidade: 000146148Kn039 Passaporte n.º N0884293

Título da Dissertação:

O Direito das Contra-ordenações: características gerais de natureza substantiva em face dos ordenamentos jurídicos de Portugal e de Angola

Orientador: Professor Doutor Fernando Conde Monteiro

Ano de conclusão: 2017

Designação do Mestrado:

Mestrado em Direito Judiciário (Direito Processuais e Organização Judiciária)

É AUTORIZADA A REPRODUÇÃO PARCIAL DESTA DISSERTAÇÃO APENAS PARA EFEITO DE INVESTIGAÇÃO, MEDIANTE DECLARAÇÃO ESCRITA DO INTERESSADO QUE A TAL SE COMPROMENTE.

Universidade do Minho, 22 de Maio de 2017

Assinatura: _____

Dedicatória

Dedico esta dissertação Ao meu pai Manuel
Francisco Gina (in memoria)

A minha esposa Marlene Bento da Costa
Gina, aos meus filhos: Genésio Gina, Gênia
Hety Gina, Getsêmani Gina, Genivaldo Gina,
as Gémeas Gilene Gina e Geane Gina. E, em
especial ao ilustre Professor Doutor Fernando
Conde Monteiro, à Dr.^a Carmelinda Vilaça.

Finalmente ao povo Angolano e
Universidade do Minho.

Agradecimentos

Os meus agradecimentos vão a toda minha família que ficaram privados da minha presença e carinho.

Ao Professor Doutor Conde Monteiro merece agradecimentos pela sua extraordinária orientação e pelos seus esforços no sentido de ampliar as bases para dissertação deste tema.

Às Dras. Ana Maria e a Célia Afonso, que mesmo à distância me mantiveram informado sobre a Escola de Direito, o meu muito obrigado.

Aos Professores Doutores: Mário Monte, Álvaro Laborinho, Wladimir Brito, Rui do Carmo, Flávia Novera, Joana Aguiar, Elizabeth Fernández, Cristina Dias, Maria Clara Calheiros, a todos e todas da Escola de Direito da Universidade do Minho, o meu muito obrigado.

Aos meus colegas de Mestrado, com especial atenção à Liliana Amaral, Ana Paula de Sousa, Mónica, Patrícia, ao Jorge da Costa, o meu muito obrigado.

Aos meus afilhados Arnaldo Miranda dos Santos Fernandes e João Luís Bento da Costa, um abraço.

Aos meus amigos: Lino Pedro Cassumba e Lucas Teixeiras, um abraço.

Finalmente, desejo agradecer às Dras Carmelinda Vilaça e Teresa Costa da biblioteca da Escola de Direito, pelo seu apoio e colaboração inextinguíveis.

TÍTULO

O Direito das Contra-ordenações: características gerais de natureza substantiva em face dos ordenamentos jurídicos de Portugal e de Angola

Resumo

O presente trabalho reflete sobre a possibilidade de extensão à realidade jurídica angolana da experiência contraordenacional portuguesa, concluindo no sentido de tal, a ter lugar, poder constituir algo de muito significativo para a ordem jurídica de Angola.

TITLE

The Law of Offenses: general characteristics of a substantive nature in the legal systems of Portugal and Angola

Abstract

The present work reflects on the possibility of extension to the Angolan reality of the Portuguese administrative offense law, concluding in the sense that this, to take place, could be very significant for the legal order of Angola.

Índice

Lista de siglas e abreviaturas	11
I. Introdução	12
1. Importância do Estudo	12
2. Objetivos.....	13
3. Metodologia.....	14
II. A tradição histórica portuguesa no âmbito contravencional.....	15
1. Introdução.....	15
2. Breves considerações	15
3. Desenvolvimento.....	16
3.1 Prolegómenos.....	16
3.2. O Código Penal Português de 1852 e o seu regime contravencional.....	17
3.3. Características fundamentais do direito contravencional português.....	17
3.3.1. Introdução.....	17
3.3.2. Regime jurídico	18
3.3.3. Conclusão	19
III. A experiência alemã.....	20
1. Introdução	20
2. Goldschmidt e o Direito Penal Administrativo.....	20
3. Wolf e a continuidade do pensamento de Goldschmidt.....	20
4. O nazismo e o direito penal de ordem.....	21
5. O pós-guerra.....	21
6. Evolução posterior.....	22
7. A crise.....	22
IV. O quadro legal português.....	23
1. Introdução	23
2. O Decreto-Lei n.º 232/79 de 24 de Julho.....	23
2.1. Introdução.....	23
2.2. Motivações de política criminal do Decreto-Lei em causa.....	23
2.2.1. Considerações prévias.....	23

2.2.2. As razões de política legislativa.....	24
2.3. Aspetos fundamentais do novo regime legal.....	25
2.4. A crise.....	25
3. O Decreto-lei n.º 433/82 de 27 de Outubro.....	27
3.1. Introdução.....	27
3.2. O conteúdo normativo.....	27
3.2.1. O conceito de contraordenação.....	27
3.2.2. A ilicitude enquanto critério de delimitação das contraordenações em face de crimes	28
3.2.2.1. Prolegómenos.....	28
3.2.2.2. Critérios qualitativos.....	28
3.2.2.2.1. Introdução	28
3.2.2.2.2. O critério da neutralidade ética	29
3.2.2.2.2.1. Aspetos caracterizadores.....	29
3.2.2.2.2.2. Crítica	29
3.2.2.2.3. O critério da antecipação da proteção de bens jurídicos.....	31
3.2.2.2.4. A ideia do direito contraordenacional como direito bagatelar.....	31
3.2.2.2.5. Reflexões conclusivas	32
3.2.2.2.6. A coima enquanto critério de distinção entre contraordenações e crimes.....	32
3.2.2.2.7. Conclusão final	33
3.2.3. A culpa.....	33
3.2.4. A punibilidade	34
3.2.4.1. A coima: caracterização sumária.....	34
3.2.4.1.1. Desenvolvimento normativo.....	35
3.2.4.1.1.1. Os quantitativos estabelecidos.....	35
3.2.4.1.1.2. Os critérios de determinação.....	35
3.2.4.1.1.3. As finalidades das contraordenações.....	37
3.2.4.2. Sanções acessórias.....	38
3.2.4.2.1. Introdução.....	38
3.2.4.2.2. Conteúdo normativo.....	38
3.2.4.2.2.1. Prolegómenos	38
3.2.4.2.2.2. O regime do artigo 21.º.....	39

3.2.4.2.2.1. O desenvolvimento normativo do artigo 21.º-	
A.....	41
3.2.4.3. As penas substitutivas.....	43
3.2.4.3.1. A prestação de trabalho a favor da comunidade...43	
3.2.4.3.2. Admoestação	44
V. Angola e o direito contravencional: caracterização geral e proposta de um novo regime jurídico sancionatório administrativo.....	45
1. O Anteprojeto do Código Penal	45
1.1. O continuar do regime contravencional: as disposições básicas.....	45
1.2. Análise crítica do regime adotado.....	45
VI. Reflexões sobre um direito administrativo sancionatório angolano.....	51
1. Considerações de caráter geral	51
2. Da necessidade de um específico direito administrativo sancionatório na realidade jurídica angolana.....	52
3. O direito das contraordenações.....	52
3.1. Características deste novo direito: algumas sugestões no âmbito substantivo.....	53
3.1.1. O princípio da legalidade.....	53
3.1.2. Agentes das infrações	55
3.1.3. Tipo de ilícito subjetivo.....	55
3.1.4. Tentativa e atos preparatórios	56
3.1.5. Punibilidade	56
3.1.5.1. A coima como sanção principal	56
3.1.5.2. Sanções Acessórias	57
3.1.5.3. O processo de determinação das consequências jurídicas contraordenacionais.....	57
3.1.5.4. Medidas de Segurança.....	58
3.1.6. Concurso de infrações	58
3.1.7. Perda de instrumentos, valores, objetos relacionados com a prática de contraordenações.....	59
3.1.8. Prescrição do procedimento e das consequências jurídicas contraordenacionais.....	59

3.1.9. Aplicação subsidiária do Código Penal	59
3.1.10. Aplicação subsidiária do Código Penal	59
VII Conclusão	60
Bibliografia.....	62

Lista de siglas e abreviaturas

art.º: artigo

CP: Código Penal

CPP: Código Processual Penal

CRP: Constituição da República Portuguesa

MDJ: Mestrado em Direito Judiciário

n.º: número

op. cit: a obra citada

v.g.: verbi gratia

Cf. : Conferir ou confira.

OWiG: Gesetz über Ordnungswidrigkeiten

RGIT: Regime Geral das Infrações Tributárias

RGCO: Regime Geral das Contraordenações

segs.: seguintes

1. Introdução

O estudo do direito das contraordenações é uma realidade particularmente desafiante e cheia de complexos problemas. Não estará nos nossos propósitos procurar nem de longe dar explicações cabais de tão delicado tema. Mais humildemente será nosso desiderato tão só procurar alguns arquétipos expressivamente elucidativos que nos ajudem a perceber melhor tal quadro complexo, procurando, por outro lado, no plano do direito comparado (fundamentalmente da realidade jurídica portuguesa), extrair consequências prenhes de sentido ôntico-axiológico e de política legislativa, que permitam um indagar crítico-analítico e tópico-reflexivo da realidade angolana de que somos parte integrante.

1. Importância do Estudo

Este estudo justifica-se tendo em conta o maior desenvolvimento dogmático e em termos de política legislativa que a ordem jurídica portuguesa assume em comparação com o caso angolano. Neste sentido e a partir da realidade histórica portuguesa, que reflete nomeadamente a influência germânica, procuraremos identificar os pontos axiomáticos responsáveis pela caracterização jurídico-positiva do ilícito contraordenacional em Portugal, o seu desenvolvimento normativo e axiológico, bem como as suas cristalizações prático-substantivas, eventualmente de cariz jurisprudencial. Tal terá naturalmente uma importância desde logo ao nível dos vetores de política legislativa que poderão de forma atuante servir de comparação e de inspiração à realidade angolana, caracterizada ainda pelo subdesenvolvimento deste tipo de ilícito e carecendo deste modo do necessário confronto com uma realidade assaz mais significativa em termos ontoantropológicos e num plano prático-axiomático¹.

Portanto, esperamos que o presente trabalho possa não só contribuir para uma cabal compreensão e enquadramento dos diplomas legais angolanos que têm por objeto esta matéria, como também humildemente contribuir para o preenchimento de algumas lacunas, de ordem material, existentes no procedimento contravencional angolano e eventualmente promover uma reforma global do sistema de contravenções de Angola.

¹ GINA, Francisco, Projeto de investigação de MDJ orientado pelo Professor Doutor Conde Monteiro, Universidade do Minho, Setembro de 2016.

2. Objetivos

Teremos como desiderato o aprofundamento dos diferentes aspetos inerentes às características das categorias fundamentais deste direito: ilicitude, culpa, punibilidade, fundamentalmente.

A ilicitude material misto-objetiva e subjetiva consumirá grande parte do nosso labor na definição dos princípios axiológicos e de política criminal a ela inerentes. Procuraremos, deste modo, caracterizar o novo ilícito traduzido na realidade jurídico-positiva de Portugal, com inevitáveis referentes jurídico-germânicos, mas sem obliterar a tradição de cariz iluminista presente na realidade portuguesa a partir do séc. XIX. Especial significado será dado ao regime geral deste tipo de ilícito em vigor em Portugal com inevitáveis referências à *Ordnungswidrigkeitengesetz*, berço por excelência da fenomenologia axiológico-normativa presente no ilícito contraordenacional português. A partir destas reflexões axiomáticas iremos debruçarmo-nos sobre a concreta realidade angolana (como já fizemos referência), discutindo o seu modo e eventual superação, a partir do referente axiomático português, que afinal de contas se traduz no modelo paradigmático alemão, como referimos.

No contexto em causa, mergulharemos também na categoria dogmática da culpa contraordenacional, discutindo-a à luz da fenomenologia inerente ao tipo de ilícito constituído como paradigma vigente no ordenamento jurídico português, não deixando, por outro lado, de fazer incidir de forma particularmente incisiva todo o núcleo de questões de política legislativa neste tópico inerentes. Daqui passaremos inevitavelmente para a realidade angolana, procurando tópicos reflexivos dotados de ampla fecundidade e caracterizadores de um direito das contraordenações efetivamente atuante no quadro de uma pós-modernidade a que não poderemos ficar alheios.

Finalmente, abordaremos a categoria da punibilidade, não deixando contudo de abordar outros tópicos, dando conta da sua singularidade, enquanto categoria não alheia aos anteriores referentes, não apenas como consequência destes, mas igualmente como realidade dela participativa. Daqui iremos extrair consequências, não de todo inocentes, na configuração de um possível modelo punitivo angolano, também agora carente de um substrato de especificidade consequencial, operativo de uma plasticidade adaptativa que de todo não se poderá renunciar.

3. Metodologia

Iremos lançar mão da análise racional das fontes que iremos utilizar, procurando num plano sincrónico e diacrónico estabelecer as bases necessárias à construção de uma teoria sobre as características dominantes deste ramo jurídico existente nos dois países supracitados. Deste modo, pesquisámos vária bibliografia existente nas principais bibliotecas jurídicas em Portugal.

Iremos perspetivar a nossa investigação no quadro de uma conceção metodológica de cariz teleológico- funcional, imbuída de necessárias considerações axiológico-axiomáticas.

Modo de citar, as referências bibliográficas completas surgem na lista bibliográfica no final da dissertação, no texto, nas respetivas notas de pé da página, apenas se indica o autor e a parte inicial da obra ou do artigo que permite a sua identificação.

II

A tradição histórica portuguesa no âmbito contravencional

1. Introdução

Certamente que, independentemente de considerações gerais sobre a importância de uma crítica histórico-reflexiva, uma análise, ainda que limitada por óbvias condicionantes (desde logo académicas), da realidade ôntica portuguesa terá certamente o condão de nos permitir ancorar o nosso discurso naquele espaço de temporalidade cripto heidegeriano de um *dasein* que, apesar da sua ocultidade oscilante entre o nada e o ser, se há de, contudo, revelar no seu contínuo movimento, que inevitavelmente o aproximará do ser ao qual invariavelmente pertence. Dito de outro modo, encontrar-nos-emos perante um esforço, que não será fatalmente inglório, mas nos há de contextualizar no movimento compreensivo-analítico do objeto do nosso estudo.

2. Breves considerações

No estado de polícia iluminista de cariz absolutista, o rei era entendido como a cabeça de um organismo *sui generis*, o Estado. O rei era quem comandava os destinos do seu ordenamento jurídico, da sua nação. Com o fim das estruturas locais e corporativas, efetivou-se uma verdadeira revolução social, onde se beneficiou o poder do rei.

Através da colaboração da sua administração, o rei absoluto regulou toda a sua nação em diversos âmbitos, desde logo, na defesa nacional, ao ter um exército seu. Sem ter de recorrer aos exércitos pessoais da nobreza, não tinha o rei de se preocupar em efetuar alianças com a nobreza, ganhando com isso uma enorme independência. Portanto, este novo estado levou ao aparecimento de uma administração e uma polícia fortalecidas. Não sendo as atuações da administração e da polícia subordinadas ao ordenamento

jurídico, na medida em que aquelas atuações não pertenciam em rigor à ordem jurídica, caso os cidadãos violassem as ordens da administração ou da polícia, não estavam a praticar um ilícito especificamente jurídico, mas tão só a cometer uma desobediência ao monarca. E desta forma não se punha ainda aqui um problema de relações entre o direito penal e o autêntico direito administrativo policial².

Por outro lado, ao introduzir-se aspetos de cariz ético-social no exercício da função administrativa, passou-se a adquirir um novo paradigma na sociedade. Assim, fez-se a transição da conceção do homem individual para o homem moderno aculturado e socializado. Portanto, deram-se deste modo passos significativos no sentido da garantia da defesa e na promoção dos valores éticos.

3. Desenvolvimento

3.1. Prolegómenos

A tradição histórica portuguesa sobre o direito das contravenções começa a dar os seus primeiros passos com o advento da revolução francesa que edifica uma nova realidade jurídica assente nos direitos naturais dos indivíduos. Como, por outro lado, refere GOMES CANOTILHO³, no novo tipo de estado em causa, todos os homens nasciam iguais perante o Estado, todos os homens eram livres perante o mesmo Estado (princípios da igualdade e liberdade).

O facto de, igualmente, a administração se ter de sujeitar ao princípio da legalidade vai ser determinante no relacionamento entre o direito penal (geral) e o novo direito penal administrativo (emergente). Assim, naquela fase da história, passou-se a dar guarida aos referidos direitos subjetivos através de uma antecipação da tutela dos mesmos. Deste modo, avançou-se para a criação no âmbito do direito penal existente de uma categoria, designada por contravenção, procurando-se assim uma obtenção de eficácia na tutela dos direitos dos cidadãos, ao mesmo tempo que se prosseguiam as finalidades de segurança e mesmo de um certo bem-estar imanentes ao concreto estado instituído⁴.

² Sobre isto cf. AZEVEDO, Tiago Lopes de, *Da Subsidiariedade no Direito das Contra-Ordenações:: Problemas, Críticas e Sugestões*, Universidade do Minho, 2010, pp. 17-8.

³ *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª. ed., Coimbra, Almedina, 2003, p. 17.

⁴ Sobre isto, cf. AZEVEDO, Tiago Lopes de, *op. cit.*, p. 33.

3.2. O Código Penal Português de 1852 e o seu regime contravencional

O legislador do Código Penal de 1852 consagrava no seu art.º 1.º uma definição de crime. Este era considerado como o facto voluntário declarado punível pela lei penal. Depois, no seu art.º 3.º, o mesmo legislador considerava contravenção todo o facto voluntário punível, que apenas consistisse na violação ou falta de observância de normas preventivas, “independentemente de toda a intenção maléfica.” Logo, no seu art.º 4.º afirmava que nas contravenções “é sempre punida a negligência.”⁵ Deste modo, ficou consagrada a distinção (legal) entre crime e contravenção. Esta última era então uma modalidade da infração penal caracterizada pelo seu carácter essencialmente preventivo e onde a negligência seria sempre punível, a menos que fosse excecionada. Portanto, diferentemente pelo menos da maioria dos crimes, em que mormente na sua fase de consumação se tratava de lesões de bens jurídicos e mesmo no âmbito da tentativa, o perigo em causa era de natureza concreta, no âmbito contravencional encontrávamo-nos perante a mera incriminação de simples infrações de perigos abstratos; por outro lado, o princípio-regra de punibilidade dos crimes a título de dolo (derivado do art.º 2.º deste Código) era substituído pela paridade entre contravenções dolosas e negligentes (citado art.º 4.º).

Esta arquitetura penal vigorou no âmbito do direito português até há bem pouco tempo.

3.3. Características fundamentais do direito contravencional português

3.3.1. Introdução

Arrancando a partir e no âmbito do direito penal, como deixámos dito, este ilícito contravencional imbuído do princípio reitor da proteção antecipada de bens jurídicos marcou de forma inelutável mais de um século do direito positivo português.

A sua sanção principal era a multa. Paralelamente existia um regime especial regulamentado no próprio Código Penal estabelecendo regras mais simples para este tipo de ilícito do que para os crimes.

⁵ De notar que o legislador português de então não seguiu a orientação imanente ao Código Penal Francês, que no seu art.º 1.º estabelecia uma classificação tripartida da infração penal: contravenções, delitos e crimes.

3.3.2. Regime jurídico

Como já referimos nas contravenções era sempre punida a negligência (art.º 4.º). Deste modo e ao contrário dos crimes, neste domínio vigorava a regra inversa inerente àqueles (o dolo como regra da punibilidade).⁶ De notar, no entanto, a possibilidade de, por disposição penal especial, poder vigorar a regra homóloga aos crimes. A justificação para este regime prendia-se com a pouca relevância ético-jurídica destas infrações. Por outras palavras, visava-se antes de mais assegurar uma proteção efetiva em face de violações. A ética cedia portanto em função do lado empírico deste tipo de ilícito.⁷

Ainda neste plano, cumpre referir o facto de a tentativa em sentido lato (abrangendo, portanto, a frustração, dentro da nomenclatura do Código de 1852) não ter sido punível neste tipo de ilícito (art.ºs 3.º e 11.º, n.º 4). Também aqui é óbvio adivinhar o sentido do regime em causa: a pouca relevância ético-jurídica deste tipo de ilícito.

De notar, por outro lado, que nem a cumplicidade ou o encobrimento (art.º 25.º) terem sido objeto de punição, ao contrário já da autoria mediata ou moral, o que mais confirmava o carácter bagatelar deste tipo de infração.

Importante igualmente é de referir o facto de a responsabilidade criminal neste ilícito não ser agravada ou atenuada, somente tal acontecendo em caso de reincidência (art.º 33.º). Algo que aproximava esta realidade jurídica de outras regiões, desde logo, do direito civil na sua relativa indiferença à ideia de desvalor de ação⁸ e que gerou muita polémica durante a sua vigência: no fundo tratava-se de direito sancionatório criminal... De referir também que o prazo de procedimento por contravenções era de um ano (art.º 125.º, § 2.º na redação do Decreto-Lei n.º 184/72 de 31 de maio), igual período era aplicável à prescrição das penas aplicadas neste domínio (art.º 126.º § 3.º do Decreto-Lei n.º 184/72, de 31 de maio).

Finalmente, deve-se referir que a perda de objetos e instrumentos provenientes das contravenções só teria lugar com norma especial: art.º 486.º, § único do Código Penal em causa.

⁶ Sobre isto cf. art.º 110.º do Código Penal em causa na versão introduzida pelo Decreto-Lei 39688, de 5 de Junho de 1954.

⁷ Sobre as relações entre a ética e a eficácia no âmbito do direito penal, MONTEIRO, Conde, "Algumas Reflexões Epistemológicas Sobre O Direito Penal". In ANDRADE, Manuel Costa, ANTUNES, Maria João e SOUSA, Susana Aires (org.) - *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 761 e segs. De notar ainda neste plano o incrível acórdão da Relação de Coimbra de 20 de Março de 1955, publicado em *Jurisprudência das Relações*, I, 30, onde se afirmava a inversão do ónus da prova nas contravenções cabendo ao arguido provar a sua inocência?!

⁸ Sobre este conceito, MONTEIRO, Conde, *Direito Penal I*, Braga, ELSA UMINHO, 2015, p. 103.

3.3.3. Conclusão

Do exposto resulta claro o caráter bagatelar do tipo de ilícito em causa. Porque se tratava de uma espécie menor de delito estava por isso subordinado a regras que, com a jurisprudência, se chegou ao paroxismo de fazer praticamente tábua rasa da culpa.

III. A experiência alemã

1. Introdução

A partir do séc. XX, com o desenvolvimento tecnológico, a par das ideias de intervenção do Estado em esferas de atividades cada vez mais crescentes, deu-se em larga medida um colapso do modelo liberal de intervenção estatal.⁹ Efetivamente, agora não mais era possível continuar com o velho direito penal no plano da proteção antecipada de bens jurídicos (direito contravencional). De facto, nem os tribunais, nem o processo penal ou o direito penal substantivo poderiam estar capacitados para acompanhar a tremenda complexidade e extensão das matérias a regular. Desde a economia até à segurança, o amplo leque de realidades a carecer de intervenção tornava urgente a necessidade de um novo direito interventivo.

2. Goldschmidt e o Direito Penal Administrativo

O ano de 1902 marca o início da atividade doutrinal de James Goldschmidt neste domínio (*Verwaltungsstrafrecht*). Tratou-se de opor uma realidade imanente ao Estado (a *Wohlfahrt*) ao Direito Penal Constitucional, de Justiça, mais tarde por esta última expressão designado. Assim, ao caráter estático e individual deste último (Direito Penal de Justiça), alicerçado na vontade de cada pessoa, teríamos um Direito Penal Administrativo, essencialmente dinâmico e baseado numa vontade coletiva. Deste modo, à eticidade própria do Direito Penal de Justiça, encontrávamos um Direito Penal Administrativo, essencialmente caracterizado pela neutralidade ética.

3. Wolf e a continuidade do pensamento de Goldschmidt

Em 1930, Wolf, no seu estudo “*Die Stellung der Verwaltungsdelikte in Strafrechtssystem*”, dá continuidade à sequência do pensamento de Goldschmidt, caracterizando o Direito Penal Administrativo como uma realidade jurídica assente essencialmente na função de advertência e não já na ideia de expiação e prevenção.

⁹ Lembre-se neste sentido desde logo a *Grande Depressão*.

4. O nazismo e o direito penal de ordem

A evolução jurídica na Alemanha foi no sentido de, nesta época (anos 30 em diante), se manter no direito penal as infrações à *Wolfahrt*. Estas eram consideradas como meras infrações técnicas, neutras eticamente.

Isto foi aproveitado pelo nazismo, que reforçou a atuação da administração com poderes arbitrários (segundo um princípio de oportunidade) e completo desprezo pelas garantias do Estado de Direito.

5. O pós-guerra

Com o final de segunda grande guerra, a Alemanha encontrava-se perante duas fundamentais tarefas neste âmbito. A um lado, precisava de realizar a reconstrução económica do país devastado pela guerra (mesmo partido em dois). A outro lado, necessitava igualmente e sem menos pertinência de se libertar do peso nazista.¹⁰

A expressão disto pôde-se corporizar na *Gesetz zur Vereinfachung des Wirtschaftsstrafrechts* de 1949, onde Eberhard Schmidt desempenhou um papel fundamental. Efetivamente este autor, seguindo Goldschmidt e Wolf, considerava que a contraordenação, surgida com a referida lei, não assentava em quaisquer bens jurídicos, ao contrário do Direito Penal de Justiça, mas somente em interesses administrativos, relativamente aos quais o cidadão seria apenas considerado como participante auxiliar nas tarefas administrativas, sendo baseado o fundamento desta pena (e, portanto, do ilícito contraordenacional) na desobediência ao dever de cooperação por parte deste. A isto acrescia o critério da indiferença ética, derivado do primeiro. Efetivamente, se se tratava de mera falta de fundamentação axiológica, então, o lado ético acabava por se tornar ausente, contaminando naturalmente o conceito de culpa do agente. Noutras palavras, tratava-se não já de uma pena alicerçada numa dimensão ético-retributiva, mas de uma mera consequência jurídica baseada na falta de cooperação do indivíduo para com a administração, aproximando-a da sanção disciplinar (*Mahngeld*)¹¹. Fundamental neste âmbito é o surgimento em 1952 da *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, a primeira lei quadro das contraordenações. Portanto o caminho estava agora aberto para a expansão deste novo direito e a evolução foi feita neste sentido.

¹⁰ Sobre isto, cf. JESCHECK, H.-H., “Das deutsche Wirtschaftsstrafrecht”, *Juriszeitung*, 1959, p. 458.

¹¹ O sentido da expressão em causa pode-se corretamente traduzir por *pena de advertência*.

6. Evolução posterior

A evolução posterior veio a expandir de forma incontrolável este ilícito, transformado nas palavras de Lang-Hinrichsen na *rapariga-para-todo-o-serviço*, no *bombeiro de serviço*, no *depósito onde tudo caía* (Sammelbecken). Efetivamente, com a extinção das contravenções (Übertetungen) e o conseqüente movimento de descriminalização então operado, caíram nas contraordenações tudo o que se poderia imaginar: autênticos ilícitos contraordenacionais, crimes, figuras entre os dois ilícitos em causa.

7. A crise

O quadro legislativo existente à altura e ainda hoje subsistente levou a colocar em causa a divisão qualitativa entre crime e contraordenação. Efetivamente, a ideia de que o bem jurídico poderia traçar fronteiras entre os dois ilícitos, remetendo para as contraordenações as meras desobediências, simples interesses administrativos ou em todo o caso meros delitos de perigo abstrato; a par do facto de o ilícito administrativo ser apenas um ilícito neutro eticamente em contraposição ao direito criminal, constituído por autênticos bens jurídicos e eticamente fundado, começou a ceder paulatinamente lugar à ideia de agnosticismo neste âmbito, tornando-se cada vez mais aqueles que desafiavam os paradigmas em causa, apontando para meras distinção de quantidade entre os dois ilícitos.

IV. O quadro legal português

1. Introdução

Já na década de sessenta do século XX, o Prof. Dr. Eduardo Correia, no seu *Projeto de Código Penal*, eliminou deste a referência a quaisquer contravenções, sequer a contraordenações. Este Projeto ocupava-se unicamente dos delitos criminais. A ideia era já a de acabar, por um lado, com as contravenções e por outro de estabelecer um novo ilícito substitutivo daquelas, que não era nem mais nem menos do que a importação do emergente modelo contraordenacional alemão.

Dificuldades de várias índole, que foram desde a falta de originalidade do Projeto elaborado em função do direito alemão até a problemas delicados de política criminal, impediram que este visse a luz do dia. Teve-se assim que esperar pelo aparecimento do novo *regime de Abril*, para que tivesse lugar a elaboração de um novo Código Penal e com ele se tomasse definitivamente posição sobre o direito das contraordenações/contravenções.

2. O Decreto-Lei n.º 232/79 de 24 de Julho

2.1. Introdução

Em 1979, sendo Ministro da Justiça o Prof. Doutor Eduardo Correia, teve lugar a primeira manifestação legislativa no sentido de introduzir o direito das contraordenações em Portugal. Tratou-se efetivamente do Decreto Lei n.º 232/79, de 24 de Julho.

2.2. Motivações de política criminal do Decreto-Lei em causa

2.2.1. Considerações prévias

O preâmbulo do diploma em referência é constituído por um conjunto de afirmações de carácter político e de ordem legislativa, onde nem sequer falta a própria citação de doutrina, algo inédito neste âmbito.

Interessará, portanto, determo-nos um pouco sobre o conteúdo deste original texto, que pretende fundamentar o aparecimento deste novo ordenamento jurídico no âmbito do direito português.

2.2.2. As razões de política legislativa

O legislador invoca fundamentalmente dois tipos de razões para o surgimento deste novo tipo de infração. Por um lado, afirma ser ele constituído por um novo ilícito, “cuja desobediência se não reveste da ressonância moral característica do direito penal.” Por outro, pela “hipertrofia do direito criminal”, a ser aplicado a matérias não a ele reconduzíveis e gerando deste modo uma “estigmatização pessoal negativa” e ainda “anomia e desregramento.”

Dentro destes tópicos, afirma-se que o novo direito (contraordenacional) separa-se do direito penal, num plano material. Diz-se nomeadamente “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.” Conclui-se neste âmbito que o ilícito contraordenacional e as suas reações não se reconduzem a um “plano ético-jurídico, não estando, portanto, sujeitas aos princípios e corolários do direito criminal.”

Deste modo, exclui-se a aplicabilidade da pena de prisão ou de multa “ou qualquer outra que pressuponha a expiação da censura ético-pessoal que aqui não intervém.”

De tudo isto resulta a aceitabilidade da coima, como sanção exclusiva deste novo ilícito, de carácter administrativo, aplicada por autoridades administrativas “com sentido dissuasor de uma advertência social.”, podendo aplicar-se a pessoas coletivas num processo simplificado e “aberto aos corolários do princípio da oportunidade.”

A conclusão vai mesmo no sentido de alargar a aplicabilidade do diploma às “contravenções e transgressões previstas na legislação vigente, bem como outros casos que a lei venha a descriminalizar, sem, contudo, renunciar ao tipo das sanções previsto neste diploma.”

2.3. Aspetos fundamentais do novo regime legal

Este novo diploma definia no seu art.º 1.º n.º 1 o conceito de contraordenação. Afirmava assim que esta constituía “todo o facto ilícito e subjectivamente censurável que preencha um tipo legal no qual se comine uma coima.” Tratava-se da reprodução *ipsis verbis* do §1 (1) da Gesetz über Ordnungswidrigkeiten de 24 de maio de 1968.

Depois no seu n.º 2, permitia-se, mediante disposição expressa, a aplicabilidade de contraordenações sem culpa. Tal reproduzia igualmente o citado texto jurídico alemão, agora no seu n.º 2.

No entanto, o aspeto mais polémico deste Decreto-Lei reconduzia-se ao seu n.º 3. Efetivamente neste dispositivo estabelecia-se a equiparação às contraordenações (agora criadas) “(d)as contravenções ou transgressões previstas pela lei vigente a que sejam aplicadas sanções pecuniárias.” O n.º 4 apenas estendia este regime a novas disposições que um qualquer diploma estabelecesse, pelo que, apesar do seu carácter algo abstrato (“os casos indicados na lei.”), nada de efetivamente novo adiantava, sendo mesmo desnecessário, porque se um qualquer diploma estabelecesse essa extensão, seria de per se aplicado o regime em debate e sem qualquer necessidade de pronúncia do diploma em causa (uma vez naturalmente os respetivos pressupostos estando preenchidos).

O resto do regime em referência abarcava primeiramente os aspetos substantivos e em seguida o ordenamento processual deste tipo de ilícito. No primeiro caso, tratava-se fundamentalmente da reprodução de artigos da parte geral do Projeto de Código Penal que estaria na base do futuro Código Penal novo, de 1982.

De notar que estes normativos constituíam um regime geral das contraordenações não contendo de per se quaisquer específicos tipos de ilícito, apenas recebendo por via das ditas cláusulas de receção eventuais tipos contravencionais que assim passavam a ser sujeitos ao seu imperium.

2.4. A crise

A pretensão de transformar automaticamente as contravenções ou transgressões existentes e puníveis com pena de multa em contraordenações gerou problemas de vária índole. Efetivamente e antes de mais, não estavam criadas as condições necessárias para que tal transmutação tivesse assim lugar. Faltava, por um lado, uma ponderação

legislativa de adaptação do regime em vigor à nova ordem legal. Tal pressuporia uma análise dos regimes existentes, da sua consistência normativa e de ordem política e posterior passagem ao novo regime. De resto, a própria administração, senão mesmo a própria comunidade jurídica encontravam-se num limbo, onde o desconhecimento deste ilícito era algo de comum à grande maioria (com exceção da doutrina penal).

O resultado desta óbvia ligeireza legislativa não se fez esperar. O Decreto-Lei n.º 411-A/79 de 1 de Outubro revogou pura e simplesmente os n.ºs 3 e 4 do art.º 1.º do diploma em causa.

Efetivamente, tratou-se de um dos mais surrealistas atos de produção legislativa que tiveram lugar entre nós. Se numa primeira fase, com a entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 232/79, aconteceu que juridicamente todos as contravenções ou transgressões punidas com multa foram extintas e o seu regime passou ipso facto para a nova regulamentação, na prática nada disto aconteceu, tudo se passando como nada tivesse acontecido. Por outras palavras, ninguém teve verdadeiramente consciência do sentido e natureza deste novo ilícito e do diploma que o continha. Deste modo, sem que acabasse por nada ter lugar, veio o legislador repor as coisas ao estado original que de resto nunca tinha deixado de estar, como referimos. De resto, a intenção provinda do Decreto-Lei n.º 232/79 de extinguir as contravenções e transgressões existentes transmutando-as em contraordenações violava o artigo 167.º e) da Constituição da República, conforme foi posteriormente entendido jurisprudencialmente,¹² algo mencionado no Decreto-Lei n.º 411-A/79 (no preâmbulo, alude-se a “dúvidas sobre a sua constitucionalidade.”).

O certo é que até 1982, ano da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de Outubro, tudo se passou como nada se tivesse passado, ou seja, o direito das contraordenações não passou de um *fantasma sem sangue*, com um regime geral estabelecido, mas sem qualquer matéria específica a dar-lhe concreta execução, uma ordem jurídica apenas *para inglês ver*...

.

¹² Diário da República n.º 169/1979, Série I de 1979-07-24.

3. O Decreto-lei n.º 433/82 de 27 de Outubro

3.1. Introdução

O Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de Outubro estabeleceu antes de mais uma reposição do diploma de 1979 (Decreto-Lei n.º 232/79 de 24 de Julho), quer no plano substantivo, quer ainda no domínio processual. Algo de resto pouco compreensivo, particularmente no âmbito substantivo, onde a entrada em vigor em 1983 do novo Código Penal implicava uma duplicação de normas pouco condizente com uma política de economia legislativa, que assim não foi seguida (gongorismo jurídico).

3.2. O conteúdo normativo

3.2.1. O conceito de contraordenação

Do mesmo modo que acontecia com o diploma de 1979, agora também se reproduzia no art.º 1.º o conceito de contraordenação à semelhança do preceito homólogo alemão.¹³

Deste modo, o legislador caracterizava a contraordenação antes de mais como “facto ilícito.” Depois, o mesmo legislador referia-se ao carácter “censurável” das contraordenações, o que naturalmente implicava a necessária existência da culpa como igualmente seu elemento essencial. Ainda fazia referência à tipicidade como seu elemento fundamental (o facto ilícito e censurável deveria preencher “um tipo legal”). Finalmente, havia a referência à coima, que aparecia como elemento especificador do tipo de ilícito culposo em causa.

Independentemente do interesse efetivo de tal definição, que de resto o legislador se encarregaria de desmentir,¹⁴ o certo desde logo era (e continua a ser) que uma contraordenação poderia igualmente ser um crime ou vice-versa.¹⁵

¹³ Supra 2.3.

¹⁴ Cf. neste sentido, art.ºs 15.º e 17.º da Lei 30/2000, de 29 de Novembro.

¹⁵ Sobre isto, art.º 20.º do RGCO.

3.2.1. A ilicitude enquanto critério de delimitação das contraordenações em face de crimes

3.2.2.1. Prolegómenos

Formalmente a ilicitude tanto faz parte das contraordenações como dos crimes.¹⁶ Se, por exemplo, atentarmos às declarações dos preâmbulos, quer do Decreto-Lei de 1979, quer do diploma de 1982, a ideia de uma demarcação qualitativa entre os dois tipos de delito é claramente afirmada¹⁷. Obviamente que se trata de uma mera declaração de intenções pelo legislador (reportarmo-nos naturalmente ao diploma de 1982 ainda em vigor), que naturalmente não vincula o intérprete. Portanto, convirá tomar uma decisão sobre esta magna questão, que sempre apaixonou desde logo a doutrina (alemã e portuguesa, nomeadamente).¹⁸

3.2.2.2. Critérios qualitativos

3.2.2.2.1. Introdução

Nas citadas palavras do legislador, o ilícito contraordenacional seria uma realidade própria em face da infração penal, um tipo de infração qualitativamente diferente dos crimes e daqui a sua autonomização em face da realidade criminal, através de um quadro normativo autónomo. Tal corresponderia deste modo à necessidade de descriminalização deste último tipo de ilícito, deixando para o direito penal aquilo que de mais importante acontecesse no plano social.¹⁹

¹⁶ E isto quer se trate de uma perspectiva formal (violação de normas) ou material (perigo ou lesão de bens ou interesses jurídicos).

¹⁷ Neste sentido, o legislador de 1979 declara no preâmbulo do Decreto-Lei acima citado: "O normal será, contudo, que as infrações às leis vigentes nestes domínios não atinjam relevo penal, antes configurem uma forma autónoma de ilicitude que reclame um quadro próprio de reações sancionatórias e um novo tipo de processo."; algo que é reafirmado no Diploma de 1982, onde o legislador expressamente refere também no seu preâmbulo que: "Manteve-se, outrossim, a fidelidade à ideia de fundo que preside à distinção entre crime e contra-ordenação. Uma distinção que não esquece que aquelas duas categorias de ilícito tendem a extremar-se, quer pela natureza dos respectivos bens jurídicos quer pela desigual ressonância ética. Mas uma distinção que terá, em última instância, de ser jurídico-pragmática e, por isso, também necessariamente formal."

¹⁸ É de facto praticamente inabarcável o número de publicações que, quer na Alemanha, quer em Portugal, se têm publicado sobre esta temática.

¹⁹ Neste sentido, o legislador atual (Decreto-Lei 433/82 de 27 de Outubro) afirma no respetivo preâmbulo, a partir do artigo 18, ° n.º 2 da CRP, que: "Segundo ele [o princípio da subsidiariedade], o direito criminal deve apenas ser utilizado como a ultima ratio da política criminal, destinado a punir as ofensas intoleráveis aos valores ou interesses fundamentais à convivência humana, não sendo lícito recorrer a ele para sancionar infracções de não comprovada dignidade penal."

3.2.2.2.2. O critério da neutralidade ética

3.2.2.2.2.1. Aspetos caracterizadores

Repousando em conceções alemãs, a ideia fundamental nesta perspetiva era a de que o ilícito contraordenacional se baseava essencialmente em conteúdos axiologicamente neutros em si mesmos ou mesmo enquanto tipos de ilícitos estabelecidos de forma meramente normativa, em contraposição aos conteúdos jurídico-penais, imbuídos à partida de uma ilicitude própria.

Assim, o direito das contraordenações seria um conjunto de normas de natureza assética, de cariz predominantemente técnico, com reflexos em vários aspetos juridicamente relevantes, a começar desde logo no plano de política social. Efetivamente a pouca relevância axiológica deste ilícito implicava uma menor qualificação do mesmo e, portanto, igualmente menores consequências jurídicas sancionatórias. De resto, as violações seriam regra geral menos importantes para a coletividade do que no âmbito jurídico-penal. Depois, questões como, por exemplo, a do erro sobre a ilicitude seriam aqui bem menos pertinentes do que no âmbito jurídico-penal.

3.2.2.2.2.2. Crítica

Uma perspetiva deste teor apresenta desde logo um problema de base, inerente a todos aqueles que defendem sem mais esta teoria. De facto, toda a definição de ilicitude e no caso específico através dos tipos contraordenacionais, é axiologicamente fundada. Assim, circular pela esquerda ou pela direita, limitar a velocidade dos veículos a motor ou enviar mapas de trabalhadores para o Ministério do Trabalho são normas axiologicamente fundadas, porque supõem valorações prévias em que se elegem valores a prosseguir. De resto, todo o direito, a sê-lo, é axiologicamente fundado, porque simplesmente se ocupa do inter-relacionamento humano e decidir sobre este implica sempre a tomada de decisões sobre pontos de vista de valores.²⁰

Sobre a outra variante deste posicionamento, que afirma a ideia de neutralidade ética apenas vista em termos de condutas de per se, divorciadas de qualquer intervenção jurídica, aqui de natureza contraordenacional, como atrás deixámos dito, temos sérias

²⁰ Neste sentido, MONTEIRO, Conde, Direito Penal I, Braga, ELSA UMINHO, 2015, p. 100 e segs.

reservas sobre esta postura. Efetivamente, por mais neutra que a conduta se apresente (v.g., circular pela direita ou pela esquerda, possuir armas brancas, ter licença de caça), sempre terá lugar em maior ou menor grau uma possibilidade de valoração da conduta enquanto tal e assim se podendo questionar-se da sua maior ou menor relevância axiológica. Deste modo, caçar ou não num contexto de escassez de animais pode ser naturalmente objeto de questionamento axiológico, como a possibilidade de furtar ou não alguém que seja muito rico e levante suspeitas quanto à proveniência dos seus haveres, como igualmente ser portador de determinadas armas brancas pode efetivamente levantar problemas relevantes eticamente em face do risco daí derivado, em termos semelhantes à destruição de bens alheios que coloquem em risco terceiros, v.g., o estender das raízes de uma árvore ao quintal de um vizinho. Portanto, todas as condutas objeto de intervenção contraordenacional, pelo simples facto de o terem sido, significam que simplesmente o foram num estado prévio à intervenção jurídica e portanto não eram neutras a priori, porque se o fossem seriam sempre e não o sendo é porque poderiam sê-lo. Noutras palavras, não se trata aqui de meras realidades de facto (v.g., uma montanha, um animal, um curso de água), estas efetivamente neutras (pense-se também nas leis físicas ou biológicas), mas de comportamentos suscetíveis de valorações, porque podendo ter significados no âmbito do inter-relacionamento humano.²¹ De resto, exemplos de condutas declaradas nesta perspetiva como neutras existem no âmbito do direito penal (v.g., conduzir sem carta de condução, ser portador de armas sem licença para tal, etc.), pelo que o citado critério teria apenas de ser, quando muito, considerado tendencial. Algo que seria ainda contestado pelo facto de também nas contraordenações existirem condutas axiologicamente significativas de per se (v.g. burlas nos transportes, prática de atos violentos em recintos desportivos, etc.). De resto, a possibilidade de coexistirem ao mesmo tempo crimes e contraordenações (art.º 20.º do RCO) mais reforça este entendimento.²²

²¹ Sobre a existência de conceitos de facto ao lado dos normatológicos, cf. MONTEIRO, Conde, “O Problema da Verdade em Direito Processual Penal (Considerações Epistemológicas)”, in Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, Por ocasião dos 20 Anos do Código de Processo Penal Português, Coimbra Editora, 2009, p. 328-9.

²² MONTEIRO, Conde, Direito Penal I, Braga, ELSA UMINHO, 2015, p. 100 e segs

3.2.2.2.3. O critério da antecipação da proteção de bens jurídicos

Indo beber às origens do antigo direito contravencional, esta perspetiva afirmava que o ilícito contraordenacional manteria as características anteriores à sua existência, ou seja, uma contraordenação seria uma infração fundamentalmente caracterizada pelo seu caráter abstrato, portanto divorciada da produção de quaisquer efeitos jurídicos (lesão de bens ou interesses jurídicos, sequer da produção de relações de perigo concreto).²³ Tal portanto corresponderia ao afastamento da proteção de concretos bens ou interesses jurídicos em favor da sua mera consideração abstrata. Deste modo, conduzir em velocidade excessiva poderia ser considerada como uma conduta contraordenacional, passando a crime na medida em que ao menos colocasse em perigo concretos valores jurídicos e por maioria razão se houvesse lesão dos mesmos²⁴ e isto independentemente do tratamento a dar em caso de concurso de crimes.

Um posicionamento deste teor não resiste manifestamente quando pretenda ver nele um critério exclusivo de demarcação dos dois ilícitos em causa (contraordenações e crimes). Efetivamente é muito simples demonstrar que infrações abstratas existem no direito penal (v.g., condução de veículos a motor sem carta de condução ou detenção sem licença de armas de fogo), que no domínio das contraordenações também têm lugar delitos lesivos e de perigo concreto (v.g., burlas nos transportes, tentativas puníveis). Portanto, este critério vale apenas como um critério tendencial.²⁵

3.2.2.2.4. A ideia do direito contraordenacional como direito bagatelar

Para certo setor da doutrina o direito das contraordenações seria um direito menos importante, de bagatelas. Tal seria ilustrado, quer pelos anteriores critérios (neutralidade ética, abstração dos delitos), mas igualmente pelo acrescento dos bens jurídicos tutelados, (por exemplo, proteção de interesses estéticos sem grande significado).

Uma perspetiva deste teor só também tendencialmente pode ser aceite. Efetivamente o direito das contraordenações tutela igualmente interesses importantes (direito concorrencial) e o direito penal igualmente tutela realidades pouco relevantes (v.g., pequenos danos patrimoniais).

²³ Sobre esta distinção, idem, p. 103 e segs.

²⁴ Cf. neste sentido o art.º 291.º n.ºs 1, 3 e 4 do CP Português.

²⁵ MONTEIRO, Conde, Direito Penal I, Braga, ELSA UMINHO, 2015, p.17.

3.2.2.2.5. Reflexões conclusivas

A primeira nota importante a referir é que não existem critérios absolutos de demarcação entre os dois ilícitos em questão. Portanto poderemos ter ilícitos contraordenacionais muito graves e crimes pouco graves, independentemente dos critérios adotados. Noutros termos, as distinções realizadas nunca poderão impedir a existência em maior ou menor quantidade de contraordenações que as contraírem. Noutros termos ainda, a sua relevância prática é nula ou de escassa relevância. Mais, esta irrelevância é mesmo declarada de forma óbvia pelo legislador ao aceitar expressamente a coexistência de crimes e contraordenações num mesmo facto. Portanto, o próprio legislador, pese embora as declarações preambulares no sentido da demarcação qualitativa, acaba por se decidir efetivamente pela adoção de um mero critério formal (coima) como critério legal de distinção.²⁶

3.2.2.2.6. A coima enquanto critério de distinção entre contraordenações e crimes

Nos já referidos termos da definição de contraordenação presentes no art.º 1.º do RGCO, a coima surge assumidamente como realidade diferenciadora das infrações contraordenacionais em face dos crimes.²⁷ Desde logo, contudo, tal que parece surgir como um axioma absoluto é no entanto desmentido pela própria realidade jurídica positiva. Efetivamente, no ordenamento jurídico português podem existir contraordenações sem coimas.²⁸ Portanto, em definitivo, não sabemos verdadeiramente o que seja essa estranha coisa, que dá por o nome de contraordenação.²⁹ De qualquer maneira, fazendo tábua rasa disto,³⁰ a conclusão lógica a retirar é a de que uma contraordenação será encarada enquanto tal, se o facto típico contiver uma coima como sanção principal.³¹ Portanto, poderemos ter contraordenações de carácter abstrato ou

²⁶ Algo que, como já anteriormente citámos na n. 17, o próprio legislador reconhece ao afirmar no preâmbulo do RGCO, “Mas uma distinção que terá, em última instância, de ser jurídico-pragmática e, por isso, também necessariamente formal.”

²⁷ Supra n. 26.

²⁸ Supra n. 14.

²⁹ De notar que a própria expressão em causa foi importada diretamente do direito alemão e não assenta na tradição jurídica portuguesa moderna...

³⁰ Questão de base e em termos estritamente epistemológicos, é a de saber se poderemos efetivamente dar este salto sem mais, ignorando a realidade e dando como provado aquilo que o não está (conceção autista do real). De facto, a única saída de tal situação só poderá ser ensaiada a título de mera hipótese e, portanto, surgir em termos conclusivos nesta perspetiva...

³¹ De referenciar que quando se analisa o regime em matéria de comparação entre coimas e sanções acessórias (em princípio de menor significado e relevância), encontramos muitas surpresas neste âmbito, em que o acessório se transforma em principal e este em acessório, como parece óbvio pela simples análise dos regimes legais. Sobre a questão também no âmbito jurídico-penal, MONTEIRO, Conde, Consequências Jurídico penais, ELSA UMINHO, 2015, p. 40 e segs, passim.

lesivas de bens jurídicos, de pouco significado axiológico ou não, ainda neutras eticamente ou não. De facto, tal é amplamente ilustrado no plano legislativo português. Por outro lado, ninguém naturalmente questiona em termos de legitimidade tais posicionamentos. Isso é simplesmente algo que se encontra no plano da discricionariedade do legislador. De resto, como também já deixámos dito, podem até ter lugar contraordenações sem coimas, o que, bem vistas as coisas, se afigura perfeitamente legítimo, porque a definição inerente ao artigo 1.º do RGCO é simplesmente uma tomada de posição do legislador ordinário, que naturalmente pode ser objeto de modificações em outras normas.³²

3.2.2.2.7. Conclusão final

O ilícito contraordenacional pode conter em si próprio uma diferente plêiade de condutas, inclusive crimes sem que tal se possa considera ilegítimo, desde logo, numa perspetiva constitucional. Portanto, encontramos-nos perante um ilícito sem rosto, em essência descaracterizado, onde de crimes a factos quase anódinos tudo pode ter lá lugar.³³ Neste plano, desde as palavras preambulares do legislador até às teorias de fundamentação distintivas deste ilícita, podemos simplesmente denominá-las como meros exercícios de masturbação mental, inanes de quaisquer consequências operativas neste domínio, para inglês ver somente...

3.2.3. A culpa

Do que se afirmou em sede de ilicitude resulta claro que a culpa há de naturalmente refletir o posicionamento sobre ela tido. Portanto se a ilicitude é constituída por uma amálgama de elementos de diversa índole, a culpa também reflete isto mesmo. Deste modo, tanto poderemos encontrar problemas em tudo idênticos à culpa no direito penal primário, de cariz tradicional, como nos poderemos mover em campos que se afastarão deste plano e assim mais próximos de um designado direito penal secundário. Pelo que deste modo se deverão perspetivar os concretos problemas inerentes às questões

³² De notar que o RGCO nem sequer se configura como uma Lei-Quadro, algo de resto confirmado na prática legislativa, onde as normas gerais aí estabelecidas são frequentemente contrariadas em diplomas concretos, escrevendo-se mesmo que nos encontramos perante uma efetiva *contra-revolução*.

³³ Sobre a evolução antes de mais operada no direito contraordenacional alemão que o ordenamento jurídico português seguiu, cf. III, 6.

atinentes à problemática da culpa: erro sobre a consciência da ilicitude, causas de exculpação, avaliação da negligência, etc. O que expressará, portanto, a rejeição liminar de todas aquelas concepções que afirmem sem mais o caráter de mera advertência deste direito e assim a afirmação de uma mera culpa social, fundada numa mera falta de informação de normas, nomeadamente. Ao invés, será necessário considerar sempre o tipo legal contraordenacional, a sua natureza própria, para só depois avaliarmos o problema da concreta culpa do agente (*aspeto duplo da avaliação da culpa*). Efetivamente, a ideia de concreticidade será assim duplamente perspetivada.³⁴

3.2.4. A punibilidade

3.2.4.1. A coima: caracterização sumária

A punibilidade característica do ilícito contraordenacional é como já deixámos dito constituída pela coima. Esta, importada diretamente do ordenamento jurídico alemão, consubstancia-se numa sanção exclusivamente económica, estabelecida entre um mínimo e um máximo e nunca podendo dar, caso haja lugar ao seu incumprimento, à aplicação de uma pena de prisão, ao contrário das penas de multa inerentes ao direito penal português. Efetivamente neste último caso o não cumprimento culposo (doloso ou negligente) da obrigação de pagamento implica a aplicação de uma pena de prisão (sucedânea).³⁵ Portanto, se o infrator não tiver capacidade financeira para pagar, a consequência não poderá ser efetivada e consequentemente as finalidades a ela adstritas serão naturalmente frustradas, tudo assim se passando como se estivéssemos perante uma relação meramente civil (“civilização do direito das contraordenações”).³⁶

³⁴ De notar que de resto tal não deixa de ter também lugar no âmbito do direito penal, onde sempre a natureza do concreto ilícito não pode deixar de ser tomada e refletir-se na concretude da conduta do agente.

³⁵ Efetivamente em caso de não pagamento (culposo) da multa, tal dará azo a um processo de execução coercivo da mesma (art.º 49.º n.º 1 do CP Português). Se de tal reação não tiver resultado o pagamento desta “é cumprida prisão subsidiária pelo tempo correspondente reduzido a dois terços”, que de qualquer maneira poderá não ser executada total ou parcialmente se houver lugar ao pagamento em falta (art.º 49 n.ºs 1 e 2 do CP Português). De notar ainda a possibilidade de a prisão em causa (subsidiária) poder ser suspensa por um período de um a três anos, no caso de a razão do não pagamento não ser imputável ao condenado e sendo subordinada ao cumprimento de deveres ou regras de conduta de conteúdo não económico ou financeiro (n.º 3 do art.º em referência). Regime igualmente aplicável no caso de substituição da multa por trabalho (n.º 4 do preceito em causa). Sobre isto, MONTEIRO, Conde, Consequências Jurídico penais do Crime, ELSA UMINHO, Braga, 2015, pp. 30-1.

³⁶ De notar de resto que esta “civilização” não penetra apenas o ilícito em causa, mas contamina ou pode contaminar o próprio direito penal através da aplicabilidade da denominada *justiça restaurativa*.

3.2.4.1.1. Desenvolvimento normativo

3.2.4.1.1.1. Os quantitativos estabelecidos

No ordenamento jurídico português as coimas, no âmbito do RGCO, oscilam entre um mínimo de 3,74€ e um máximo de 3740,9€. Efetivamente e depois de um longo percurso desde o seu início em que frequentemente a aplicação das coimas não tinha qualquer efeito dissuasor, por causa do seu valor pecuniário, a evolução foi feita progressivamente no sentido do seu aumento, podendo atualmente haver lugar a coimas extremamente elevadas, da ordem dos milhões de euros.³⁷ De resto, os paradoxos neste âmbito não se deixam de sentir. Efetivamente, desde ainda a existência de coimas pouco significativas até ao seu exagero, passando por critérios pouco compreensíveis no plano do concurso de coimas (v.g., art.º 19.º do RGCO),³⁸ tudo trespassa este ramo jurídico.

3.2.4.1.1.2. Os critérios de determinação

O art.º 18.º do RGCO faz depender a determinação concreta da coima desde logo de quatro aspetos. Em primeiro lugar, refere-se o legislador à “gravidade da contraordenação” (n.º 1). Depois à culpa (idem). Finaliza com a referência à “situação económica do agente e do benefício económico que este retirou da prática da contraordenação.” (idem).

A referência à gravidade da contraordenação só pode naturalmente respeitar à ilicitude. Efetivamente é este o conceito usual quando se fala em gravidade do crime, porque sendo a ilicitude o seu cerne e caracterizando-se esta pela sua plasticidade, um facto será mais ou menos grave consoante as variações do seu conteúdo de ilicitude, ou seja, tomando em conta o desvalor da ação e do resultado.³⁹ Deste modo, idêntico entendimento deve ser tido relativamente às contraordenações dada a sua proximidade dogmática e jurídico-positiva para com o direito penal português (cf. art.º 32.º do RGCO sobre a aplicação subsidiária do Código Penal). Neste plano, dever-se-á considerar desde elementos objetivos do tipo de ilícito (natureza do dano produzido, grau de risco efetivado, prejuízo verificado, etc.) até aspetos subjetivos (dolo, fins,

³⁷ Algo de resto que sucedeu desde logo na pátria deste ilícito, a Alemanha.

³⁸ Neste artigo, o legislador incompreensivelmente consagra em matéria de concurso de coimas o critério do cúmulo jurídico, tal como acontece no Código Penal, art.º 77.º, sobre este cf. MONTEIRO, Conde, Consequências Jurídico penais do Crime, ELSA UMINHO, Braga, 2015, pp. 73-80. Cf. infra sobre o problema VI 3.1.5.

³⁹ Sobre estes, MONTEIRO, Conde, Direito Penal I, ELSA; Braga, 2015, p. 103.

meios de atuações, etc.).⁴⁰ Tal implicará, por outro lado, que estaremos inequivocamente confrontados com um problema essencialmente de culpa (avaliação subjetiva da atuação do agente), porque, para além dos elementos subjetivos, também nos elementos objetivos e no caso de factos dolosos, sem o conhecimento destes últimos e ao menos da sua aceitação, nenhuma circunstância agravativas poderão ser imputadas ao agente e mesmo na negligência a culpa tem sempre que estar presente. Portanto, a posterior referência à culpa do agente pelo legislador neste art.º 18.º abarca a primeira indicação acerca da gravidade da contraordenação, tornando-a desnecessária.⁴¹ A referência à situação económica torna-se naturalmente necessária do mesmo modo que tal acontece relativamente à pena de multa, porque se trata nos dois casos de penas pecuniárias. Efetivamente, a partir do momento que se estabelecem limites mínimos e máximos das coimas, obviamente que a consideração da capacidade económica e financeira do agente não poderia deixar de ser tomada em consideração.⁴² Por outro lado, devem também aqui ser tomadas em análise *mutatis mutandis* as considerações inerentes à determinação da capacidade económica e financeira para a determinação da multa, quer relativamente a pessoas humanas, quer a entes coletivos.⁴³ De particular relevo é a referência ao benefício obtido. De facto, se o agente através da prática da coima obteve um benefício que ultrapassa o montante máximo da coima, os efeitos de prevenção em causa seriam naturalmente frustrados, pelo que a referência à possibilidade da coima se elevar acima do montante máximo (n.º 2 do art.º 18.º) é de aplaudir sem condições. Já o estabelecimento da restrição neste número estabelecida (“exceder um terço do limite máximo legalmente estabelecido”) resulta totalmente sem sentido (um claro nonsense).

⁴⁰ Para uma análise em pormenor destas circunstâncias a partir do art.º 71.º do Código Penal Português, cf. MONTEIRO, Conde, *Consequências Jurídico penais*, ELSA UMINHO, Braga, 2015, pp. 66-73.

⁴¹ De notar que o próprio legislador penal apenas se refere à culpa ao lado das “exigências de prevenção” (art.º 71.º n.º 1 do CP Português).

⁴² Sobre isto, cf. MONTEIRO, Conde, *Consequências Jurídico penais*, ELSA UMINHO, 2015, pp. 29-31, *passim*.

⁴³ Neste sentido, cf. MONTEIRO, Conde, *idem*, pp. 26-33, *passim*.

3.2.4.1.1.3. As finalidades das contraordenações

Inexplicavelmente o art.º 18.º não faz qualquer referência a finalidades das contraordenações. Efetivamente apenas o legislador se refere à culpa, como anteriormente salientámos. O facto mais se adensa tendo em consideração que o Código Penal Português, no já citado art.º 71.º, se refere à culpa e às “exigências de prevenção.” (n.º 1). Algo de resto que surge na sequência do art.º 40.º do mesmo código.⁴⁴ Portanto, o direito penal português consagra expressamente a exigência de finalidades preventivas como algo de essencial à sua configuração, a par da referência à culpa. Encontramo-nos assim perante uma teoria relativa dos fins das penas.⁴⁵ Daqui que se possa legitimamente indagar de tão estranha opção por parte do legislador contraordenacional. Efetivamente e à primeira vista, pareceria que se operou uma total inversão sobre a natureza e sentido deste ilícito, que de menos relevante, se tornou de repente mais ético que o próprio direito penal! Tanto mais que como é sabido a maioria das normas contraordenacionais dizem respeito a aspetos menores do ordenamento jurídico quando mormente se compara com o direito penal.⁴⁶ De resto, na prática assiste-se frequentemente à obliteração da culpa através nomeadamente do instituto do pagamento voluntário, que implica a extinção do procedimento penal sem mais (algo de resto já presente nas próprias contravenções), para já não referir as menores garantias processuais neste âmbito existentes. Deste modo, compreender-se-á facilmente que mais do que tudo estarão aqui presentes indeclináveis finalidades de prevenção, desde logo intimidativas de natureza individual e geral e sem que tal oblitere a consideração mesmo de fins de prevenção positiva especial ou geral.⁴⁷ Portanto, encontramos perante uma (aparente) lacuna por parte do legislador. No entanto, desde logo, o disposto no n.º 3 do art.º 18.º abre a porta para uma leitura bem mais consentânea com a natureza deste ilícito. Efetivamente, este dispositivo dispõe no sentido de estabelecer uma redução dos limites máximos e mínimos da coima, quando estiver previsto a atenuação especial da punição contraordenacional. Ora, a atenuação especial da pena está prevista nos art.ºs 72.º e 73.º do CP Português, em termos de o seu funcionamento poder ter lugar por via da existência de circunstâncias atinentes ao facto criminoso “que diminuem por forma acentuada a ilicitude do facto, a culpa do agente ou a necessidade da pena.” (art.º 72.º

⁴⁴ Sobre isto, MONTEIRO, Conde, Direito Penal I, ELSA; Braga, 2015, p. 103e segs.

⁴⁵ Sobre isto, idem, p. 103.

⁴⁶ Lembremos desde logo a ideia de descriminalização referida pelo próprio legislador como forma de desonerar o direito penal de áreas para este pouco relevantes.

⁴⁷ Neste sentido, MONTEIRO, Conde, Direito Penal I, ELSA, Braga, 2015, p. 101 e segs.

n.º 1 do CP Português in fine). Portanto, os fatores responsáveis pela existência deste instituto reconduzem-se à ilicitude, culpa e finalidades de prevenção (“necessidade da pena”). Assim, no caso das contraordenações, as finalidades de prevenção especiais, gerais, de natureza negativa ou positiva podem implicar, se o instituto em causa estiver aí previsto, a diminuição dos limites máximos e mínimos em metade. Neste sentido, se estas finalidades podem operar em termos de modificação das molduras penais (*intensidade forte*), por maioria de razão poderão operar no seio das molduras gerais (*intensidade fraca*). Portanto, nada impedirá a sua consideração (destas finalidades) na determinação da medida da coima, antes, razões também de política contraordenacional a isto mesmo obrigam.⁴⁸

3.2.4.2. Sanções acessórias

3.2.4.2.1. Introdução

A par da coima, como sanção principal, encontramos sanções acessórias. Estas como o seu próprio nome indica cumulam-se ou podem cumular-se com as coimas (princípio da acumulação).⁴⁹ Portanto não podem ser aplicadas de per se, nem sequer substituir as coimas (por analogia com as penas substitutivas), sequer funcionarem em alternatividade (como sucede com as penas alternativas)⁵⁰.

3.2.4.2.2. Conteúdo normativo

3.2.4.2. 2.1. Prolegómenos

Os art.ºs 21.º e 21.º -A do RGCO ocupam-se do regime geral das sanções acessórias. O primeiro destes normativos, para além de enumerar os tipos de sanções acessórias, estabelece os critérios de determinação das mesmas. No segundo, fixam-se os critérios específicos de funcionamento das mesmas.

⁴⁸ Neste sentido e seguindo o seu pensamento nesta matéria, idem, 2015, pp. 19-22.

⁴⁹ De notar que em caso de concurso entre crimes e contraordenações, a coima cederá o seu lugar à pena (principal), podendo neste caso existir uma cumulação entre penas criminais e sanções acessórias (art.º 20.º do RGCO).

⁵⁰ Sobre estas últimas e as anteriores, MONTEIRO, Conde, Direito Penal I, ELSA, Braga, 2015, pp. 21-28.

3.2.4.2.2.2. O regime do artigo 21.º

No n.º 1 do art.º 21.º afirma o legislador que a gravidade da infração, a par da culpa constituem os critérios de determinação destas consequências jurídicas. A priori não se encontram aqui quaisquer novidades em função do anteriormente disposto sobre as coimas. Portanto, se em relação a estas últimas defendemos uma interpretação corretiva das mesmas,⁵¹ também relativamente às sanções acessórias igual entendimento é por nós sufragado. Efetivamente, tratando-se de consequências jurídicas mais ou menos lesivas de bens jurídicos, podendo mesmo na prática revelar-se mais graves do que até as coimas⁵² e encontrando-se adscritas à proteção de valores e interesses jurídicos, faz na verdade todo sentido que também neste plano funcionem os critérios de prevenção anteriormente referidos.⁵³ No entanto, deve-se atentar para um facto a que a doutrina nem sempre se tem ocupado devidamente. Efetivamente, nos casos de “perda de objetos pertencentes ao agente”, alínea a) do normativo em causa, não nos encontramos perante uma moldura entre um máximo e mínimo, onde culpa e necessidades de prevenção possam interagir. O juiz neste caso ou decreta em função da culpa e da prevenção a perda de objetos ou não o faz. A admitir-se tratar-se de uma efetiva sanção (uma espécie de pena acessória por analogia com o direito penal), encontramos-nos perante uma consequência jurídico-contrordenacional fixa, una. Tal significará desde logo que a ideia de proporcionalidade será inevitavelmente postergada, senão em absoluto, pelo menos em termos relativos. Efetivamente, se a um dado nível de culpa corresponder a citada perda de objetos, mais ou menos culpa para baixo ou para cima será pura e simplesmente indiferente. Portanto, o princípio da culpa é aqui obviamente violado.⁵⁴ De resto, com menos relevância antropológica, o mesmo acontece em termos de prevenção, especial, geral, negativa ou positiva. Portanto, a única forma de desatarmos esta dissonância será por meio da identificação da natureza desta denominada “sanção acessória”.⁵⁵

Na alínea b) do artigo em análise estabelece-se a sanção acessória de “Interdição do exercício de profissões ou atividades cujo exercício dependa de título público ou de autorização ou homologação de autoridade pública.” No n.º 2, o legislador prescreve um

⁵¹ Supra IV 3.2.4.1.1.2.

⁵² Supra n. 31.

⁵³ Supra IV 3.2.4.1.1.3. De notar que de resto tal sucede igualmente no âmbito jurídico-penal relativamente às penas acessórias, sobre estas, MONTEIRO, Conde, Consequências Jurídico penais, ELSA UMINHO, 2015, p. 34 e segs., passim.

⁵⁴ Sobre a admoestação no âmbito jurídico-penal, idem, p. 42.

⁵⁵ Infra IV 3.2.4.2.2.2.1.

período máximo de dois anos para a sua duração, algo de resto extensível às restantes sanções aqui previstas.⁵⁶

Na alínea c) consagra-se a “privação do direito a subsídio ou benefício outorgado por entidades ou serviços públicos.” O prazo máximo de duração é igualmente de 2 anos nos termos do já citado n.º 2.

Naturalmente que nestes dois casos pode ter lugar o concurso entre estas sanções e outras de semelhante teor providas de diferentes entidades (entes públicos ou privados no âmbito do direito disciplinar, por exemplo, no primeiro caso, ou de entes igualmente públicos ou de direito internacional, no segundo caso). Tratar-se-á de qualquer maneira de casos de concurso real, não se devendo, por princípio, afirmar a existência de relações de concurso aparente.⁵⁷

No caso da alínea d) “Privação do direito de participar em feiras ou mercados”, também subordinada ao mesmo prazo máximo de 2 anos (n.º 2 citado), pouco teremos agora de acrescentar neste domínio.

“A privação do direito de participar em arrematações ou concursos públicos que tenham por objeto a empreitada ou a concessão de obras públicas, o fornecimento de bens e serviços, a concessão de serviços públicos e a atribuição de licenças e alvarás” (alínea e) encontra-se também subordinada ao tempo máximo de 2 anos (n.º 2 supracitado).

O “Encerramento de estabelecimento cujo funcionamento esteja sujeito a autorização ou licença de autoridade administrativa” (alínea f), embora não impeça a abertura de novo estabelecimento⁵⁸, pode naturalmente ser de especial gravidade para o respetivo agente, estando naturalmente subordinado ao prazo máximo de 2 anos (n.º 2).

De notar ainda a possibilidade de “Suspensão de autorizações, licenças e alvarás” (alínea g), a terem lugar no decurso das respetivas autorizações.

Finalmente, o n.º 3 decreta a possibilidade de ser dada “publicidade à punição por contra-ordenação.”, dependendo tal da discricionariedade do legislador. Efetivamente, trata-se de uma norma em branco para um qualquer legislador, o que do ponto de vista de política legiferante não constitui um bom princípio. Portanto, esta lei (geral) caracteriza-se neste plano pela simples criação de uma sanção acessória, deixando por

⁵⁶ Sobre as características das sanções acessórias no âmbito jurídico-penal e tendo em consideração os prazos de duração, cf. MONTEIRO, Conde, *Consequências Jurídico penais*, ELSA UMINHO, 2015, p. 40 e segs, *passim*.

⁵⁷ De notar que neste âmbito pode mesmo acontecer que as sanções ou mesmo as decisões de entes diferentes dos entes administrativos aplicadores das sanções acessórias em causa poderão eventualmente ser mais graves do que estes últimos.

⁵⁸ Neste sentido, sobre estas sanções enquanto penas acessórias, ALBUQUERQUE, Pinto, «A responsabilidade criminal das pessoas colectivas ou equiparadas», *Revista da Ordem dos Advogados*, 2006, II, p. 647 e ss.

inteiro a sua aplicação ou não ao concreto legislador. Resulta deste modo mais uma vez o carácter de lei de não enquadramento deste diploma.⁵⁹

De notar por último que estas sanções ao poderem cumular-se entre si⁶⁰, naturalmente que tal mais reforçará a gravidade das mesmas, que poderão assim revelar-se muito mais eficientes que a mera coima, que para além do mais estará sempre limitada pela existência de rendimentos ou património para efetivar o seu cumprimento.

3.2.4.2.2.1. O desenvolvimento normativo do artigo 21.º - A

A perda de objetos pertencentes ao agente está subordinada à utilização por este na prática de uma contraordenação ou à sua destinação em termos igualmente da sua prática ou ainda quando tenham sido produzidos pela prática da mesma (n.º 1). De notar, contudo, que estes requisitos não funcionam automaticamente. A ser assim as referências à gravidade da infração e culpa do agente no n.º 1 do art.º 21.º seriam sem sentido. Não estaríamos jamais perante uma sanção. Daqui que estes pressupostos devam ser concebidos como condições iniciais de funcionamento desta sanção, sendo que a culpa do agente é que, em ligação com as finalidades das contraordenações, irá decidir da sua aplicabilidade ou não ao caso concreto. Deste modo, se operará a distinção entre a perda de objetos, enquanto sanção acessória, da mesma perda, como medida de segurança (art.º 22.º), onde neste último caso prevalece a ideia de perigosidade dos respetivos objetos. Fica de qualquer maneira de pé a questão da fixidez desta consequência contraordenacional.⁶¹ Por um lado, fica-se sem saber em que termos (medida da culpa e consideração de finalidades preventivas) é que esta sanção terá lugar, algo eventualmente a decidir em termos de concretos diplomas e podendo mesmo suceder encontrar-nos perante soluções díspares, mais uma vez vindo ao de cima o carácter falso deste decreto-lei, enquanto lei de enquadramento. Por outro lado, como anteriormente referimos, a maior ou menor culpa do agente (e mesmo mais ou menos necessidades de prevenção) serão deste modo irrelevantes a partir de determinado patamar. Encontramo-nos assim perante a violação do princípio da proporcionalidade em termos relativos. Efetivamente a única forma de evitarmos estes escolhos seria

⁵⁹ De notar que neste plano tem acontecido de tudo: derrogação de normas deste diploma, acrescentos ao seu regime, desenvolvimentos normativos, etc. Sobre o problema da sanção em causa no direito penal, MONTEIRO, Conde, *Consequências jurídico penais*, ELSA UMINHO, 2015, pp. 40 - 49.

⁶⁰ Cf. também com ALBUQUERQUE, Pinto, «A responsabilidade criminal das pessoas colectivas ou equiparadas», *Revista da Ordem dos Advogados*, 2006, II, p. 649 e ss.

⁶¹ *Supra* n. 54.

conseguida através da sua consideração apenas enquanto medida de segurança (art.º 22.º).

A sanção de interdição do exercício de profissões ou atividades da alínea b) do n.º 1 do art.º 21.º só pode ser decretada “se o agente praticou a contra-ordenação com flagrante e grave abuso da função que exerce ou com manifesta e grave violação dos deveres que lhe são inerentes.” Trata-se antes de mais da tradução do preceito homólogo do Código Penal Português que lhe serviu de fonte (art.º 61.º n.º 1 alínea a). Naturalmente que a coexistência de sanções deste teor no âmbito de infrações penais e contraordenacionais implicará em princípio a consunção por parte da sanção criminal relativamente à sanção contraordenacional.⁶² A “flagrante e grave abuso da função” ou a “manifesta e grave violação de deveres” implicam inevitavelmente um alto grau de culpa, sob pena de, de outra forma, se violar irrefragavelmente o princípio da culpa e portanto se cair na responsabilidade objetiva. No caso da alínea c), a privação do direito ao subsídio ou benefício aí discriminados “só poderá ser decretada quando a contra-ordenação tiver sido praticada no exercício ou por causa da actividade a favor da qual é atribuído o subsídio.” (n.º 3). Portanto, estabelece-se aqui uma conexão entre esta sanção acessória e a prática da respetiva contraordenação. Esta conexão basta-se com a execução da atividade ou com o motivo da mesma, ou seja, há que tomar em consideração a ligação intrínseca entre a outorga do subsídio ou benefício para que a sanção tenha lugar. Deste modo, parece efetivamente que nos encontramos perante uma relação de automaticidade entre estas duas realidades. Fica assim por demonstrar a necessária gravidade da culpa do agente, que surge por via disto presumida sem mais. Portanto, uma interpretação literal do preceito em causa conduz inevitavelmente à violação do princípio da culpa. Por consequência, deve-se interpretar o preceito em causa de acordo (mais uma vez) com o n.º 1 do art.º 21.º, evitando desde logo o seu funcionamento automático, constituindo aqui a culpa, assim como as finalidades de prevenção pressupostos qualificados desta consequência e em segunda linha intervindo na concretização do tempo de duração. O mesmo *mutatis mutandis* deve ser referido relativamente à privação do direito de participar em feiras ou mercados (n.º 4). As expressões “durante ou por causa” não funcionarão, portanto, automaticamente, mas apenas enquanto expressão de uma culpa suficientemente grave, ainda acrescida de finalidades de prevenção. Algo igualmente aplicável ao disposto no n.º 5 que se ocupa das sanções previstas na alínea e) do n.º 1 do artigo 21.º Finalmente, no que toca ao encerramento de

⁶² Algo que de resto sucede como vimos anteriormente com as sanções principais destes ilícitos, *supra* n. 49.

estabelecimento e suspensão de autorizações, licenças e alvarás as expressões “exercício ou por causa” deverão também ser entendidas do mesmo modo que anteriormente defendemos.

Uma nota final deve ser referida sobre a discrepância entre o regime inerente à interdição de profissões ou atividades cujo exercício dependa de título público ou de autorização ou homologação de autoridade pública e as restantes sanções acessórias. Efetivamente a questão crucial a tomar em consideração diz simplesmente respeito à particular severidade de pressupostos substantivos inerentes às primeiras aqui mencionadas comparativamente com as restantes. Faz isto de facto sentido? À primeira vista, dir-se-á que é a especial gravidade da interdição de profissões ou atividades para os respetivos agentes, nestes termos consideradas, que justificará este especial regime. Algo que, de qualquer maneira, cede num plano casuísta. Na realidade, pode acontecer que na prática quaisquer das outras sanções se revelem de igual modo tão graves para o agente como as primeiras por nós referidas, por exemplo, a perda do direito de participar em feiras ou mercados, para feirantes, pode constituir algo equivalente à interdição de profissão. Portanto, faria sentido a existência de cláusulas de salvaguarda neste âmbito.

3.2.4.3. As penas substitutivas

3.2.4.3.1. A prestação de trabalho a favor da comunidade

O art.º 89.º - A disciplina a designada prestação de trabalho a favor da comunidade, instituída através do Decreto-Lei n.º 244/95 de 14 de Setembro. Trata-se de uma sanção substitutiva da coima, que pode ter lugar, se prevista em diploma próprio e a requerimento do condenado, nos termos do n.º 1 deste preceito. O seu conteúdo consiste na prática de dias de trabalho em estabelecimentos de direito público ou de instituições particulares de solidariedade social, correspondentes à totalidade ou só em parte da coima. Fica subordinada substancialmente “à gravidade da contraordenação e às circunstâncias do caso.” (n.º 1).

É clara a sua natureza penal (art.ºs 58.º e 59.º do CP Português), onde mais uma vez encontramos a efetiva possibilidade de considerar as finalidades inerentes às penas, por via da aplicação subsidiária do n.º 1 do art.º 58.º do CP Português in fine face à abertura

proveniente do n.º 1 in fine do art.º 89º - A do RGCO ("circunstâncias do caso"). Nada de espantar face ao caráter bicéfalo deste ordenamento...

3.2.4.3.2. Admoestação

O art.º 51.º prevê a possibilidade de aplicação de uma admoestação por escrito, face à reduzida gravidade da infração e da culpa do agente. É mais uma vez patente a convergência com o direito penal, apesar das diferenças nos seus contornos.

I. Angola e o direito contravencional: caracterização geral e proposta de um novo regime jurídico sancionatório administrativo

Angola ainda mantém em vigor o Código Penal Português de 1886, continuando vigente a disciplina normativa deste código relativa às contravenções.

Neste contexto, o que se referiu relativamente às características deste ilícito no espaço jurídico português aplica-se cum grano salis à realidade jurídica angolana.

Deve-se, por outro lado, referir que a iminência de surgimento de um novo código penal em Angola coloca naturalmente a questão de uma possível introdução de um novo ilícito no âmbito administrativo sancionatório.

Por tudo isto e naturalmente por via do estudo científico por nós elaborado, achamos muito apropriado que o espaço jurídico angolano introduza um ilícito dotado de especificidade própria, a saber, da plasticidade necessária para que possa acompanhar os prementes desenvolvimentos das sociedades modernas, mormente da angolana, ao mesmo tempo que garanta a plena satisfação de inquestionáveis exigências axiológicas comuns a toda a realidade jurídica e mais fundas, em certo sentido, no domínio sancionatório, como é o caso.

1. O Anteprojeto do Código Penal

1.1. O continuar do regime contravencional: as disposições básicas.

Neste diploma, mantêm-se as contravenções. O seu regime próprio está estabelecido dos art.^{os} 128.º a 132.º.

1.2. Análise crítica do regime adotado

Antes de mais uma primeira nota a referir prende-se naturalmente com a continuação do regime contravencional. Efetivamente, em sociedades modernas, caracterizadas pela crescente complexidade e pela inevitabilidade da precaridade do sistema jurídico em acompanhar este devir, espanta que o Anteprojeto persista numa solução passadista,

construída no século passado, herdada do regime colonial (que de resto já a abandonou há muito) e, portanto, completamente desfasada da realidade atual. O menos que se poderá afirmar é que nos encontramos perante uma má solução no plano político-criminal e dogmático, interessando acima de tudo refletir mais maduramente sobre os tópicos característicos das sociedades modernas e mormente da sociedade angolana.

Avançando para a caracterização do regime aqui consagrado, somos desde logo forçados a formular algumas críticas, que ressaltam, por serem demasiadamente evidentes.

O art.º 128.º, subordinado à epígrafe “disposições gerais”, preocupa-se em dar uma definição de contravenção, num óbvio toque positivista de cariz legalista.

Considera antes de mais que uma contravenção será o facto ilícito que assim for denominado pela lei (?). Portanto pareceu ao autor deste Anteprojeto que as designações legais seriam para ser levadas a sério, provavelmente porque habitualmente o não são(?).⁶³

Após este golpe de génio, pareceria que tudo estaria resolvido. No entanto, engane-se quem assim pense. O legislador, neste âmbito, pode qualificar um facto como contravenção e este não o ser (?). Basta que a tal qualificação implique que o facto em causa, para além da pena de multa, tenha, por exemplo, uma pena acessória, para que a contravenção não o seja, mas continue a sê-lo, não obstante (?).⁶⁴

No entanto, as exceções não ficam por aqui. Mais uma vez, uma contravenção, declarada por lei como tal, deixa de o ser “se a lei lhe fizer corresponder uma pena privativa da liberdade.” (n.º 2 do artigo em causa). Portanto, uma contravenção, punível com multa e/ou pena privativa de liberdade, deixa de o ser por via da citada disposição. Quer dizer, depois de no n.º 1 se ter afirmado que uma contravenção apenas o poderia ser se também fosse somente punível com pena de multa, agora vem-se dizer o desnecessário, porque já derivado do n.º 1.... Algo estranho, também político-criminalmente, porque o incumprimento da multa pode dar lugar à aplicação de pena de prisão (art.º 130.º). Pode mesmo acontecer que a aplicação subsidiária da pena de prisão por incumprimento da pena de multa seja até maior que uma pena de prisão cumulativa.⁶⁵

⁶³ Será que em Angola, as designações legais são uma fraude? Por exemplo, a Constituição não é constituição, o Código Civil também o não é e assim sucessivamente....

⁶⁴ De notar, que o art.º 131.º do Anteprojeto em causa, para além de prever expressamente a possibilidade de penas acessórias nas contravenções, estas são (aparentemente) excluídas, por via da definição do n.º 1 do art.º 128.º (“e punível somente com pena de multa”)...

⁶⁵ Não vamos de qualquer maneira discutir aqui a boa ou má política de tal opção...

Por outro lado, a previsão da pena de privação da liberdade no ilícito contravencional, juntamente com as penas acessórias (art.º 131.º), coloca prementes questões de fundo de política criminal.

Como conceber no contexto em causa a autonomia entre os ilícitos criminais e contravencionais?

Se a infração nos dois casos é estruturalmente a mesma (tipicidade, ilicitude, culpa, punibilidade), se substancialmente as confusões são possíveis, como em definitivo alcançar a separabilidade?

A pena privativa de liberdade, que também poderá ter lugar nas contravenções, mas que fará perder a sua qualificação (fará mesmo?), será em verdade, a pedra angular de todo o sistema?

Como já referimos, enquanto pena subsidiária, a prisão estará sempre presente nas contravenções, podendo mesmo ser mais grave em duração do que uma pena de prisão prevista exclusivamente no Código Penal ou em legislação extravagante...

O n.º 3 do art.º 128.º dispõe no sentido de considerar que o Código Penal se aplique subsidiariamente a qualquer legislação contravencional. Ressalva-se, no entanto, a possibilidade de “a lei dispuser diferentemente...”

A afirmação da proeminência do Código Penal (legislação penal) não parece ser de admirar no contexto em causa. As contravenções estão inseridas neste mesmo código. Por outro lado, a afirmação da possibilidade de haver legislação em contrário parece surgir de um conto de fadas a ser contado a meninos de coro. Efetivamente, das duas uma, ou as disposições contrárias à legislação penal existente são hierarquicamente do mesmo nível ou superiores e valem as regras gerais, ou não, e o princípio aqui será sempre o da prevalência da lei hierarquicamente superior, ou seja, da lei penal. Portanto, esta última ressalva mais parece obra de um “habilidoso” do que propriamente de um trabalho sério atinente à feitura de um Código Penal realizado por um jurista....

O art.º 129.º estabelece a regra da equiparação entre factos dolosos e negligentes para efeitos de punibilidade, rompendo assim com o princípio jurídico-penal da excecionalidade da punibilidade da negligência.⁶⁶ É algo que igualmente tem origem no passado século XIX e que como consideração político-criminal de base assenta na ideia de que as contravenções são fundamentalmente um ilícito de menor significado e

⁶⁶ Sobre este princípio, MONTEIRO, Conde, Direito Penal I, ELSA UMINHO, 2015, pp. 120-1.

relevância jurídico-penal.⁶⁷ Por via disso, a equiparação permite uma melhor adequação deste tipo de intervenção às necessidades de eficácia que com ele se tem em vista. Não discordamos naturalmente desta proposição de base. As nossas críticas são apenas derivadas do emprego do advérbio “sempre”, que reproduz o art.º 4.º do CP de 1852. Literalmente *sempre* implica “Em todos os momentos no tempo passado, presente ou futuro, indefinidamente em todo o tempo.”⁶⁸ Parece assim que nunca poderão ter lugar contravenções em que a punibilidade do dolo se afigure como regra. Algo não aceitável, tendo desde logo em conta a importância que nos tempos modernos muitos deste tipo de ilícitos apresentam. Portanto, teria muito mais sentido que o Anteprojeto estabelecesse algo como “por regra” ou “por princípio”, ou simplesmente se referisse à equiparação, em vez do aludido sempre, dando assim de forma mais expressiva recursos ao legislador ordinário para no concreto poder ou não seguir esta regra.

O art.º 130.º prevê a possibilidade de aplicação da pena de prisão face à impossibilidade de pagamento, ainda que coercivamente, por parte do contravenção. O caso é tanto mais clamoroso, quando se prevê a possibilidade de tal aplicabilidade por via do facto de o não pagamento lhe poder ser imputado.⁶⁹ Quer dizer, a priori, o condenado, que por negligência na gestão dos seus rendimentos, se veja incapaz de satisfazer o pagamento da multa que lhe foi aplicada, vai ter que, por isso, ser preso. Noutros termos, o que se encontra aqui plasmado é uma autêntica prisão por dívidas, em que se confunde lamentavelmente a responsabilidade contravenção (criminal) com responsabilidade civil.⁷⁰ Portanto, encontramos-nos por mais uma infeliz e perniciosa posição dos autores deste diploma.⁷¹

O art.º 131.º (já anteriormente citado), subordinado à epígrafe concurso de infrações, constitui uma autêntica obra prima de confusão no plano concetual – dir-se-ia uma verdadeira homenagem ao surrealismo jurídico-penal. Efetivamente, depois da consagração da forma canónica inserta no art.º 128.º n.º 1 de considerar como contravenção apenas o facto ilícito “assim denominado pela lei e punível somente com pena de multa”; depois ainda de um “facto ilícito denominado contravenção” deixar de

⁶⁷ O que de resto nem sempre teve lugar e esteve na origem também da dificuldade de introdução do ilícito contraordenacional no ordenamento jurídico português, supra IV.

⁶⁸ Dicionário da Língua Portuguesa Contemporânea da Academia das Ciências de Lisboa, vol. II, Verbo, 2001, p.3377.

⁶⁹ Algo que resulta a contrario do disposto no início do n.º 3 do art.º 48.º do Anteprojeto (“Se o condenado provar que a razão do não pagamento da multa lhe não é imputável”), aplicável ex vi do disposto in fine no art.º 130.º n.º 1.

⁷⁰ Sobre este fenómeno habitual no ordenamento jurídico-português cf., por exemplo, MONTEIRO; Conde, “Anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 171/2014”, in Scientia Iuridica n.º 339, Setembro /Dezembro de 2015, pp. 399- 416; “Reflexão crítica sobre a tomada de posição do STJ relativa ao n.º 7 do art.º 8.º do Regulamento Geral das Infrações Tributárias”, in Cadernos de Justiça Tributária n.º 08, Abril/Junho 2015, pp. 32-45.

⁷¹ Felizmente que este Anteprojeto não viu ainda a luz do dia. Esperemos efetivamente que nunca o veja e se façam esforços sérios para elaborar um autêntico código penal angolano, que traduza fielmente a história e a cultura de Angola, ainda que sem deixar de olhar para o mundo moderno em constante evolução e com desafios pertinentes que em nenhum caso deverão ser escamoteados...

o ser “se alei lhe fizer corresponder uma pena privativa de liberdade.” (n.º 2 do art.º em causa); finalmente, assistimos ao caso verdadeiramente enigmático de “o mesmo facto constituir simultaneamente crime e contravenção” (art.º 131.º).

Antes de mais, como é que é isto possível?

Uma primeira resposta pode ser eventualmente dada pela consideração de uma contravenção unicamente punível com multa e como tal considerada legalmente e que ao mesmo tempo seja considerada como crime, ainda que somente punível com multa(?). Concetualmente isto pode logicamente ter lugar. Fica de qualquer maneira por esclarecer o sentido político-criminal de tal estranha consideração. Que sentido preventivo terá tal bifurcação, espécie de cabeça de Jano? A priori será inteiramente vazia de sentido...

Uma segunda resposta pode ser buscada pela consideração de um crime punível naturalmente com pena de prisão ao lado de uma contravenção, considerada por lei como tal e apenas punível com a pena de multa. Também aqui inquestionáveis questões de política criminal se fazem desde logo sentir. Se há lugar a um mesmo tipo de ilícito, porque motivo a sua dupla face, ao mesmo tempo sendo crime e contravenção? O mais e o menos reunidos simultaneamente têm algum cabimento? Como efetivamente poder distinguir materialmente os dois ilícitos, se efetivamente será apenas a punibilidade o seu critério distintivo? Portanto, nesta perspetiva, poderíamos ter todos os crimes como contravenções. Bastaria a mudança na punibilidade. Isto constituiria naturalmente uma total postergação do conteúdo normativo-material dos crimes, podendo sempre existir uma contravenção, que eventualmente seria aplicável, caso concretamente o crime não se aplicasse. Algo que a priori o artigo em causa não de todo exclui. Efetivamente ao proclamar-se a punição pelo crime em caso de concurso, se tal faculdade não puder efetivar-se (v.g., por via de falta de pressupostos de procedibilidade), fica naturalmente de pé a possibilidade de aplicação da contravenção.⁷² De qualquer maneira, ainda que tal não se entenda, fica por esclarecer a consideração de dois ilícitos em que um deles sempre se imporá sem mais. Aqui, a questão das sanções acessórias parece ser a única resposta viável ao problema. No entanto, ainda neste plano a norma torna-se sem eficácia caso haja lugar a semelhantes figuras às aludidas sanções acessórias, por exemplo, existindo penas acessórias da mesma natureza. De resto, político-criminal, que sentido tem que um crime redigido sem penas acessórias ou com estas diferentes das

⁷² De referir neste contexto a solução alemã de considerar expressamente a aplicação da contraordenação caso não se aplique o crime (§21, (2) da OWiG.

sanções acessórias da correspondente contravenção se vá adicionar a estas últimas? Noutros termos, que unidade preventiva terá este tipo de solução? De resto, a menção neste âmbito das sanções acessórias deixa naturalmente o intérprete com dúvidas sobre a sua natureza, sentido e caracterização. A consideração das penas acessórias previstas nos art.ºs 62.º a 65.º resolvem a questão em causa?

Portanto esta disposição, retirada mais uma vez do ordenamento jurídico-português e atinente de resto a um ilícito distinto do aqui consagrado⁷³, é mais fonte de confusão do que constitui um efetivo contributo para o direito contravencional em causa.

Compreensível será por último a não aplicabilidade das regras sobre a reincidência e a prorrogação da pena às contravenções (art.º 132.º).

⁷³ De notar que a fonte deste preceito é constituída pelo art.º 20.º do Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de Outubro (RGCO), que de resto constitui uma cópia incompleta do § 21 da OWiG, como já anteriormente referimos.

VI. Reflexões sobre um direito administrativo sancionatório angolano

1. Considerações de carácter geral

Um direito sancionatório administrativo deve antes de mais ser um instrumento adequado de intervenção social. Tal significa que dele se deve esperar a necessária eficácia que toda a realidade jurídica carrega em si mesma,⁷⁴ ao mesmo tempo que expresse igualmente exigências imperiosas de ordem axiológico-jurídicas.⁷⁵

O direito penal, pelas suas próprias características (espécie de artilharia pesada do sistema jurídico),⁷⁶ e em face da complexidade das modernas sociedades e da necessidade de dar respostas dotadas ao menos de requisitos de eficácia mínima, não constitui, por regra, um meio idóneo de intervenção em extensíssimas regiões do relacionamento entre a administração pública e os cidadãos, no exercício da pluralidade cada vez maior de atividades por estes desenvolvidas. Por via disso, a consideração das contravenções, enquanto modalidade da infração penal, revela-se claramente inapropriada. O direito penal nas sociedades atuais deve ter por exclusivo objeto o combate da criminalidade, enquanto realidade efetivamente grave para o tecido social, abrangendo naturalmente nesta perspetiva o relacionamento entre cidadãos e administração pública. A escassez dos seus meios mais reforça este aspeto.⁷⁷ Ocupá-lo com realidades de pouco relevo axiológico-normativo é nem promover um sério combate ao crime, nem desempenhar eficazmente as funções de otimização daquelas realidades.

A necessidade de criar nos termos em causa um direito, por um lado, que se revele com doses de eficácia suficientemente dissuasoras e por outro, que garanta o respeito pelos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos não passa pela simples consideração de um sistema sancionatório meramente administrativo, isto é, movendo-se exclusivamente no seio do direito administrativo. Tomando em consideração a natureza das sanções a

⁷⁴ De notar, contudo, que este requisito de eficácia não pode ser levado demasiadamente à letra. A existência de maiores ou menores espaços de ineficiência tem sido e continua a ser uma característica de toda a fenomenologia jurídica e também jurídico-penal. Sobre isto, DIAS, Figueiredo/ANDRADE, Costa, *Criminologia*, Coimbra, Coimbra Editora, 1984, p. 365 e segs., *passim*.

⁷⁵ Sobre a indivisibilidade entre os aspetos de eficácia e de axiologia como marcas fundamentais de todo o jurídico-penal, cf. MONTEIRO, Conde, “Crime e Democracia: algumas Reflexões Epistemológicas sobre o Papel do Direito Penal na Defesa dos Valores do Estado de Direito Democrático e Social da Constituição da República Portuguesa”, in *Política e Filosofia I: A Democracia em Questão = Politics and Philosophy I: Democracy in Question I* / Ed. Álvaro Balsas, SJ. In: *Revista Portuguesa de Filosofia*, Braga, Vol. 72, 2016, Published by Axioma – Publicações da Faculdade de Filosofia, pp. 1077- 88.

⁷⁶ Sobre isto, KREY, Wolker, *Deutsches Strafrecht*, AT, Stuttgart, Kohlhammer, 2002, p. 18.

⁷⁷ Sobre isto, Silva Sánchez, *Eficiência e Direito Penal*, Vol. II, Coleção de Estudos de Direito Penal, trad. Maurício António Ribeiro Lopes, S. Paulo, Manole, 2004, pp. 40-1.

impor (que poderão ir de sanções financeiras extremamente elevadas até à restrição de amplos direitos dos cidadãos, como o exercício de atividades ou a restrição de subsídios), assim como a importância de muitos dos seus ilícitos (v.g., concorrência desleal ou intervenções ilícitas na bolsa), só um direito sancionatório dotado de específicas características é que poderá adequadamente intervir. O direito administrativo, por isso, não apresenta características suficientemente garantísticas que lhe permitam dar uma efetiva proteção aos cidadãos (v.g., a configuração neste domínio do princípio da legalidade⁷⁸ ou da ausência de uma efetiva subsidiariedade na sua intervenção)⁷⁹.

2. Da necessidade de um específico direito administrativo sancionatório na realidade jurídica angolana

Do exposto resulta claramente a necessidade de construir um tipo de ilícito que por um lado seja adequado a preencher as necessidades de prevenção que dele necessariamente se esperam e que, por outro, dê lídima expressão às garantias dos direitos dos cidadãos que possam ser afetadas pela sua intervenção.

3. O direito das contraordenações

Um direito administrativo simultaneamente com reais expressões de eficiência e que paralelamente garanta de forma efetiva a manutenção do quadro jurídico de direitos fundamentais só pode ser dada pelo direito contraordenacional. De facto, pela sua efetividade (é a administração que aplica as sanções) e pelo seu lastro garantístico (o direito penal constitui a sua matriz), ele expressa de forma óbvia as necessidades das sociedades modernas.

Por isto, o estado angolano deveria adotá-lo, integrando-o na sua sociedade como meio de otimização da mesma e no respeito integral dos princípios axiológicos em que a Constituição Angolana assenta.

⁷⁸ Em nenhum ramo administrativo o princípio da legalidade apresenta as características de defesa do cidadão como sucede no direito penal, bastando pensar, por exemplo, na necessidade de certeza das normas jurídico-penais, nas garantias de aplicação no tempo, no seu plano orgânico, etc. Sobre tudo isto, MONTEIRO, Conde, "Reflexões sobre o Princípio da Legalidade em Matéria Penal a partir do Artigo 29.º da Constituição da República Portuguesa, In Direito na Lusofonia, Diálogos Constitucionais no espaço lusófono, 3.º Congresso Internacional de Direito na Lusofonia, Escola de Direito, Universidade do Minho, 2016, pp. 181-97

⁷⁹ Sobre os princípios da necessidade e proporcionalidade do direito penal, KREY, Wolker, Deutsches Strafrecht, AT, Stuttgart, Kohlhammer, 2002, pp. 2-31.

3.1. Características deste novo direito: algumas sugestões no âmbito substantivo

3.1.1. O princípio da legalidade

Desnecessário será referir a importância que o princípio da legalidade reveste nas sociedades modernas, máxime no direito penal. Pode-se mesmo afirmar que ele consubstancia à sua maneira uma ineludível faceta do estado de direito democrático e humanista. Tratando-se, no âmbito das contraordenações, de intervenções, apesar de tudo, mais ou menos cortantes para os cidadãos, só um conteúdo maximizado, como o que surge nos textos constitucionais e de direito internacional é que estará à altura de um cabal desempenho axiologicamente perspectivado neste domínio. Nesta perspectiva, a consideração de um princípio da legalidade de cariz administrativo não pode nunca ombrear com a riqueza valorativa que subjaz ao princípio da legalidade de cariz jurídico-penal, encarado este enquanto axioma indeclinável da realidade jurídico-penal, como já fizemos referência.

Do que se referiu resulta, portanto, que os corolários imanentes à legalidade de natureza penal deverão integralmente fazerem-se sentir no direito das contraordenações. Assim, desde o princípio da irretroatividade até à aplicação da lei mais favorável, passando pela proibição da analogia, tudo deve integralmente fazer parte do conteúdo axiológico contraordenacional.⁸⁰ Uma única exceção deve contudo ser mencionada. Efetivamente e por razões de pragmaticidade, faz pleno sentido que no plano orgânico se possa aligeirar o sentido (forte) deste princípio. Ao invés em vez de se afirmar o princípio de reserva de lei sem mais,⁸¹ poder-se-á dele prescindir a partir do prévio surgimento de um quadro normativo de carácter geral (lei de enquadramento), de valor reforçado, que garanta um adequado regime garantístico ao mesmo tempo que flexibilize os princípios e regras mais rígidas do direito penal face às características próprias do ilícito contraordenacional.⁸²

⁸⁰ Neste sentido, o caso português na esteira da OWiG é paradigmático, vide art.º 2.º a 5.º do RGCO.

⁸¹ Cf. art.º 165.º n.º 1 alínea d) da CRP.

⁸² De notar que o caso português constituiu neste âmbito um muito mau exemplo. Efetivamente nem nos encontramos perante uma lei reforçada, nem na prática nos deparamos com uma autêntica lei geral das contraordenações.

Questão que de algum modo ainda se poderá aflorar neste âmbito, apesar da sua natureza jurídico-processual, é o problema de saber se o princípio em causa, integralmente pensado como expressão automática do seu efetivo funcionamento a partir da notícia do crime (aqui no âmbito das contraordenações), não poderá ceder em face de razões político-criminais atendíveis (considerações de eficiência, de culpa, de ordem sociológica, etc.). Bem vistas, as coisas no próprio direito penal o seu funcionamento não é desde logo encarado como uma realidade que sem mais se imponha a partir da notícia do crime. Aspetos ligados à disponibilidade dos bens jurídicos, por exemplo, sempre coexistiram como exceções a este princípio (v.g., crimes particulares lato senso). Mesmo modernamente institutos como a suspensão provisória do processo⁸³ ou a dispensa da pena⁸⁴ mais reforçam a plasticidade deste princípio. De resto, criminologicamente, a seleção sempre esteve e está presente no plano dos critérios (ocultos a maior parte das vezes, mas não necessariamente) definidores do criminalmente relevante.⁸⁵ Algo que ganha uma extraordinária expressão nos delitos contraordenacionais, máxime naqueles setores em que as violações das normas se realizam maciçamente (v.g., tráfego rodoviário).

Por tudo isto valeria a pena refletir sobre a introdução de princípios ou regras neste âmbito, particularmente, como acima referimos, em casos onde as violações das normas contraordenacionais são realizadas em massa, adquirindo mesmo expressões que quase as situam no plano da adequação social. Algo a que o ordenamento jurídico angolano poderia ser pioneiro, terminando com afirmações farisaicas de um princípio da legalidade sem mais, que depois é fortemente violado através de códigos ocultos.

⁸³ Cf. Art.ºs 281.º e 282.º do CPP Português.

⁸⁴ Cf., por exemplo, art.º 74 do CP Português.

⁸⁵ Sobre isto, supra n. 74.

3.1.2. Agentes das infrações

Um dos problemas que se colocam antes de mais no direito contraordenacional prende-se com a possibilidade de responsabilização de entes de natureza coletiva em contraste com os ordenamentos jurídico-penais em que ou se excluiu tal responsabilidade ou se a colocou num plano de excecionalidade.⁸⁶ Obviamente que sendo o direito das contraordenações por regra muito menos grave que o direito penal e tendo em conta a relevância que os entes coletivos ou para coletivos adquirem em múltiplas atividades objeto de intervenção administrativa (pense-se, por exemplo na economia ou no âmbito fiscal), faz todo o sentido o estabelecimento de uma regra de equiparação entre entes individuais e coletivos.⁸⁷

Questão aqui desde logo a colocar prende-se com a natureza da responsabilidade dos entes coletivos. Efetivamente, estes são, na verdade, uma pura ficção em termos da sua atuação e conseqüente responsabilização.⁸⁸ Portanto a culpa deles só existe na cabeça do juiz, ficando também aberta a porta para uma pura responsabilização objetiva.

Por regra, deverá excluir-se a responsabilidade de meros cúmplices (materiais ou morais) nas contraordenações. A menor aticidade aqui presente isto mesmo aconselhará. De resto, em termos práticos, tal sucede em múltiplos ramos desta área (v.g., contraordenações rodoviárias portuguesas).

3.1.3. Tipo de ilícito subjetivo

Contrariamente ao que sucede na generalidade dos modernos ordenamentos jurídicos penais, em que os comportamentos dolosos surgem como princípio-regra em termos de condutas a punir, no ilícito contraordenacional faz todo o sentido, por norma, que vigore a equiparação entre dolo e negligência para efeitos de punibilidade. A sua menor dignidade punitiva simplesmente isto mesmo justifica.⁸⁹

⁸⁶ Cf. ordenamento jurídico português, nomeadamente com o art.º 11.º do CP.

⁸⁷ Assim, cf. art.º 7.º do RGCO.

⁸⁸ Cf., por exemplo, no âmbito do RGIT, com o art.º 7.º

⁸⁹ Correto, por princípio, neste âmbito a norma do projeto angolano (art.º 129.º), ainda que a formulação não seja ainda a ideal, supra V 1.2.. Já criticável é a afirmação no RGCO português da mesma regra vigente no seu código penal (afirmação da punibilidade do dolo, como princípio geral derivada do art.º 7.º n.º 1).

3.1.4. Tentativa e atos preparatórios

No direito contraordenacional acentuadamente mais ligeiro que o direito penal não faz sentido, por regra, que, quer a tentativa, quer os atos preparatórios devam ser objeto de punibilidade, de resto, estes revestem carácter de excecionalidade no próprio direito penal.⁹⁰

3.1.5. Punibilidade

3.1.6.1. A coima como sanção principal

Questão naturalmente central no ilícito contraordenacional é o da punibilidade. A coima deve obviamente constituir o seu elemento especificador. Encarada exclusivamente como sanção pecuniária, ela deverá distinguir-se claramente da pena de multa, nunca podendo ao contrário desta gerar a aplicação de pena de prisão, nomeadamente por via do seu não cumprimento. De facto, a adscrição de penas de prisão desde logo à maior parte dos delitos contraordenacionais, como sucede no projeto angolano⁹¹, ainda que por via do não cumprimento (culposo) da coima, implica uma óbvia degradação do sistema penitenciário, já incapaz de dar resposta ao crime, quanto mais a delitos de massa, como os contraordenacionais; para além de se tornar claramente excessiva em ilícitos pouco relevantes e desta forma ferir os princípios da necessidade e proporcionalidade da intervenção nos direitos fundamentais e portanto ofender os textos constitucionais (também naturalmente a constituição angolana). De resto, encontrar-nos-emos perante uma óbvia prisão por dívidas, incompatível com os modernos estados de direito e mais uma vez se tornando excessiva no plano político-legislativo.⁹²

⁹⁰ Cf. art. ° 13.° n. ° 1 do RGCO.

⁹¹ Art.° 130.°

⁹² Supra V.1.2.

3.1.6.2. Sanções Acessórias

Ao lado da coima deverão ser associadas sanções acessórias de diferente natureza e visando uma maior efetividade do direito das contraordenações. Efetivamente constituindo a coima uma sanção pecuniária, os seus efeitos poderão ser muito relativizados por via da incapacidade total ou parcial do condenado de lhe dar efetivo cumprimentos. Algo que já não acontecerá no domínio das sanções acessórias.

Estas poderão antes de mais relacionar-se com o exercício da atividade, profissão do condenado, impossibilitando temporariamente o seu exercício. A participação igualmente em feiras ou mercados poderá igualmente ter lugar. Como também a impossibilidade de concorrer a concursos públicos ou arrematações relativas a empreitadas, obras públicas, fornecimentos de bens e serviços, concessão de serviços públicos ou atribuição de licenças e alvarás. O encerramento de estabelecimento conexionado com a atividade regulada pela administração poderá ser igualmente muito útil.

Estas consequências jurídicas, tendo em conta a sua efetiva gravidade, para além do seu carácter temporal, devem naturalmente ser sujeitas a um óbvio princípio de proporcionalidade.⁹³

3.1.6.3. O processo de determinação das consequências jurídicas contraordenacionais

O processo de determinação das consequências jurídicas das contraordenações não deverá ser em geral diferente do existente no âmbito jurídico-penal. Quer isto dizer que nele deverão convergir antes de mais necessidades de âmbito preventivo geral negativas ou mesmo positivas, a par de considerações de prevenção especial igualmente negativas ou também positivas, todas mediadas pela consideração da culpa numa dupla função de critério de natureza preventiva (geral positiva ou especial positiva) e de regra de proporcionalidade.⁹⁴ As razões para isto são fáceis de aceder. Que considerações de âmbito preventivo deverão ter lugar e desde logo no plano negativo (especial e geral) é algo de óbvio que se conexas com a tão proclamada função de advertência deste ramo jurídico. Mas também considerações de natureza preventiva especial positiva poderão

⁹³ Sobre a problemática das sanções acessórias no âmbito do direito comparado, cf. art. 21.º e 21.º-A do RGCO Português.

⁹⁴ Sobre isto, imprescindível, MONTEIRO, Conde, Direito Penal I, ELSA UMINHO, 2015, pp. 15-9.

ter aqui lugar, quer num plano negativo, em termos de a consequência não interferir no âmbito social do agente (v.g., na determinação da medida da coima), quer no domínio positivo (plano secundário), ainda que excecionalmente e visando a reintegração do agente no seio da sociedade (pense-se, por exemplo, na submissão a aulas de condução no âmbito do tráfego rodoviário). Por outro lado, a existência de aspetos de natureza de prevenção geral positiva não se deixará de fazer sentir, quer eventualmente por via da culpa, quer ainda por intermédio de autónomas considerações ligadas à necessidade de reafirmação da validade da ou das normas violadas ou mesmo da paz jurídica (v.g., em matéria ambiental atendendo à gravidade dos danos produzidos e em face da impossibilidade de intervenção jurídico-penal).

A esta luz a única referência no âmbito do RGCO de Portugal à culpa (“gravidade da infração”) nos art^{os} 18.º n.º 1 e 21.º n.º 1 revela-se no mínimo paradoxal precisamente no âmbito de um ramo que se reclama essencialmente com carácter preventivo!⁹⁵

Finalmente, dever-se-á obviamente considerar a situação económica do agente e seu benefício financeiro na determinação, especialmente da coima, dada a sua natureza exclusivamente económica.⁹⁶ Pressuposto em todo este domínio é a existência de margens de determinação abstrata das coimas suficientemente latos para uma adequada consideração das possíveis diferenciações de situações económicas que ao aplicador se podem deparar.

3.1.6.4. Medidas de Segurança

Dado o carácter altamente gravoso das medidas de segurança, desde logo, detetivas, deve o direito das contraordenações delas abdicar pura e simplesmente. Algo que também se aplicará às medidas de segurança não detetivas. Portanto o seu campo de eleição será naturalmente e de forma exclusiva o direito penal.

⁹⁵ Para uma crítica corretiva desta realidade, supra IV 3.2.4.1.1.2/3.

⁹⁶ Idem.

3.1.7. Concurso de infrações

Ao contrário do que sucede no direito alemão ou português,⁹⁷ não deverá ter lugar a aplicação em simultâneo de crimes e contraordenações, ainda que estas reduzidas às eventuais sanções acessórias. A tal acontecerá, perder-se-á irrefragavelmente o limite entre estes dois ilícitos.

No caso de concurso real de contraordenações poder-se-á estabelecer a regra da acumulação e especialmente a possibilidade de outra regulamentação (v.g., cúmulo jurídico), tendo em conta a possível especial gravidade de certos setores contraordenacionais.

3.1.8. Perda de instrumentos, valores, objetos relacionados com a prática de contraordenações

Nada de especial no âmbito da perda de instrumentos, valores ou objetos relacionados coma a prática de contraordenações deve ser estabelecido. Noutras palavras, trata-se de apenas fazer funcionar uma simples regra de proporcionalidade.

3.1.9. Prescrição do procedimento e das consequências jurídicas contraordenacionais

Naturalmente que os prazos neste âmbito devem ser adequados, em regra, menores aos do âmbito jurídico-penal. No resto, não haverão diferenças significativas.

3.1.10. Aplicação subsidiária do Código Penal

Pelas razões anteriormente referidos, será naturalmente o Código Penal a aplicar-se subsidiariamente ao direito contraordenacional.⁹⁸

⁹⁷ Supra n.º 72.

⁹⁸ Neste sentido, art.º 32.º do CP Português.

VII. Conclusão

Após realizarmos uma análise histórica e de direito comparado sobre o ilícito contraordenacional, desembocamos na experiência angolana, propondo a sua adoção como forma de realizar uma adequada política legislativa no nosso país.

Assim, ao fim deste longo excuro através dos problemas levantados face à temática da nossa dissertação, metodologicamente, foi contundente para alcançar o fim em vista. A qual a especificidade que estas matérias assumiram no contexto do direito Penal herdado alto-medieval.

Certos, por outro lado, que o problema reside hoje, como no início, na delimitação das barreiras do direito contraordenacional, e não apenas ao direito penal, mas também, em relação ao direito cível. Já reafirmamos que, o direito das contraordenações invade as fronteiras do direito cível, no caso de, tutelarem direitos e interesses estritamente subjetivos.

Não foi nossa intenção tomar uma posição sobre a constituição de um direito penal bagatelar, pois o Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de Outubro, implementou no ordenamento jurídico português o RGCO, tendo sido objeto de quatro revisões legislativas, uma em 1989, Decreto-Lei n.º 356/89, de 17 de Outubro e Decreto-Lei n.º 244/95, de 14 de Setembro, que procedeu a reforma global do RGCO. Consagrado a partir de 1979, o ilícito de mera ordenação social tem vindo a assumir uma importância antes dificilmente imaginável. Tendo a Assembleia da República decretado, nos termos dos artigos 164.º, alínea e), 168.º, n.º 1, alínea d), e 169.º, n.º 3, da Constituição. Outra duas em 2001. Mantemos, uma das conclusões a que chegamos no final da dissertação, dentre os vários tipos de infração, a doutrina consegue definir com alguma segurança do ponto de vista material, o conceito de crime, assente essencialmente nas ideias de violação de valores fundamentais para a vida em sociedade e para a coexistência pacífica dos cidadãos. Também, podemos utilizar o termo coima, para distingui-lo do termo multa, para definir outra sanção pecuniária, prevista no direito penal, no qual a sanção primordial é a pena de prisão.

Por fim, quanto ao critério de relevância do ordenamento jurídico angolano, as contravenções não se encontram autonomizadas do Direito Penal. As contravenções laborais previstas na Lei geral do Trabalho, Lei n.º 7/15, de 15 de Junho, no regime de multas por contravenção à LGT, a Lei da Greve, a lei de Base da Proteção social, o

regime jurídico da vinculação e da contribuição da proteção social obrigatória, em todos estes decretos criados à irrelevância ética da infração, parece-nos que a fixação da multa concreta a aplicar ao contraventor é efetuada em função da gravidade da infração e da culpa do transgressor. Já aferimos da necessidade da dupla competência jurisdicional do procedimento contravencional laboral angolano⁹⁹. Sugerimos do grosso modo, na nossa dissertação a necessidade de uma legislação contraordenacional no ordenamento jurídico angolano para colmatar as insuficiências bagatelas, que possa contribuir de forma significativa e eficaz a justiça administrativa em geral, e laboral¹⁰⁰.

Em face do exposto é de concluir que, a natureza dos crimes e das contraordenações é, “geneticamente”, idêntica, a verdade é que a respetiva qualificação jurídica pode, enquanto tal, ter consequências da maior importância.

No contexto da atual estrutura concluímos que todas as infrações administrativas cometidas no âmbito da relação geral de sujeição nomeadamente contraordenações, contravenções, transgressões e sanções inominadas, partilham uma mesma natureza, delimitada negativamente face ao conceito material quantitativo de crime, assim a infração administrativa consiste num ato socialmente inaceitável, na medida que lesa ou põe em perigo interesses fundamentais da sociedade, constitucionalmente consagrados e protegidos.

⁹⁹Sala de Trabalho dos Tribunais Provinciais e IGT e A Sala do Contencioso Fiscal e Aduaneiro poderia assumir a competência para a execução das multas aplicadas pela prática de contravenções laborais e em sede de outros procedimentos contravencionais, colmatando o vazio existente após a extinção dos Tribunais das Execuções Fiscais.

¹⁰⁰ Cfr. Nos termos das alíneas c), d), e) e g), do artigo 4.º da Lei n.º 22-B/92, de 9 de Setembro. Com efeito, o artigo 13.º, n.º 1 da Lei n.º 22-B/92, de 9 de Setembro, determina que as transgressões ou contravenções laborais serão processadas e julgadas nos termos da Lei Processual Penal.

Bibliografia

- ALBUQUERQUE, Pinto, «A responsabilidade criminal das pessoas colectivas ou equiparadas», Revista da Ordem dos Advogados, 2006, II
- CANOTILHO, Gomes, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 7^a. ed., Coimbra, Almedina 2003
- AZEVEDO, Tiago Lopes de, Da Subsidiariedade no Direito das Contra-Ordenações:: Problemas, Críticas e Sugestões, Universidade do Minho, Escola de Direito, 2010
- DIAS, Figueiredo/ANDRADE, Costa, Criminologia, Coimbra, Coimbra Editora, 1984
- Dicionário da Língua Portuguesa Contemporânea da Academia das Ciências de Lisboa, Verbo, 2001
- GINA, Francisco, Projeto de investigação de MDJ orientado pelo Professor Doutor Conde Monteiro, Universidade do Minho, Setembro de 2016.
- KREY, Wolker, Deutsches Strafrecht, AT, Stuttgart, Kohlhammer, 2002
- JESCHECK, H.-H., “Das deutsche Wirtschaftsstrafrecht”, Juriszeitung, 1959
- MONTEIRO, Conde, “O Problema da Verdade em Direito Processual Penal (Considerações Epistemológicas)”, in Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, Por ocasião dos 20 Anos do Código de Processo Penal Português, Coimbra Editora, 2009
- MONTEIRO, Conde, “Algumas Reflexões Epistemológicas Sobre O Direito Penal”. In ANDRADE, Manuel Costa, ANTUNES, Maria João e SOUSA, Susana Aires (org.) - *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2009
- MONTEIRO, Conde, Consequências Jurídico penais, ELSA UMINHO, 2015
- MONTEIRO, Conde, Direito Penal I, Braga, ELSA UMINHO, 2015
- MONTEIRO; Conde, “Anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 171/2014”, in Scientia Iuridica n.º 339, Setembro/Dezembro de 2015, pp. 399- 416
- MONTEIRO, Conde, “Reflexão crítica sobre a tomada de posição do STJ relativa ao n.º 7 do art.º 8.º do Regulamento Geral das Infrações Tributárias”, in Cadernos de Justiça Tributária n.º 08, Abril /Junho 2015, pp. 32-45
- MONTEIRO, Conde, “Crime e Democracia: algumas Reflexões Epistemológicas sobre o Papel do Direito Penal na Defesa dos Valores do Estado de Direito Democrático e Social da Constituição da República Portuguesa”, in Política e Filosofia I: A

Democracia em Questão = Politics and Philosophy I: Democracy in Question I/ Ed. Álvaro Balsas, SJ. In: Revista Portuguesa de Filosofia, Braga, Vol. 72, 2016, Published by Axioma – Publicações da Faculdade de Filosofia, pp. 1077- 88.

MONTEIRO, Conde, “Reflexões sobre o Princípio da Legalidade em Matéria Penal a partir do Artigo 29.º da Constituição da República Portuguesa, In Direito na Lusofonia, Diálogos Constitucionais no espaço lusófono, 3.º Congresso Internacional de Direito na Lusofonia, Escola de Direito, Universidade do Minho, 2016, pp. 181-97

SÁNCHEZ, Silva, Eficiência e Direito Penal, Vol. II, Coleção de Estudos de Direito Penal, trad. Maurício António Ribeiro Lopes, S. Paulo, Manole, 2004

Jurisprudência

Jurisprudência das Relações, I, 30